Honorables Magistrados

Corte Suprema de Justicia

Sala Penal

E.S.D.

Ref.: Acción de tutela de José Manuel García Vélez y Mauricio Vélez Arboleda contra el Tribunal Superior de Pereira - Sala Penal.

ALEJANDRO DECASTRO GONZALEZ, actuando en calidad de apoderado de José Manuel García Vélez y Mauricio Vélez Arboleda, manifiesto que interpongo acción de tutela en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira para que mediante sentencia se proteja el **derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley**, el cual ha sido vulnerado por la autoridad judicial demandada en los términos que se explicarán en este escrito.

COMPETENCIA

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer en primera instancia esta acción de tutela en calidad de *superior funcional* de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. [Art. 1.5. del decreto 333 de 2021, que modificó el art. 2.2.3.1.2.1. del decreto 1069 de 2015]

LEGITIMACIÓN, INTERVINIENTES Y NOTIFICACIONES

Por activa. Se trata de José Manuel García Vélez y Mauricio Vélez Arboleda identificados con cédulas de ciudadanía Nos. 98.671.851 y 10.010.361. Actúo como apoderado de ambos en esta acción constitucional mediante poder debidamente otorgado; en el proceso penal actúo como defensor de Mauricio Vélez Arboleda, mientras que la representación judicial de José Manuel García Vélez la ejerce allí El Doctor David Espinosa Acuña.

Por pasiva. Se trata de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira integrada por los Magistrados Jorge Arturo Castaño Duque (Ponente), Julián Rivera Loaiza y Manuel Yarzagaray Bandera.

Terceros interesados. Se trata de quienes participaron en el proceso penal adelantado en contra de los aquí accionantes:

- **Juez 6 Penal del Circuito de Pereira**: José Hilder Hernández Buriticá j06pcper@cendoj.ramajudicial.gov.co

- **Ministerio Público**: Luis Fernando Valderrama Guzmán lfvalderrama@procuraduria.gov.co

- **Fiscalía**: Jorge Mario Arias Dávila jmao2@yahoo.com

- **Apoderado de víctima:** John Jairo García Holguín, jjgh68@yahoo.es

- **Apoderado de José Manuel García Vélez**: David Espinosa Acuña, david_espinosa@hotmail.com

PROBLEMAS JURÍDICOS

i. Al estimar debidamente sustentado el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía y asumir competencia funcional para revisar la decisión absolutoria de primera instancia, ¿Desconoció la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira sus precedentes sobre debida sustentación al recurso de apelación y, con ello, el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley?

ii. A pesar de contar los accionantes con el recurso de *impugnación especial* contra la primera sentencia condenatoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, ¿Es procedente la acción de tutela como mecanismo principal para proteger el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley (precedente horizontal)?

PREMISAS DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

A. Sobre el precedente horizontal.

1. Desde el año 2009 la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira ha decantado una reiterada, pacífica y uniforme jurisprudencia conforme la cual se declara incompetente funcionalmente para conocer el recurso de apelación cuando el recurrente **no expresa de manera clara y precisa las razones con las cuales cuestiona los argumentos que tuvo en cuenta la primera instancia** para proferir la decisión apelada. En estos casos la Sala declara desierto el recurso de apelación y se abstiene de conocer el recurso de apelación. Esta línea jurisprudencial vigente en el Distrito Judicial de Pereira, Sala Penal, la componen al menos dieciocho (18) providencias que sostienen un determinado estándar de sustentación para el recurso de apelación. [**ANEXO 1**]

2. De acuerdo con esta línea jurisprudencial, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira NO TIENE POR DEBIDAMENTE SUSTENTADO el recurso de apelación cuando:

    a. La apelación no expresa "argumentos noveles" con los cuales se pretenda rebatir lo decidido por el A quo, porque de lo contrario se desnaturalizaría la razón de ser de la segunda instancia al trasladarle al Ad quem la misma controversia que en un principio fue puesta a consideración del funcionario cognoscente.
    b. El apelante no le da "al superior las bases suficientes para confrontar la posición del inconforme frente aquella asumida por el inferior, porque se trata de la oportunidad única en que debe dar a conocer al ad quem los elementos de juicio en que se funda la censura."
    c. El apelante no indica al menos claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *a-quo* y argumenta fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él."
    d. El apelante no enuncia "alguna interpretación jurídica" que dé pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento.
    e. No se cumple con la carga de manifestar de manera clara, lógica, concisa y precisa las razones tanto de hecho como de derecho por las cuales se siente inconforme con la decisión opugnada.

f. El apelante no se detiene “a analizar por qué razón el juez de conocimiento incurrió en alguna equivocación al valorar las pruebas practicadas en el juicio”
g. Quien recurre no se ocupa de “atacar la providencia objetada con *razones jurídicas de peso* sin detenerse siquiera a argumentar sobre el punto central de la providencia impugnada”.
h. En la apelación “no se avizoran elementos de juicios serios y suficientes como para *desvirtuar los argumentos expuestos en el proveído de primer grado*”, ya que “en ningún momento al ataque atiende a las razones fundadas que otorgó el *A quo”*
i. Aún cuando no se impone una técnica argumentativa especial para cada recurso, el sustento del disenso demanda “el *cuidado y estudio* de quien acude a esta instancia”, de tal manera que su intervención “presente alguna *congruencia entre la decisión objeto de ataque y la exposición argumentativa*”
j. Cuando la argumentación del recurso no *pone en evidencia su inconformidad con la decisión recurrida*, es decir que *no la ataca de manera frontal*, para a su vez, dotar al *Ad quem* de unos elementos de juicio para pronunciarse mediante un estudio serio y ponderado de un posible reproche de ilegalidad o desacierto del *A quo*.”
k. Cuando la apelación no plantea una *confrontación o controversia efectiva con los términos de la decisión* del a quo, evento en el cual el superior no tiene forma de emitir un pronunciamiento de fondo porque de la alzada “no se extraen razonamientos acerca de los cuales pueda surgir una *confrontación o controversia efectiva* con los términos en que fue despachada la decisión por parte del a quo”.
l. Cuando la apelación incurre en “vació sustancial” de sustentación que le impide al superior “cumplir con el deber de elegir entre dos tesis contrapuestas”: la propuesta por el funcionario de primer grado y la del apelante.
m. Cuando el apelante no especifica los temas o aspectos en que está en desacuerdo con la primera instancia, ni presenta argumentos fácticos y jurídicos que lo lleven a controvertir la decisión primigenia.
n. Cuando no se presenta una adecuada argumentación de las razones por las cuales no se comparte la determinación que se impugna, evento en el cual el superior funcional no adquiere competencia para revisar la decisión que se ataca por medio de la apelación.

3. De acuerdo a esta línea jurisprudencial, cuando el recurrente plantea varios ataques contra la decisión de primera instancia, pero solo sustenta debidamente uno de ellos, la Sala Penal del

Tribunal Superior de Pereira *declara desierto parcialmente* el recurso de apelación, limitando su análisis al ataque que fue debidamente sustentado y omitiendo pronunciarse sobre los que no lo fueron.

4. La anterior línea jurisprudencial solo ha sido exceptuada por virtud del *principio de caridad* en aquellos casos en que el apelante carece de los conocimientos jurídicos necesarios para sustentar el recurso, como cuando se trata de "un estudiante de derecho, que no ha finalizado sus estudios universitarios, y de ello se infiere que no tiene un conocimiento profundo sobre la manera en la que se interpone y sustentan los recursos de ley", o del procesado, a quien "no se le pueden exigir los mismos rigores que se esperan de una persona versada en ciencias jurídicas" atendiendo "a su situación de lego en materias jurídicas".

B. Sobre la primera instancia del proceso penal.

5. A José Manuel García Vélez y Mauricio Vélez Arboleda les formularon imputación [noviembre 13 de 2013] y acusación [escrito presentado el 8 de enero y audiencia del 16 de mayo de 2014] por la presunta comisión del delito de secuestro simple agravado a raíz de hechos ocurridos en la ciudad de Pereira el 11 de noviembre de 2013. [**ANEXO 2**]

6. El 18 de septiembre de 2014 se celebró la audiencia preparatoria y el 15 de diciembre se resolvió en segunda instancia la apelación presentada por la fiscalía contra la decisión que le negó unas pruebas. El juicio oral inició el 25 de marzo de 2015, siguió el 27 de julio, se suspendió mientras se decidía una apelación interpuesta por la fiscalía [resuelta el 26 de agosto], y continuó en sesiones de diciembre 1 al 3 y terminó en sesiones de febrero 17 y 18 de 2016 con sentido de fallo absolutorio. [**ANEXO 3**]

7. El 8 de agosto de 2016 se leyó la sentencia absolutoria y la fiscalía interpuso oportunamente el recurso de apelación. [**ANEXO 4**]

8. La sentencia absolutoria se fundamentó en estos nueve argumentos: [**ANEXO 5**]

    a. Las contradicciones surgidas durante el manejo de la escena de los hechos, como por ejemplo que la víctima le

dijo a una de las personas presentes que estaba secuestrado y a otras que no lo estaba.

b. La conducta desplegada por los acusados no configura el verbo rector “retener”, aunque se presentaron ciertas acciones (empujar, tratar mal) que no afectaron la libertad de locomoción de la víctima.
c. La condición de prueba de referencia le resta valor a la denuncia de la víctima.
d. No hay prueba de corroboración del relato de la víctima: los policías son confusos y vacilantes, y los testigos Claudia, Michael, Wilches y el portero del edificio no enmarcan la conducta como un secuestro.
e. El testimonio de referencia de la víctima esta desmentido por el portero del edificio y por Michael.
f. El relato de la víctima es inverosímil.
g. No hay dolo de secuestrar en los procesados sino, a lo sumo, el propio del constreñimiento ilegal.
h. No existe corroboración seria de que el arma de fuego haya sido utilizada para amedrentar a la víctima.
i. Es aplicable al caso el precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro el radicado 17.186 del 23 de enero de 2008, del cual el Juez concluye:

(1) No toda presión constante e indebida ejecutada sobre una persona implica secuestro.
(2) La restricción a la libertad de locomoción debe der relevante para que pueda predicarse secuestro.
(3) Debe haber afectación trascendente al bien jurídico de la libertad individual.
(4) La retención, verbo rector del secuestro, debe tener “cierta entidad para que afecte el bien jurídico”.

9. El escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto por la fiscalía consta de 15 páginas y se divide en dos partes con sendas peticiones, en este orden: (1) una solicitud de nulidad y (2) la petición de revocatoria del fallo absolutorio con solicitud de condena. [**ANEXO 6**]

10. En la primera parte del recurso [páginas 1 a 10] la fiscalía solicitó la nulidad de lo actuado en el juicio oral a partir del momento en que el a quo le negó, mediante una orden, la incorporación de la entrevista de uno sus testigos como ‘testimonio adjunto’.

11. La segunda parte del recurso [páginas 11 a 15] se refiere a la solicitud de revocatoria del fallo absolutorio con la solicitud de condena y comprende doce (12) párrafos.

12. En su recurso de apelación la fiscalía no cuestionó las premisas argumentativas que tuvo en cuenta el Juez para absolver, ni demostró los errores de la sentencia apelada. Por el contrario, en el recurso de apelación la fiscalía planteó los siguientes argumentos en cuanto a la revocatoria de la apelación:

a. Reitera la forma como sucedieron los hechos a partir del relato de la víctima, para concluir que existió un delito de secuestro en el que se utilizó el arma de fuego de dotación del procesado Mauricio Vélez, capitán del Gaula Antioquia.
b. Insiste en que la víctima le dijo al policía Reyes que estaba secuestrado, pero sin mencionar nada con respecto a que la sentencia indicó, además de admitir ese hecho, que la víctima indicó a otras personas que no estaba secuestrado. [página 12, párrafo 3]
c. Refiere que los policiales que atendieron el caso se atemorizaron ante la presencia de uno de los procesados por ostentar el rango de capitán del Gaula de Medellín, sin indicar porque ese hecho afectaría las razones de absolución. [página 12, párrafo final]
d. Afirma, sin demostrarlo, que "*El juez no hizo una valoración seria, objetiva, imparcial y en conjunto de la prueba, tomó apartes que favorecían a los procesados*", y se queja sobre la persona del fallador de primer grado: "… *no sé dónde quedó el juez juicioso que conozco*…" [página 13, párrafo 3]
e. Reiteradamente le solicita a la segunda instancia llevar a cabo, oficiosamente, una nueva valoración de la prueba del caso:
    i. "**Solicito se valoren nuevamente en conjunto las pruebas allegadas**". [página 13, párrafo 4].
    ii. Se pregunta: "cómo decir que no hubo secuestro", y contesta que "para la fiscalía el análisis de lo obrante si se evidencia (…) **Y es lo que depreco de la segunda instancia. Su nuevo análisis y estudio**." [página 14, párrafo 1].
    iii. "En este orden de ideas **solicito nuevo análisis de la integridad del caso, y una valoración a la luz de las reglas de la experiencia y las reglas de la sana crítica**." [página 14, párrafo 2 continuando en la página 15]

f. Alude como posible que, con posterioridad, los involucrados en el caso llegaron a un arreglo de sus desavenencias, sin indicar como ello afectaría las razones de la absolución. [página 13, párrafo final]
g. Aduce, equivocadamente, que el juez sostuvo en la sentencia absolutoria "*que los procesados no tenían intensión* (sic)", cuando allí en realidad se admitió expresamente una probable intención ilícita de constreñir para el cobro de una deuda, aspecto sobre el cual no dijo nada la apelación. [página 14, párrafo 2 continuando en la página 15]
h. Aludiendo a pruebas que fueron excluidas en ambas instancias en la audiencia preparatoria1 (las que obviamente no fueron mencionadas en la sentencia absolutoria) se refirió a que "*las autoridades de Medellín*" tienen a los procesados "*con fuero especial*", pues el procesado Mauricio Vélez "*como lo ha hecho en Medellín y nada le ha pasado creyó que en esta ciudad por ser capitán del Gaula, todos pasarían de agache*" [página 14, párrafo 2]

13. El defensor de los procesados, en calidad de no recurrente, puso de presente la ausencia de debida sustentación al recurso de apelación y solicitó que se declarara desierto. [**ANEXO 7**]

C. Sobre la segunda instancia del proceso penal.

14. Cinco años después, mediante sentencia de 28 de junio de 2021, la Sala Penal del Tribunal de Pereira integrada por los magistrados Jorge Arturo Castaño Duque (Ponente), Julián Rivera Loaiza y Manuel Yarzagaray Bandera, negó la nulidad solicitada por la fiscalía, revocó la sentencia absolutoria y condenó a ambos procesados por el delito de secuestró simple agravado a la pena de 327 meses un día de prisión y multa de 1.362,49 salarios mínimos legales mensuales vigentes. [**ANEXO 8**]

---

[1] *Acta de audiencia preparatoria del 23 de septiembre de 2014*, Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira [El juzgado resolvió: "Se excluye la actividad investigativa adelantada por el investigador Mauricio Alejandro Díaz, en cuanto a las inspecciones judiciales realizadas a casos que se llevan en la ciudad de Medellín donde al parecer son investigados los señores José Manuel García Vélez y Mauricio Vélez Arboleda"]; ésta decisión fue apelada por la fiscalía y confirmada en segunda instancia mediante *auto del 15 de diciembre de 2014* ["Así las cosas, el Tribunal es partidario de excluir de la presente actuación todo lo atinente a las averiguaciones que en ese sentido adelantaron los investigadores MAURICIO ALEJANDRO DÍAZ y CALET RODRÍGUEZ SOTO, y no son pertinentes los testimonios de LUIS FERNANDO MANTILLA GARZÓN y ÓSCAR BOTERO BETANCUR, tal cual lo dispuso el señor juez de primer nivel."]

15. Previo a pronunciarse de fondo, en la sentencia del 28 de junio de 2021 el Tribunal concluyó que el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía estaba debidamente sustentado, argumentando lo siguiente [Fundamento jurídico 3.3. de la sentencia del 28 de junio de 2021, páginas 10 y 11]:

a. Admitió que el escrito de sustentación de la alzada por parte de la fiscalía "*presenta ciertas deficiencias argumentativas"* pero "la realidad procesal enseña que las mismas no son de tal entidad que lo tornen inviable para los fines que pretende".
b. Admite que "*la delegada fiscal fincó el eje central de su inconformidad en buscar la anulación del juicio*", y que de no ser así procedía la revocatoria de la absolución y el proferimiento de una sentencia de condena.
c. Admite que existió un "*error de presentación o enfoque por parte del órgano persecutor*", al entender que la nulidad era la solicitud principal y la revocatoria del fallo lo subsidiario, cuando "obviamente debe entenderse que no es así sino más bien a la inversa".
d. Aporta una razón que explicaría porque la fiscalía habría invertido el adecuado orden a sus solicitudes: tal vez la causa de la absolución se debió a la no incorporación de la entrevista de un testigo (negativa del a quo en que la fiscalía fundó la solicitud de nulidad planteada en apelación) y quizá por eso "sobredimensionó" la entrevista al considerarla de vital importancia "*para alcanzar el propósito final que no era otro, según el contexto de la apelación interpuesta, que obtener la emisión de un fallo adverso a los coacusados*".
e. Admite que "*no fue atinada esa presentación del asunto* por la parte inconforme con la absolución", y de ahí concluye inmediatamente [sin expresar las razones] que "la motivación propuesta en el recurso es suficiente para efectos de que el Tribunal proceda a analizar de fondo el mérito probatorio de los elementos de convicción válidamente incorporados a la actuación, ya de forma individual ora de manera conjunta como en derecho corresponde."
f. Concluye que "***están claros los aspectos sustanciales del recurso***" por dos razones: (i) "en cuanto **ataca puntos neurálgicos del debate**" y (ii) "porque es evidente que la ***discusión en todo el trasegar del juicio*** gira en torno a los temas que se resaltan en la impugnación".

16. En el proceso penal adelantado contra los aquí accionantes de tutela, al estudiar si el recurso de apelación

interpuesto por la fiscalía contra la sentencia absolutoria estuvo debidamente sustentado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira **no aplicó el mismo estándar de sustentación al recurso de apelación** tenido en cuenta desde el año 2009 en sus precedentes al abordar el mismo problema jurídico.

17. Mientras en los precedentes el criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira para determinar la debida sustentación del recurso de apelación consistía en establecer si el apelante cuestionó directamente las razones que fundamentaron la decisión del a quo, en este caso, en cambio, el criterio fue si el recurso se refirió a los "*puntos neurálgicos del debate*" y si "*la discusión en todo el trasegar del juicio gira en torno a los temas que resalta la impugnación*".

18. Al estudiar si el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía estuvo debidamente sustentado la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira no señaló las razones por las cuáles se apartaba del criterio jurisprudencial que venía sosteniendo desde el año 2009 para considerar debidamente sustentado el recurso de apelación en cuanto a la responsabilidad de los procesados.

19. La indebida sustentación del recurso de apelación llevó a que, para revocar la sentencia absolutoria y emitir una condenatoria, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira se basó en argumentos y planteamientos no contenidos en el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, a saber:

a. Que no se puede desconocer la acusación por secuestro bajo el argumento de que se pasó por alto la ilicitud por constreñimiento para delinquir [pp. 13 y 16]. El recurso de apelación no se refirió a este tema.
b. El precedente judicial invocado por la primera instancia "en realidad no es aplicable al asunto en ciernes" [p. 17] El recurso de apelación ni siquiera mencionó el precedente citado por el Juzgado.
c. Otras tantas jurisprudencias del órgano de cierre indican lo contrario [página 17]. El recurso de apelación no se refirió a ningún precedente para sustentar la existencia del secuestro.
d. La corroboración periférica del relato de referencia de la víctima, a lo que se llega "luego de un detenido análisis de todo el material probatorio allegado válidamente a la vista pública" [p. 25]. La fiscalía no se refirió al tema de la corroboración periférica.

e. El Tribunal Superior consideró “de relevancia”, para tomar su decisión de revocar la absolución, el hecho de que los procesados hicieron descender del vehículo que conducían, y en el cual viajaba la víctima, a Ezequiel y su hijo Maicol, a quienes enviaron a casa en un taxi, “no sin antes advertirles que no dijeran nada acerca de lo que estaba sucediendo, que mucho cuidado con decir algo” [p. 20]. La apelación ni siquiera mencionó este hecho como parte de su argumentación.

20. La indebida sustentación del recurso de apelación explica que, para sustentar las razones que condujeron a revocar la sentencia absolutoria, el Tribunal no hizo referencia al contenido del recurso de apelación sino a los planteamientos “del señor Juez” y de “la defensa”, lo cual demuestra que los planteamientos de la fiscalía no sirvieron de referente en la construcción argumentativa de la sentencia condenatoria:

a. “Así lo acepta incluso **el señor juez** en su fallo absolutorio, y al menos no lo niega **la propia defensa** en su condición de parte no recurrente” [p. 16].
b. “… así se ve forzado a admitirlo **el señor juez** al momento de emitir su fallo, y lamentablemente **la defensa** obvia hacer expresa mención a los efectos valorativos de esa significativa circunstancia de la BOFETADA o CACHETADA justo cuando la víctima estaba por ingresar al vehículo…” [p. 20].
c. “...aparte este último que muy a pesar de su relevancia para la decisión a tomar, fue soslayado tanto por **el señor juez** en su fallo como por **la defensa** al momento de intervenir como no recurrente.” [p. 20].
d. “Es que el debate se centra en la afirmación tanto **del señor juez a quo como del distinguido defensor**…” [p. 21].
e. “Frente a todo ello, lo que al Tribunal le corresponde decir, es que tanto **el señor juez como la defensa** están en lo cierto al menos en una cosa…” [p. 22]..
f. “.. y en esto le asiste total razón al **señor juez de instancia como a la defensa**…” [p. 31].
g. En criterio del Tribunal “a diferencia de lo indicado por **el señor juez y la defensa**” el celador del edificio JHON EDGAR HERRERA efectuó “aseveraciones bien comprometedoras” [p. 26].
h. “… a diferencia de lo aseverado **por el señor juez de primer grado y la defensa**…” [p. 31].
i. “… tanto el **señor juez de la causa**- en forma lacónica- **como el defensor** en su condición de parte no recurrente

– de manera extensa- se mantuvieron en que eso no corrobora nada…" [p. 36].

21. Al resolver una impugnación que no se encontraba debidamente sustentada, el Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, llevó a cabo una revisión ilimitada de la sentencia de primera instancia, con lo cual se confundió el recurso de apelación con el grado jurisdiccional de consulta.

22. Curiosamente, en la misma sentencia del 28 de junio de 2021 en que se dejó de lado inmotivadamente el precedente horizontal sobre sustentación del recurso de apelación, el Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, aplicó expresamente el precedente horizontal reconociendo su carácter vinculante, pero en lo relativo a la prueba de referencia admisible, al señalar "el Tribunal se ve forzado a sostener que la línea de pensamiento que ha mantenido esta Sala de Decisión en múltiples decisiones de similar estirpe, ***y que constituye el llamado precedente horizontal que se sabe de obligatorio acatamiento***, armonizado desde luego con jurisprudencia del orden nacional, se puede sintetizar de la siguiente manera: (…)" [Página 22 de la sentencia condenatoria].

23. Por oficio # 610 del 2 de septiembre de 2021, notificado por correo electrónico recibido en la misma fecha, la secretaría del Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, notificó la sentencia condenatoria del 28 de junio de 2021. [**ANEXO 9**]

24. Mediante oficio del 15 de septiembre de 2021, notificado por correo electrónico el pasado 17 del mismo mes, se dispuso por la secretaría del Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, correr el término de cinco días a la defensa y los procesados para interponer recurso de impugnación especial, el cual vence el 21 de septiembre. [**ANEXO 10**].

PROCEDENCIA DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

En el caso presente se acreditan los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales2 así:

A. **Requisitos generales de procedibilidad:**

[2] Corte Constitucional, sentencia C-590/05.

a. *Que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional.*

Al resolver una acción de tutela con igual planteamiento al aquí presentado [desconocimiento del precedente horizontal], la Corte Constitucional encontró acreditado este requisito para este tipo de asuntos: *"[L]o que se debate en el seno de la acción de tutela es un asunto de manifiesta relevancia constitucional consistente es la eventual vulneración del principio de igualdad como consecuencia del desconocimiento del sistema de precedentes*."3

b. *Que se presente alguna de estas tres situaciones excluyentes:* **(i)** *Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada,* **(ii)** *que el afectado cuente con medios de defensa judiciales, pero estos no sean idóneos y eficaces para proteger el derecho alegado o* **(iii)** *que el afectado cuente con medios de defensa judiciales idóneos y eficaces, pero se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.*

En el caso presente estamos ante la segunda hipótesis: se cuenta con un medio de defensa judicial (el recurso de impugnación especial) pero el mismo no es idóneo y eficaz para proteger el derecho fundamental reclamado en las circunstancias en que se encuentran los solicitantes. Este aspecto se explica detalladamente en el acápite sobre la 'Procedencia del Amparo' (inexistencia de medios de defensa judiciales), por lo que a él me remito.

c. *Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.*

Este requisito se acredita porque la sentencia de segunda instancia que contiene la irregularidad denunciada fue formalmente notificada a las partes e intervinientes mediante oficio 1610 del 2 de septiembre de 2021 y la tutela está siendo presentada dentro del mes siguiente. Incluso, a la fecha de presentación de la tutela no han empezado a correr los términos para sustentar el recurso de impugnación especial que se interpuso contra la sentencia de segundo grado, con lo que surge evidente la *inmediatez* con que se está obrando. [Ver ANEXOS 9 Y 10].

d. *Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia*

[3] Corte Constitucional, sentencia T-571/07.

que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

El desconocimiento del precedente horizontal ocurrió en punto a entender debidamente sustentado el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la sentencia absolutoria de primera instancia.

Los precedentes del Tribunal demandado desde el año 2009 exigen un determinado estándar para sustentar el recurso de apelación: hay debida sustentación cuando el apelante controvierte las razones que fundamentan la providencia y plantea una tesis alterna a la del *A quo* que permita resolver de mejor manera el problema planteado; cuando esta carga se incumple siempre se ha declarado desierto el recurso de apelación y el Tribunal declina la competencia para conocer en segunda instancia. [Ver Premisa No. 2 y ANEXO 11].

Empero, en la sentencia del 28 de junio de 2021 el Tribunal demandado se apartó de dichos precedentes sin siquiera aludir a ellos, y entendió debidamente sustentado el recurso de apelación con un otro **estándar**, a partir de un criterio jurídico diferente: hay debida sustentación cuando se atacan "**puntos neurálgicos del debate**" y se resaltan temas en torno a los cuales gira "***la discusión en todo el trasegar del juicio***" [Ver Premisa No. 11 y sentencia del 28 de junio de 2021 proferida por el Tribunal Superior de Pereira Sala Penal: ANEXO 8, páginas 10-11.]

Esta irregularidad procesal tiene un efecto decisivo en la sentencia que se impugna y afecta los derechos fundamentales de los accionantes porque la debida sustentación de un recurso de apelación es lo que le otorga ***competencia funcional*** al superior para resolverlo, de donde la transgresión que se denuncia implicaría que se condenó a más de 25 años de prisión a unas personas sin gozar de competencia.

e. *Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.*

En esta demanda de tutela se identifican con precisión los hechos que generaron la violación del derecho y el derecho vulnerado. No fue posible alegar la vulneración del derecho en el proceso penal porque esta ocurrió en una sentencia de segunda instancia.

f. *Que no se trate de sentencias de tutela.*

Obviamente no estamos ante este supuesto impeditivo, porque la decisión judicial demandada es la sentencia de un Tribunal Superior de Distrito Judicial proferida dentro de un proceso penal ordinario.

B. <u>Requisitos especiales de procedibilidad.</u>

Del catálogo de causales de procedibilidad especial aplicables a la acción de tutela contra providencias judiciales4 se invoca el *defecto constitucional por desconocimiento del precedente.*5

C. <u>Requisitos especiales para acreditar la violación del precedente.</u>[6]

a. Determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en estos precedentes.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira mantiene una línea jurisprudencial <u>consistente y reiterada</u> desde el año 2009 en punto al estándar de debida sustentación del recurso de apelación. No se ha presentado cambio de criterio jurídico ni disidencia al interior de la Sala.

El problema jurídico en todos estos precedentes ha sido siempre el mismo: ¿Cumplió el apelante con la carga de *sustentar debidamente* el recurso de apelación?

Se cuenta con dieciocho (18) providencias judiciales proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira que, desde el año 2009, han abordado directamente este problema jurídico. En estos precedentes se advierten *dos reglas decisionales*[7]:

1. <u>Primera regla decisional</u>: Conformada por catorce (14) precedentes en los cuáles se sostienen cuatro argumentos para entender debidamente sustentado un recurso de apelación:

---

[4] La jurisprudencia constitucional señala que estas causales son: **a.** Defecto orgánico; **b.** Defecto procedimental absoluto; **c.** Defecto fáctico; **d.** Defecto material o sustantivo; **e.** Error inducido; **f.** Decisión sin motivación; **g.** <u>Desconocimiento del precedente</u>; **h.** Violación directa de la Constitución. [Cfr. Corte Constitucional, sentencias 1029/12, T-309/15, T-102/14, T-060/14, T-186/09, T-774/04, entre muchas otras.]

[5] Sobre este requisito especial de procedibilidad: Corte Constitucional, sentencias T-292 de 2006, SU-640 de 1998, T-462 de 2003 y T-390/15.

[6] Estos requisitos aparecen consagrados en las siguientes sentencias se la Corte Constitucional: T-404/19, T-646/17, T-107/16, SU-874/14, T-832/13, T-1096/12, T-1083/12, T-410/14, T-102/14, T-140/12, T-028/12.

[7] Para mayor facilidad de consulta se aportan como anexos las decisiones judiciales y dos tablas donde se transcribe toda la parte motiva referente al análisis de la sustentación del recurso de apelación. Ver ANEXOS 11 y 12. Los 18 precedentes están a disposición en el ANEXO 1 tal y como fueron descargados del sitio web http://www.tribunalsuperiorpereira.com/relatoria1.html .

1.1. *Primer argumento*: Providencias en las cuáles intervino como Ponente el Magistrado **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**, quien funge como Ponente en el caso que motiva esta demanda de tutela:

> "En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue el defensor del procesado, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por la señora Juez *a quo*, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, […]
>
> Dada esa particular manera de sustentar el recurso, no se halla por parte de la Sala forma de emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, porque de la alzada no se extraen razonamientos acerca de los cuales pueda surgir una confrontación o controversia efectiva con los términos en que fue despachada la decisión por parte de la *a quo* que resultó adversa a los intereses de la defensa.
>
> Lo que hizo el togado, en sentir de la Sala, fue hacer alusión nuevamente a los elementos probatorios que pretendía fueran tenidos como prueba para hacerlos valer en desarrollo del juicio oral, pero no se atina por parte del mismo a enunciar alguna interpretación jurídica que diera pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento, con miras a considerar que los testimonios de MARÍA TERESA MORALES –esposa del procesado- y del líder indígena GILDARDO LAMUNDIA, debían ser admitidos como prueba sobreviniente.
>
> Vacío sustancial que impide a la Corporación cumplir con el deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por la funcionaria de primer grado."[8]

---

[8] Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, Providencia del 28 de abril de 2015, radicado 66088600006220130020 8-01, Ponente: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE. Criterio reiterado en las siguientes providencias del mismo Ponente: *del 23 de febrero de 2016,* radicado 66594600006320413009 64-01; *del 27 de julio de 2017*, radicado 66001600003520150183 7 [Reclamándole al apelante porque "nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión" y denunciando que "lo expuesto por la apoderada del sentenciado no guarda relación con lo sostenido en el fallo, porque lo que se debe atacar es el contenido de la decisión, sus fundamentos legales"] y *del 10 de agosto de 2016*, radicado 66001600005820150028 9-01 [aludiendo nuevamente a que "ante ese vacío sustancial se genera un obstáculo insalvable para que la Corporación cumpla su deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por el funcionario de primer grado."]

1.2. *Segundo argumento*: Providencias en las cuáles intervino como Ponente el Magistrado **MANUEL YARZAGARAY BANDERA**, quien también suscribe la sentencia del 28 de junio de 2021 que motiva esta demanda de tutela:

> "La argumentación consiste en hacer una exposición razonada, lógica y suficiente de unos argumentos que pongan en evidencia su inconformidad con la decisión recurrida, es decir que la ataquen de manera frontal, para a su vez, dotar al *Ad quem* de unos elementos de juicio para pronunciarse, pero un discurso incoherente respecto del señalamiento de hechos y situaciones generales, impide a la Colegiatura asumir un estudio serio y ponderado de un posible reproche de ilegalidad o desacierto del *A quo*.
>
> [...]
>
> Esta Sala debe aclarar que no es pretensión imponer una técnica argumentativa especial para cada recurso, pero aclara que el sustento del disenso si demanda el cuidado y estudio de quien acude a esta instancia, de tal manera que su intervención presente alguna congruencia entre la decisión objeto de ataque y la exposición argumentativa, con citación si es el caso, de la norma sustantiva o procesal que tenga alguna no desfasada relación.
>
> De suerte que en el caso en estudio, con el agotamiento del recurso, no se avizoraron elementos de juicios serios y suficientes como para desvirtuar los argumentos expuestos en el proveído de primer grado, ya que se observa que en ningún momento el ataque atiende a las razones fundadas que otorgó el *A quo* para negar la redosificación de la pena corporal infligida al hallado responsable y su disentir va encaminado a solicitar la exclusión de la inaplicación del aumento de penas de la ley 890 para después habérsele agravado la sanción conforme al artículo 384 del C.P. o subsidiariamente la inaplicación del agravante del artículo 384 de la Ley 599 de 2000."[9]

1.3. *Tercer argumento*.

---

[9] Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, *Providencia del 16 de julio de 2014*, radicado 66001 31 87 002 2011 00736 01. Reiterada en *providencia del 15 de julio de 2016*, radicado 66001 60 00 036 2010 05556 01, del mismo Ponente [Reprochando que la alzada "se fundamenta en ofrecer argumentos de tipo, indeterminados, especulativos, abstractos e imprecisos con los cuales pretende demostrar su inconformidad con lo resuelto y decidido en el fallo confutado, lo cual para la Sala no satisface el requisito de la debida sustentación"].

> "6.6 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el a-quo y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.
>
> Sin embargo, en el caso sub-examine se observa que en su escrito el recurrente no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limita a mencionar que la procesada […]."[10]

1.4. *Cuarto argumento*:

> "Como se decía, el apelante solamente expone que el delito cometido es permanente y continuo, pero no especifica los temas o aspectos en que está en desacuerdo, tampoco presenta argumentos fácticos ni jurídicos que lo lleven a controvertir la decisión primigenia, de suerte que el Juez de instancia ha debido dar aplicación al inciso segundo del artículo 194 de la Ley 600 de 2000, -declarar desierto el recurso- ya que sin una adecuada argumentación de las razones por las cuales no se comparte la determinación que se impugna, el superior funcional no adquiere competencia para revisar la decisión que por este medio se ataca y es por eso que la Sala se abstendrá de acometer el estudio respectivo."[11]

La aplicación de esta primera regla decisional es tan estricta que incluso la Sala ha declarado '*parcialmente desierto'* el recurso de apelación, limitando su competencia funcional a conocer solamente de aquellos ataques contenidos en el recurso que estén debidamente sustentados absteniéndose de resolver aquellos que no lo están. Así

---

[10] Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, Providencia del *8 de junio de 2012*, radicado 66001 31 04 005 2007 00127-01, Ponente: Jairo Ernesto Escobar Sanz. Criterio reiterado en providencias del mismo Ponente del *26 de octubre de 2017*, radicado 66400 60 00 068 2011 00299 01 ["pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *A quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él (…) en el caso *sub-examine* se observa que la defensora no se ocupó de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso…"] y *del 5 de marzo de 2019*, radicado 66001 60 00 036 2008 01591 01; también *providencia del 4 de octubre de 2013*, radicado 66001 60 00 036 2009 01821-01, donde aparece como Ponente: LUZ STELLA RAMÍREZ GUTIÉRREZ y se repite idéntico razonamiento.

[11] Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, providencia del *26 de enero de 2010,* Condenado: William de Jesús Flórez Estrada (Sin radicado), Ponente: Jairo Ernesto Escobar Sanz.

se aprecia en al menos dos casos en que fungió como ponente quien también lo es en el caso que motiva esta demanda de tutela.[12]

2. Segunda regla decisional. Constituida por cuatro precedentes que, de forma uniforme y en aplicación del *principio de caridad*, varían el estándar de sustentación exigido por la anterior regla decisional. La Sala distingue los casos en que el apelante no posee la formación jurídica suficiente para sustentar un recurso de apelación. El argumento esencial es este:

> "Pero vemos que el apelante en su argumentación no expone las razones de hecho como de derecho por las que debería hacerse merecedor de la aludida pena substituta, razón por la que la Sala podría considerar que el apelante no cumplió con la carga procesal que le asistía de sustentar en debida forma el recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia condenatoria, lo que en un principio conllevaría a que en virtud de lo consagrado en el ya aludido artículo 179A del C. de P. P. se proceda a declarar desierto el recurso de apelación.
>
> Sin embargo, la Colegiatura no puede desconocer que quien acudió al recurso de alzada en este asunto es el Procesado, de quien se presume que no tiene amplios conocimientos jurídicos, por lo que en lo que atañe con la sustentación de una alzada, no se le pueden exigir los mismos rigores que se esperan de una persona versada en ciencias jurídicas.
>
> Ante tal situación, la Colegiatura considera que las deficiencias en las que incurrió el apelante en la sustentación de la alzada, pueden ser enmendadas a través de la aplicación del principio de *"Caridad"*, (…)"[13]

Las dos reglas decisionales expuestas se complementan, como se

---

[12] Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, providencias del *07 de julio de 2009*, radicado 660016000058200881369, Ponente JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE **["SE ABSTIENE** la Sala de conocer el recurso de apelación en lo atinente al tema de la dosificación punitiva, por ausencia de sustentación en tal sentido."]; y del *15 de julio de 2016*, radicado 66001 60 00 036 2010 05556 01 **["SEGUNDO:** Respecto de los demás temas de disenso, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, se declarara parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado en contra del proveído emanado del Juzgado Tercero penal del Circuito de esta ciudad, del día 17 de junio de 2016."]

[13] Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, providencia del *1 de noviembre de 2019*, radicado 66001 60 00 035 2019 00165 01, Ponente: MANUEL YARZAGARAY BANDERA. Criterio reiterado en providencias con Ponencia de JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ: de *octubre de 2012* (s.f.), radicado 66170 60 00 066 2011 01910; del *18 de julio de 2018*, radicado 666826 0000 48 2012 00426 03; del *13 de noviembre de 2019*, radicado 66001 60 08 785 2017 00015 01.

aprecia en la providencia de *5 de marzo de 2019*, radicado 66001 60 00 036 2008 01591 01, donde la Fiscalía General de la Nación y la representación de víctimas (ejercida por un estudiante de consultorio jurídico) apelaron una sentencia absolutoria. La Sala encontró que "*la argumentación de los recurrentes no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso*" y por eso, en aplicación de la primera regla decisional ya expuesta, declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, pues no indicó "*claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el a-quo y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él*", y agregó:

> "**En ese sentido se debe tener en cuenta que la delegada de la FGN pese a que tiene todo el conocimiento técnico, jurídico y jurisprudencial relacionados con la forma de interponer y sustentar los recursos**, optó por hacer unas manifestaciones escuetas a través de las cuales no se atacó de fondo la decisión impugnada, por lo cual se declarará desierto el recurso incoado por el ente investigador."

Por el contrario, aplicando la segunda regla decisional de la Sala, se entendió debidamente sustentado el recurso presentado por la representación de víctimas porque "*es un estudiante de derecho, que no ha finalizado sus estudios universitarios, y de ello se infiere que no tiene un conocimiento profundo sobre la manera en la que se interpone y sustentan los recursos de ley*". Como consecuencia, resolvió de fondo la apelación interpuesta por el representante de la víctima, revocó la absolución y condenó a la procesada.

b. Comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes, pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad.

Llama poderosamente la atención que el Tribunal demandado, en la misma sentencia del 28 de junio de 2021, reconoció la existencia del **"*LLAMADO PRECEDENTE HORIZONTAL QUE SE SABE DE OBLIGATORIO ACATAMIENTO*"** [Página 22 de la sentencia condenatoria, las mayúsculas y todo el resaltado son propias].

No existe ninguna justificación razonable para que un Juez o Tribunal aplique sus propios precedentes para unas materias y para otras no, y en la misma sentencia. En este caso, el Tribunal demandado tuvo en cuenta su precedente horizontal en materia de prueba de referencia, pero inexplicablemente no lo aplicó en punto a los criterios para

entender sustentado un recurso de apelación, ¿Por qué estos precedentes, a diferencia de los recaídos sobre la prueba de referencia citados en la providencia, no se saben "de obligatorio acatamiento"?

Esta *selectividad inmotivada* en la aplicación del precedente horizontal dentro de una misma providencia judicial es contraria a la "corrección en el comportamiento" y constituye un exceso contrario a la función pública y especialmente a la justicia [art. 27 C. P. Penal].

Por lo tanto, la sentencia del 28 de junio de 2021, al abordar el tema de si el recurso de apelación de la fiscalía estaba o no debidamente sustentado, necesariamente debió por lo menos consultar su propio criterio sobre la materia, aplicado en casos semejantes por espacio de diez años (así fuere para apartarse del mismo, motivando), por cuanto:

I. Los argumentos expuestos por la defensa como sujeto procesal no recurrente coincidían, casualmente y sin saberlo ese sujeto procesal en ese momento, con el criterio vigente de la Sala sobre la materia. [Ver Premisa No. 13 y **ANEXO 7**]

II. Saltaba a la vista que el escrito de apelación de la fiscalía presentaba una mayúscula falencia de sustentación de acuerdo a los precedentes del Tribunal: NO CONTROVIRTIÓ DE MANERA CLARA Y PRECISA LAS RAZONES QUE FUNDAMENTARON LA SENTENCIA APELADA, DESVIRTUANDO SU DOBLE PRESUNCIÓN DE ACIERTO Y LEGALIDAD MEDIANTE LA DEMOSTRACIÓN DE LOS ERRORES COMETIDOS Y PLANTEANDO UNA MEJOR PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL CASO. Para despejar cualquier duda en este punto basta comparar (i) las razones que tuvo el juez para absolver [Ver Premisa No. 8 y **ANEXO 5**] con (ii) las razones del recurso de apelación [Ver premisa No. 12 y **ANEXO 6**] y (iii) con los argumentos de la segunda instancia para revocar la sentencia absolutoria [Ver Premisa No. 19 y **ANEXO 8**].

En este caso no se desató realmente un recurso de apelación sino que se adelantó una revisión ilimitada de la sentencia de primera instancia, a la manera del grado jurisdiccional de consulta, inexistente en la Ley 906/04.

c. *Verificar si el Juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial, bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro hómine*.

En el caso presente es evidente que el Tribunal demandado no expresó ninguna razón para apartarse del precedente horizontal en punto a la debida sustentación de los recursos de apelación que llegaban a su conocimiento; por lo tanto, ni siquiera es posible establecer si las razones fueron o no fundadas. No se justificó de ninguna manera el cambio de criterio que se venía aplicando desde hacía más de una década de manera reiterada, uniforme y pacífica con ponencia de todos los integrantes de la Sala, sin ninguna discrepancia o ambivalencia. Es más: el Tribunal **ni siquiera hizo alusión a sus precedentes**, se resolvió el tema como si en la Sala no existieran pronunciamientos sobre la materia.

Simplemente el Tribunal varió, *de facto*, el estándar aplicado hasta ese momento para resolver el mismo problema jurídico. De exigir en todos los casos un determinado estándar de sustentación al recurso pasó, sin más, a otro, como aplicando el principio de caridad, lo cual ha sido expresamente rechazado en sus precedentes.

La necesidad de explicar este abrupto cambio de criterio jurisprudencial era más exigible si se tiene en cuenta que la Sala Penal del Tribunal demandado ha sostenido que los delegados de la fiscalía general tienen "*todo el conocimiento técnico, jurídico y jurisprudencial relacionados con la forma de interponer y sustentar los recursos*"[14], tal y como se lo reprochó a un fiscal local al que le declaró desierto, por indebida sustentación, el recurso de apelación que interpuso contra una sentencia proferida por un Juez Penal Municipal que absolvió por un delito de estafa agravada que implicaba 113 meses de prisión.

Obviamente aquí la exigencia de sustentación era mayor, porque estamos ante un fiscal especializado que apeló una sentencia de un Juez del circuito que implica un delito de secuestro agravado con pena de veintisiete (27) años de prisión.

D. Síntesis de la violación del derecho a la igualdad por desconocimiento del precedente horizontal.

[14] Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, providencia del cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019) 66001 60 00 036 2008 01591 01, Ponente: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ.

1º Este caso debe ser resuelto a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre el **defecto constitucional por desconocimiento del precedente horizontal**, reiterada en sentencia T-454/15 conforme lo decantado en sentencia T-1029/12, entre otras.

2º El *Principio de Autonomía Judicial* no es justificación suficiente para negar la acción de tutela cuando se plantea una violación al *Principio de Igualdad en la Aplicación de la Ley*. La tensión entre ambos principios "se soluciona con la armonización de esos principios, la cual se materializa con la vinculación relativa del precedente y, la correspondiente posibilidad de apartarse del mismo con la debida fundamentación."[15]

3º La jurisprudencia ha resaltado la importancia que representa el respeto del precedente horizontal como garantía del principio de igualdad, seguridad jurídica, predictibilidad de las decisiones judiciales, confianza legítima de los asociados y preservación del principio de unidad del orden jurídico.[16]

4º Es por eso que las Altas Cortes de Justicia han venido CONCEDIENDO acciones de tutela por *desconocimiento del precedente,* tanto vertical como horizontal. En efecto, así han procedido como Juez constitucional: la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal[17], la Sala de Casación Civil de la misma

---

[15] Corte Constitucional, sentencia T-1029/12.

[16] Corte Constitucional, sentencia T-571/07 ["Reitera la Sala en esta oportunidad la importancia que reviste el respeto del precedente horizontal en términos de salvaguarda del principio de igualdad y de preservación de la unidad del orden jurídico."]

[17] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, sentencias de tutela: ***STP16949-2019,*** radicación 108027, Ponente: FERNANDEZ CARLIER [CONCEDIÓ la tutela contra una sentencia de Casación Laboral porque sus motivaciones "no se avienen con la reiterada y decantada línea jurisprudencial que sobre la naturaleza de los acuerdos colectivos tiene la Corte Constitucional"]; ***STP2239-2020***, número de proceso 109344, Ponente: ACUÑA VIZCAYA. [REVOCA fallo de la Sala de Casación Laboral y CONCEDE TUTELA contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira por "separación injustificada del precedente"]. ***STP15806-2019***, número de proceso T107644, Ponente: SALAZAR CUELLAR [Revoca la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira que negó la tutela y la CONCEDE contra un Juzgado de Ejecución de Penas y un Juzgado Penal del Circuito porque "incurrieron en un desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes y, por consiguiente, incurrieron en un defecto sustantivo"]; ***STP15740-2017***, número de proceso T94030, Ponente: ACUÑA VIZCAYA [Confirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que CONCEDIO el amparo contra un juzgado de ejecución de penas y uno penal del circuito especializado por violación del precedente horizontal: "la independencia y autonomía judicial, encuentra límites en la emisión de providencias que *a priori* estructuren diferencias en casos análogos, sin una adecuada motivación."***]; T-61985***, sentencia del 28 de agosto de 2012***,*** proceso T61985, Ponente: SOCHA SALAMANCA [Confirma el fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali que CONCEDIÓ la tutela contra un juzgado de ejecución de penas por desconocimiento del precedente de su superior funcional en casos similares]. ***STP8242-2018***, sentencia del 26 de junio de 2018, Ponente: SALAZAR CUELLAR [Confirma la sentencia de la Sala de Casación Laboral que CONCEDIO la tutela presentada contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, por desconocimiento del precedente vertical ya que "No mostró

Corte[18] y, obviamente, la Corte Constitucional[19]. No se trata, pues, de una tesis novedosa.

5º Los Tribunales de Distrito cumplen una vital función de unificación del derecho como garantía de igualdad de los justiciables en su respectivo territorio y por eso la Corte Constitucional ha concluido que a aquellos les son aplicables "las reglas sobre precedente y doctrina probable con el fin de identificar si se configura el defecto de desconocimiento del precedente".[20]

---

argumentos suficientes y contundentes que permitieran dar cuenta de la posibilidad de aplicar, a un caso similar al que analizó la Sala de Casación Laboral, una interpretación jurídica distinta a la que hizo esa Colegiatura."]

[18] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, sentencias de tutela: del ***18 de diciembre de 2009***, Expediente: 11001-02-03-000-2009-02307-00, Ponente: RUTH MARINA DÍAZ RUEDA [CONCEDIÓ una acción de tutela dejando sin efecto una providencia judicial emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y ordenándole desatar nuevamente el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante *teniendo en cuenta su precedente horizontal*]; ***20 de septiembre del 2012***, Expediente 11001-02-03-000-2012-02023-00, Ponente: RUTH MARINA DÍAZ RUEDA [CONCEDE la tutela presentada contra la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta por desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional sobre la inembargabilidad de los recursos públicos]; ***STC5238-2014***, Radicación 11001-02-03-000-2014-00787-00, Ponente: RUTH MARINA DÍAZ RUEDA [CONCEDE la tutela contra Sala Civil–Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga por violación del precedente vertical de la Corte Constitucional]; ***STC3817-2015***, Radicación 11001-02-04-000-2015-00251-01, Ponente: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA [Confirma la sentencia de la Sala de Casación Penal que CONCEDIO la tutela contra una la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín por desconocimiento del precedente vertical]; ***STC3848-2015***, Radicación n.° 11001-02-04-000-2015-00252-01, Ponente: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA [Nuevamente confirma una sentencia de la Sala de Casación Penal que CONCEDIO la tutela contra una Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín por desconocimiento del precedente vertical].

[19] Corte Constitucional, sentencias: ***T-1029/12*** [Revocó una sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que confirmó una de la Sala de Casación Penal que había negado la acción de tutela, y en su lugar la CONCEDIÓ dejando sin efecto una sentencia proferida por una Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, ordenándole emitir un nuevo fallo en el que se tenga en cuenta el precedente horizontal sobre los pactos de desregularización salarial]; ***T-766/08*** [CONCEDE tutela por desconocimiento del precedente vertical por parte del Tribunal Administrativo de Nariño]; ***T-390/15*** [Revoca sentencias de tutela de las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia que negaron la tutela y la CONCEDE contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá por desconocimiento del precedente horizontal]; ***T-804/12*** [CONCEDE tutela contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura por desconocimiento de su precedente horizontal ya que no justificó porqué impuso una sanción a un servidor público con mayor producción laboral, mientras cesó el proceso disciplinario a otros funcionarios con menor índice de egresos.]; **T-117/07** [Confirma la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que CONCEDIÓ la tutela contra una decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado por desconocimiento de su propio precedente: "al no hacerse explícito el cambio del precedente se violó el derecho a la igualdad en las decisiones judiciales".]

[20] Corte Constitucional, sentencias T-688/13, T-1029/12, T-918/10 y T-698/04.

6º Las autoridades judiciales deben ser consistentes y uniformes con los fallos adoptados por ellas mismas, de donde el *defecto por desconocimiento del precedente horizontal* se configure cuando el Juez unipersonal o colegiado "cambia su propia jurisprudencia, sin realizar la referencia expresa al precedente que sirvió de sustento para resolver casos análogos y exponer razones suficientes que ameriten el distanciamiento."[21]

7º Los precedentes del Tribunal demandado sostienen que el ataque propio de la apelación debe ser "*de manera frontal*", una "*confrontación o controversia efectiva*" con "*elementos de juicios serios y suficientes*" que indiquen "*claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el a-quo y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él*"; pues solo de este modo se dota al *Ad quem* de unos elementos de juicio para elegir "*entre dos tesis contrapuestas*" y pronunciarse; y sin una "*adecuada argumentación de las razones por las cuales no se comparte la determinación que se impugna, el superior funcional no adquiere competencia para revisar la decisión que por este medio se ataca*". [Ver Premisas 1-4 y **ANEXOS 11 y 12**].

8º Pero al resolver sobre la debida sustentación del recurso en este caso, el Tribunal demandado se apartó de dichos precedentes sin siquiera mencionarlos, pues sostuvo que al apelante le bastaba para sustentar el recurso con atacar los "**puntos neurálgicos del debate**" y resaltar temas en torno a los cuales giró "***la discusión en todo el trasegar del juicio***", dejando de lado todas las exigencias atrás mencionadas [Véanse las Premisas 15 a 21 y ANEXO 8]. EL CAMBIO DE CRITERIO JURISPRUDENCIAL ES EVIDENTE.

9º Los únicos supuestos que ha reconocido la jurisprudencia como justificantes para negar el amparo constitucional por violación al precedente horizontal se han presentado: (***i***) cuando lo que se invoca como precedente no es tal, sino una *postura insular* de uno de los magistrados de la Sala del Tribunal demandado22; (***ii***) cuando se presentan problemas fácticos diferentes que ameritan soluciones distintas23 y (***iii***) Cuando hay un *manejo legítimo del precedente*, esto

[21] Corte Constitucional, sentencias T-1029/12, T-454/15 y T-145/17.

[22] Corte Constitucional, sentencia T-571/07 [No se presenta desconocimiento del precedente horizontal en la sentencia que se acusa por vía de tutela porque lo que se considera precedente es "una postura insularmente defendida por uno de los magistrados que integran la Sala, que en consecuencia no presenta los atributos necesarios para ser considerada como precedente, en cuanto es evidente que no ha sido incorporado como doctrina de la Sala". Niega la tutela].

[23] Corte Constitucional, sentencia T-589/07 ["la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá no desconoció su propio precedente porque, contrario a lo afirmado por la accionante, no profirió decisiones contradictorias en el mismo asunto", ya que "para que exista desconocimiento del precedente es necesario averiguar si a una misma situación fáctica

es, cuando el funcionario jurisdiccional reconozca y señale las decisiones anteriores de las que se aparta, y argumente con suficiencia los motivos de su decisión24. NINGUNO DE ESTOS SUPUESTOS OCURRE EN EL CASO PRESENTE, por cuanto:

i. Queda probado, con las 18 providencias judiciales aportadas como prueba en esta demanda, que el precedente desconocido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira *no era una postura insular* de uno o varios de sus magistrados; por el contrario, se trata de la posición uniforme y reiterada de todos los magistrados de la Sala a lo largo de más de diez años.

ii. Queda demostrado en este caso que *el problema jurídico es el mismo* en todos esos precedentes aportados y en el presente asunto: evaluar si el recurrente cumplió con el estándar sobre debida sustentación del recurso de apelación.

iii. Y es un hecho indiscutible y debidamente probado con el texto de la sentencia de segunda instancia de 28 de junio de 2021 aportada en esta demanda, que la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira *de ninguna manera justificó el cambio de criterio* en cuanto a la debida sustentación del recurso de apelación interpuesto por la fiscalía especializada contra la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

PROCEDENCIA DEL AMPARO

Los accionantes cuentan con el recurso de impugnación especial contra la primera sentencia condenatoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira.

Pese a ello, como pasa a demostrarse, por las circunstancias involucradas en este caso la acción de tutela es procedente como

---

se le otorgó una consecuencia jurídica distinta, resulta obvio que, en el presente asunto, no podríamos referirnos al deber de aplicar el precedente horizontal, puesto que al resolver dos problemas fácticos distintos, bien podían producirse consecuencias jurídicas diferentes. Niega la tutela]" En el mismo sentido T-454/15 [No se desconoce el precedente jurisprudencial cuando se "analizó un problema jurídico diverso". Niega la tutela.]

[24] Corte Constitucional, Sentencia T-454/15 [No se presenta desconocimiento del precedente cuando "siempre que el funcionario jurisdiccional reconozca y señale las decisiones anteriores de las que se aparta, y argumente con suficiencia los motivos de su decisión. Ello sucede con un manejo legítimo del precedente, labor que obliga a que el juez i) se refiera al precedente anterior y ii) ofrezca un argumento suficiente para el abandono o cambio de la norma jurisprudencial.]

mecanismo principal de defensa para proteger el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley.

A. <u>Doctrina constitucional aplicable.</u>

En principio, la acción de tutela es improcedente cuando el actor cuenta con otros medios de defensa judiciales, pero la Ley expresamente advierte que <u>no se trata de una regla absoluta</u>, pues a pesar de la existencia de un medio de defensa judicial el Juez constitucional debe de apreciarlo "*en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante*" [art. 6.1. decreto 2591 de 1991].

De ahí resulta indiscutible que "aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, <u>la sola *existencia formal* de uno de estos mecanismos no implica *per se* que ella deba ser denegada</u>".[25]

Para determinar si en este caso el recurso de impugnación especial es O NO medio de defensa judicial ***<u>idóneo</u>*** para garantizar la efectiva protección del derecho reclamado mediante acción de tutela, solicitamos aplicar la doctrina constitucional vigente para establecer *en concreto* la idoneidad del medio de defensa judicial ordinario por oposición a la acción de tutela.

Esta doctrina constitucional dispone que se trata de evaluar si el medio de defensa judicial ordinario permite incluir **<u>todos</u>** los aspectos para la protección **<u>completa</u>** del derecho fundamental vulnerado.

Es necesario tener en cuenta el alcance del respectivo medio de defensa judicial con que cuenta el accionante, en su aspecto probatorio, las posibilidades de decisión dentro del mismo y los procedimientos habilitados para ejercerlo. Y SOLO SI ALGÚN ASPECTO CONSTITUCIONAL DE LA DEMANDA DE TUTELA NO PUEDE SER EXAMINADO ÍNTEGRAMENTE MEDIANTE EL RECURSO JUDICIAL ORDINARIO, LA ACCIÓN DE TUTELA NO SOLO ES PROCEDENTE: es la vía <u>prevalente</u>.

Esta doctrina se plantea por primera vez en la sentencia T-100 de 1994 y desde esa época viene siendo citada por la Corte Constitucional en multiplicidad de fallos[26]. La esencia del planteamiento es este:

> "Cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, <u>debe evaluar si, conocidos los</u>

---

[25] Corte Constitucional, sentencia T-433/02.

[26] Corte Constitucional, sentencias T-259/07, T-1030/07, T-440/08, T-448/00, T-559/00, T-981/00, T-380/98, T-145/95, T-286/95, T-333/95, T-389/95, T-475/95, T-233/94, T-572/15, T-722/14, T-052/09, T-169/08, T-079/02, T-114/00, SU-133/98, T-259/98, T-070/97, T-551/17, T-267/12, T-395/08, T-999/05, T-441/17, T-469/19, T-372/12, SU-182/98, T-735/17 y SU-713/06.

> hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluídos TODOS los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y COMPLETA del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente. Así como la Constitución no permite que se subplante al juez ordinario con el de tutela, para la protección de los derechos de rango legal, tampoco permite que la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, sea impedida o recortada por las reglas de competencia de las jurisdicciones ordinarias."[27]

Resulta claro que "no es lo mismo cotejar una determinada situación con preceptos de orden legal que compararla con los postulados de la Constitución", por lo que el Juez de tutela debe tener en cuenta que "una es la dimensión de los [medios de defensa judiciales] ordinarios y otra la específica del juicio de protección constitucional en situaciones no cobijadas por aquéllos."[28]

Así las cosas, el análisis del Juez constitucional en esta materia gravita sobre el mismo punto: la comparación con el alcance real y posibilidades de protección del medio de defensa judicial ordinario, para determinar si dentro de su ámbito de aplicación se comprende la protección de TODOS los aspectos relevantes para la protección COMPLETA del derecho fundamental vulnerado.

La jurisprudencia enuncia los factores a tener en cuenta para comparar la idoneidad del medio de defensa judicial ordinario con la acción de tutela:

---

[27] Corte Constitucional, sentencia T-100/94, M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ, mayúsculas en el texto original. [La tutela y no la acción contencioso administrativa es el medio judicial prevalente para que un docente reclame la facultad legal de ejecutar un contrato que firmó, porque "En el mejor de los casos, la acción contencioso administrativa prosperaría, se anularían los actos de los rectores y se indemnizarían los daños que se lograran probar. Pero, nada se diría sobre el trato discriminatorio sufrido…"].

[28] Corte Constitucional, sentencias T-259/97 y SU-086/99 [La cita completa es esta: "… no es lo mismo cotejar una determinada situación con preceptos de orden legal que compararla con los postulados de la Constitución, pues la materia objeto de examen puede no estar comprendida dentro del ámbito de aquél, ni ofrecer la ley una solución adecuada o una efectiva protección a la persona en la circunstancia que la mueve a solicitar el amparo, encajando la hipótesis, en cambio, en una directa y clara vulneración de disposiciones constitucionales. La Corte recalcó esa diferencia, respecto de la magnitud del objeto de los procesos, haciendo ver que una es la dimensión de los ordinarios y otra la específica del juicio de protección constitucional en situaciones no cobijadas por aquéllos."]

a. Si el asunto planteado en la acción de tutela sobrepasa el marco del tema de decisión que correspondería al medio de defensa judicial ordinario[29].

b. Si en el marco del medio de defensa judicial ordinario "los derechos pueden quedar carentes de protección"[30]

c. Si el medio de defensa judicial ordinario permite acceder a lo pretendido en sede de tutela[31].

d. Si el medio de defensa judicial es "adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso"[32].

e. Si el análisis requerido en sede de tutela, para proteger los derechos fundamentales, reboza el escenario natural de acción del medio de defensa judicial ordinario.

De acuerdo a la jurisprudencia vigente, si la respuesta a alguna de estas preguntas es positiva, el medio de defensa judicial ordinario no es idóneo y la tutela prevalece sobre el medio de defensa judicial.

---

[29] Corte Constitucional, sentencia T-448/00 [Concede la tutela como "mecanismo prevalente", pues los asuntos planteados en la tutela por una docente amenazada "sobrepasan con mucho el marco del tema de decisión que correspondería a la presunta acción de cumplimiento que se viene considerando como mecanismo alterno de defensa."]

[30] Corte Constitucional, sentencia T-333/95 [La acción de tutela es prevalente como mecanismo principal sobre el "proceso verbal sumario que se instaura para dirimir una controversia en torno a la propiedad horizontal concreta su estudio y decisión al aspecto central de ésta, esto es, a lo que atañe con las materias ya especificadas, antes que al amparo de los derechos fundamentales, violados o amenazados; por lo tanto, eventualmente puede abstenerse de adoptar medidas concretas tendientes a poner fin o a evitar su violación, como las que usualmente decreta el juez de tutela, con lo cual dichos derechos pueden quedar carentes de protección."]

[31] Corte Constitucional, sentencias T-325/95 y T-722/14 [Procede la tutela como mecanismo definitivo porque mediante el ejercicio de las acciones que pueden impetrarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no se obtiene el resultado deseado, cual es el de ser nombrado en el cargo correspondiente. Con múltiples citas jurisprudenciales sobre la materia.] Igualmente concede como mecanismo definitivo.

[32] Corte Constitucional, sentencia T-572/15 ["Sin embargo, esta Corporación también ha señalado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada (de subsidiariedad): (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable." Con múltiples citas jurisprudenciales sobre la materia.]

B. <u>Carácter prevalente de la acción de tutela en este caso.</u>

El recurso de impugnación especial NO resulta idóneo para garantizar la real y efectiva protección del derecho a la *igualdad en la aplicación de la ley* de los accionantes.

El diseño y alcance del recurso de impugnación especial no permite que **<u>TODOS</u>** los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y **<u>COMPLETA</u>** del derecho fundamental alegado queden debidamente protegidos.

Temas como el aquí analizado, consistente en determinar si un Tribunal Superior de Distrito Judicial desconoció, al resolver la segunda instancia, sus propios precedentes sobre la adecuada sustentación a un recurso de apelación, rebasan el ámbito natural y propio del recurso de impugnación especial, e incluso el de los recursos de apelación y casación.

La *impugnación especial* o *doble conformidad* es de muy reciente consagración en el derecho colombiano. La necesidad primordial que originó la creación de un recurso contra la primera sentencia condenatoria fue permitir la revisión de las bases probatorias y jurídicas de la declaración de responsabilidad penal.

Así, desde la sentencia C-792 de 2014, la cual dio origen a la incorporación de este medio de impugnación, la Corte Constitucional precisó que el derecho a la impugnación otorga la facultad a las personas condenadas en un juicio penal a <u>controvertir el fallo incriminatorio</u> ante una instancia judicial distinta de quien dictó la providencia, es decir, <u>a atacar las bases y el contenido de la sentencia que determina su responsabilidad penal y que le atribuye la correspondiente sanción</u>.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ha venido aclarando que el derecho a la impugnación especial "pretende que una autoridad diferente a la que emitió la condena, la revise y determine <u>si en el caso se reúnen los presupuestos considerados en la Ley para proferir sentencia de esa naturaleza, es decir, que en la actuación obre prueba que lleve al conocimiento, más allá de toda duda, acerca de la realización del delito y de la responsabilidad del acusado</u>."[33]

Así pues, el ámbito natural y propio de movilidad de la 'doble conformidad' es la revisión de la sentencia condenatoria a efectos de determinar su corrección probatoria y jurídica. Para ello el superior resuelve con la información que le suministra el expediente del caso, sin que resulte procedente anexar al recurso elementos de conocimiento.

---

[33] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencia SP-3002-2021(56495), entre muchas otras.

El alcance del recurso de impugnación especial resulta desbordado cuando el objeto del planteamiento presentado contra la primera sentencia de condena es la verificación del respeto al precedente horizontal por parte del Juez o Tribunal que la profirió en punto a una cuestión preliminar al estudio del fondo del asunto: si el apelante cumplió la carga de sustentar debidamente el recurso de apelación *conforme al precedente horizontal* que no obra como elemento informativo en el expediente.

Esta acción de tutela pretende que se ordene al Tribunal demandado resolver nuevamente si el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la sentencia absolutoria de primera instancia se encuentra debidamente sustentado *teniendo en cuenta sus propios precedentes*. De esta forma el juez ordinario tiene la oportunidad de revisar el punto debatido dentro del ejercicio de sus competencias ANTES de iniciar el trámite de la doble conformidad.

Una pretensión así carecería de sentido en sede de impugnación especial; de prosperar dicha tesis lo conforme a derecho es retrotraer lo actuado para que el Tribunal resuelva si el recurso de apelación estuvo bien sustentado de acuerdo a sus precedentes sobre la materia, pues quien recurrió en apelación tiene derecho a discutir la eventual declaratoria de desierto del recurso mediante el recurso de reposición.

Y si el Tribunal concluye que el recurso estuvo bien sustentado se habilitaría el trámite de la doble conformidad por segunda vez, con el desgaste que ello implica para el aparato judicial y la pronta resolución del conflicto que esperan las partes e intervinientes.

Además de lo expuesto, la tutela es el medio natural e idóneo para resolver esta controversia porque de ello depende la propia existencia de la doble conformidad.

La inmediatez con que se presenta esta tutela (antes de que se corra el traslado para sustentar la impugnación especial), sumado a los breves términos en que se resuelve la misma, permite revisar la irregularidad cometida con el menor impacto posible para los principios de economía procesal y eficiencia judicial: si como consecuencia de la procedencia de la tutela (i) el Tribunal considera que no fue debidamente sustentado el recurso de apelación, entonces no habrá lugar a tramitar la doble conformidad; y (ii) si el Tribunal considera que el recurso fue debidamente sustentado, entonces, saneada la irregularidad, la doble conformidad será tramitada una sola vez.

Es claro que el asunto planteado en esta acción de tutela sobrepasa el marco del tema de decisión que correspondería al recurso de impugnación especial, con lo que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por desconocimiento del precedente horizontal

puede quedar carente de protección. La doble conformidad es inadecuada para resolver las implicaciones constitucionales de este caso en punto al derecho aquí alegado, pues aquella no es el escenario natural que permite acceder a lo pretendido mediante esta tutela: que el Tribunal resuelva nuevamente si el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la sentencia proferida en primera instancia en el proceso penal se encuentra o no debidamente sustentado teniendo en cuenta el estándar delineado en sus propios precedentes sobre la materia.

Por el contrario, pregonar la idoneidad del recurso de impugnación especial en estos casos, desplazando a la tutela, implicaría que los litigantes están habilitados para adjuntar al recurso los precedentes horizontales del Juez de segunda instancia sobre cierto punto de derecho para que se revise una eventual violación al principio de igualdad. Esta práctica desbordaría el objeto de la segunda instancia y dificultaría su trámite al permitir debates impertinentes.

C. <u>El respeto a las competencias de la jurisdicción ordinaria.</u>

Las siguientes precisiones demuestran que la presente acción de tutela no implica vaciar las competencias propias de la jurisdicción ordinaria ni propicia un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última. ESTE RECURSO DE AMPARO NO ESTA ORIENTADO A:

a. Abordar la responsabilidad penal de los solicitantes o la existencia del hecho materia de juzgamiento.

b. Revisar la situación de privación de la libertad que padece en este momento uno de los dos procesados.

c. Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la sentencia proferida en primera instancia en el proceso penal.

d. Ordenar que se declare desierto el recurso de apelación.

e. Imponerle criterios al Tribunal para que decida si debe apartarse o no de sus propios precedentes.

TODAS ESTAS POSIBLES LINEAS DE COMPORTAMIENTO JUDICIAL SON COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL TRIBUNAL ORDINARIO, **<u>NO DEL JUEZ DE TUTELA</u>**.

Por el contrario, esta tutela solo busca que el juez constitucional verifique la existencia de un error de motivación en la sentencia de segunda instancia en punto a si el Tribunal demandado tuvo en cuenta sus propios precedentes en materia de debida sustentación del recurso de apelación.

Y verificado ese error de motivación, la protección de la tutela consiste en que el Juez de tutela le ordene al Juez ordinario que, en el ejercicio de sus competencias, resuelva nuevamente, acatando sus propios precedentes, si el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la decisión absolutoria de primera instancia estuvo o no debidamente sustentado.

La decisión definitiva será, entonces, la que tome el juez ordinario y será ello lo que determinará el curso a seguir en la actuación procesal, incluido el trámite de la doble conformidad.

EXTENSIÓN DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Al conceder acciones de tutela ordenando resolver nuevamente el recurso de apelación, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha extendido el amparo constitucional para garantizar el **principio de imparcialidad**, ordenando que el recurso a resolver, cuestionado mediante acción de tutela, sea resuelto por *un Juez distinto* de quien tomó la decisión, pero de su misma categoría.[34]

Este precedente resulta aplicable a este caso. El Tribunal demandado tiene seriamente comprometido su criterio para resolver nuevamente si el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía se encuentra debidamente sustentado por dos razones:

a. El Tribunal ya se pronunció y encontró debidamente sustentado el recurso de apelación, con lo cual es obvio que exteriorizó su criterio sobre la materia.

b. De la decisión sobre la sustentación del recurso dependerá la existencia jurídica de la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal, con lo cual es obvio que tiene un incentivo para entender debidamente sustentado el recurso a fin de que se mantenga la decisión ya tomada sobre el fondo del asunto.

---

[34] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – Sala de Decisión de Tutelas, M.P. BUSTOS RAMIREZ, ***providencia del 19 de junio del 2012***, aprobada por acta No. 232 [Se concedió el amparo constitucional contra la decisión proferida en segunda instancia por un Juez penal del circuito al resolver el recurso de apelación interpuesto contra una medida de aseguramiento; la Corte ordenó resolver nuevamente la segunda instancia, pero *extendió el amparo constitucional* ordenando que debía repartirse el asunto a otro Juez en vista de que quien fue tutelado carecía de imparcialidad para volverse a pronunciar sobre la materia].

Es evidente que en el Tribunal demandado existe un sesgo, inconsciente en el mejor de los casos, para considerar debidamente sustentada la apelación. Por eso, para que sea efectiva la garantía de la imparcialidad deberá ser otra Sala de Decisión la que resuelva, exclusivamente, si el recurso de apelación estuvo debidamente sustentado o no. Cumplido esto, el Tribunal recupera su competencia para lo que corresponda, y de concluirse que la sustentación fue atinada se reactivarán los plenos efectos del fallo de segunda instancia en los términos en que ya fue proferido y la segunda instancia seguirá su curso natural.

PRETENSIONES

1. AMPARAR el *derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley* invocado por José Manuel García Vélez y Mauricio Vélez Arboleda.

2. DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de segunda instancia proferida el 28 de junio de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira dentro del proceso con radicación 66001600003520130535003 adelantado en contra los accionantes.

3. **ORDENAR** emitir un nuevo pronunciamiento dentro de los diez (10) días siguientes a través del cual se resuelva nuevamente si el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la sentencia absolutoria de primera instancia se encuentra debidamente sustentado, para lo cual el Tribunal deberá tener en cuenta los precedentes horizontales cuya identidad temática con el presente asunto torne imperativa su aplicación, a menos que se justifique razonablemente la necesidad de cambiar de criterio jurisprudencial.

4. DISPONER que el presente asunto sea resuelto en condiciones de imparcialidad por una Sala de Decisión del Tribunal Superior de Pereira en la que no participen los magistrados que integraron la Sala de Decisión Penal que profirió la sentencia condenatoria del 28 de junio de 2021.

5. El Tribunal dispondrá el trámite que corresponda según el tipo de decisión adoptada en cumplimiento a la sentencia de tutela.

PRUEBA DOCUMENTAL APORTADA Y ANEXOS

Poder para presentar la presente acción de tutela otorgado por ambos procesados. (2 folios).

ANEXO 1: 18 providencias judiciales del Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, donde se aborda el tema de la debida sustentación del recurso de apelación.

ANEXO 2: Actas de audiencias de imputación y acusación.

ANEXO 3: Actas de audiencias preparatoria, segunda instancia y juicio oral.

ANEXO 4: Acta de audiencia de lectura de sentencia.

ANEXO 5: Sentencia absolutoria del 8 de agosto de 2016.

ANEXO 6: Recurso de apelación presentado por la fiscalía.

ANEXO 7: Escrito de la defensa como sujeto procesal no recurrente.

ANEXO 8: Sentencia condenatoria.

ANEXO 9: Correo electrónico del 2 de septiembre de 2021.

ANEXO 10: Correo electrónico del 17 de septiembre de 2021.

ANEXO 11: Cuadro 1. Precedentes sobre debida sustentación del Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal.

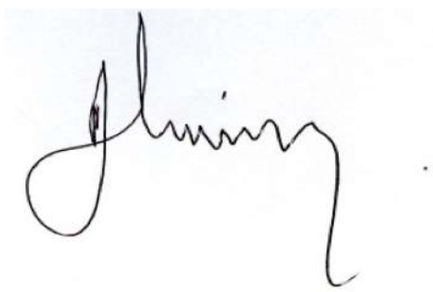
ANEXO 12: Cuadro 2. Precedentes sobre principio de caridad del Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal.

JURAMENTO

Manifiesto bajo la gravedad del juramento no haber interpuesto otra acción de tutela por los *mismos hechos, derechos y razones* que se alegan en la presente.

En pasada oportunidad accioné a nombre propio y como agente oficioso de los aquí demandantes contra el mismo Tribunal superior aquí demandado, pero bajo otro contexto fáctico distinto[35], reclamando la protección de un derecho diferente[36] y a planteando un problema jurídico enteramente distinto del aquí expuesto[37]. La anterior demanda se identifica así: Tutela de primera instancia número interno 118709 CUI 11001-02-04-000-2021-01652-00. Demandante: Alejandro Decastro, en nombre propio y como agente oficioso de José Manuel García Vélez y Mauricio Vélez Arboleda, M.P. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER. Una simple consulta de dicha providencia demuestra que no estamos ante la presentación de la misma acción de tutela por los mismos, hechos y derechos.

Atentamente,



ALEJANDRO DECASTRO GONZALEZ.

T.P. 71.031

C.C. 98’557.980

---

[35] Aquí los hechos se centran en el análisis de la motivación del Tribunal demandado sobre la debida sustentación del recurso de apelación interpuesto por la fiscalía de cara a sus propios precedentes sobre la misma materia. En el caso anterior los hechos gravitaron en torno a la necesidad de notificar la sentencia condenatoria mediante audiencia de lectura de fallo.

[36] En esta oportunidad se reclama el *derecho a la igualdad en la aplicación de la ley,* mientras en la anterior demanda se invocó el *derecho al debido proceso en su componente de formas propias del juicio*.

[37] En la anterior demanda se debatió si el Tribunal demandado debía notificar la sentencia condenatoria de segunda instancia *mediante audiencia de lectura de fallo* y no mediante correo electrónico, como lo hizo; en esta demanda de tutela se plantea un asunto del todo distinto: si la motivación del Tribunal fue indebida en orden a no declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la sentencia absolutoria de primera instancia, teniendo en cuenta los precedentes horizontales del propio Tribunal sobre debida sustentación del recurso.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, siete (07) de julio de dos mil nueve (2009)

APROBADO MEDIANTE ACTA No. 0488

SEGUNDA INSTANCIA

Hora:	09:00 a.m.
Imputado:	Daniel Sánchez Mosquera y Jhon Heiler Becerra Perea.
Cédula de ciudadanía No:	1.112.758.485 y 82.140.920 ambas de Pereira (Rda.), respectivamente
Delito:	Homicidio y Porte Ilegal de Arma de fuego
Víctima:	Jhon Eloy Caracas Mena
Procedencia:	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.) con funciones de conocimiento.
Asunto:	Se conoce de la apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia condenatoria de fecha 04-03-09.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar en los siguientes términos:

1.1.- Dan cuenta los registros, que el día quince (15) de agosto de 2008, a eso de las 16:31 horas, agentes de policía que patrullaban el barrio Los Cristales de la Ciudadela Cuba en esta capital, fueron informados que en la carrera 29 frente al No 403 de ese sector, dos personas de tez morena dispararon contra la humanidad de otro individuo con similares características y que fue identificado como JHON ELOY CARACAS MENA, persona ésta que falleció en ese lugar. Se supo, que de inmediato los agresores huyeron en una moto color negro, de placas terminadas en 09A.

Se procedió a un operativo envolvente y de esa manera fue ubicada una residencia a la cual posiblemente habían ingresado las personas señaladas como autores de este crimen (el rodante estaba estacionado al frente); inmueble que fue objeto de

registro y en su interior, concretamente en la parte superior del patio, la autoridad halló dos revólveres cubiertos con una prenda blanca.

En atención a las características físicas suministradas, la identificación de la moto y el hallazgo de las armas, operó la retención de las personas que respondieron a los nombres de **DANIEL SÁNCHEZ MOSQUERA y JHON HEILER BECERRA PEREA.**

1.2.- A consecuencia de lo anterior, el día siguiente (16-08-08) se llevaron a cabo ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función con control de garantías, las audiencias preliminares de legalización de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento, por medio de las cuales: (i) se declaró legal la aprehensión; (ii) se atribuyó coautoría material en un concurso material y efectivo de conductas punibles de HOMICIDIO (art. 103, artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y circunstancia de mayor punibilidad descrita en el numeral 10º del artículo 58 del Código Penal) y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO de defensa personal (art. 365); cargo que los indiciados ACEPTARON; y (iii) se impuso como medida de aseguramiento la detención preventiva intramural.

1.3.- Dada la admisión unilateral de los cargos, las diligencias fueron remitidas ante los Juzgados Penales del Circuito con funciones de conocimiento de esta capital, correspondiéndole por reparto al Tercero de esa categoría, cuya titular convocó para una audiencia de "estudio sobre validez de la aceptación de cargos y sentencia". En esa diligencia fueron interrogados los acusados acerca de la voluntariedad en la aceptación de los cargos, quienes expusieron que sí habían admitido la imputación, pero no de una manera libre, consciente y voluntaria, por cuanto "fueron engañados".

1.4.- La titular del despacho de conocimiento, luego de verificar el contenido de los registros de las audiencias preliminares, aseguró que allí no se presentó vulneración a garantías fundamentales de los imputados y procedió a impartirle aval a la referida aceptación de cargos, a cuyo efecto convocó para la lectura del fallo de carácter condenatorio, no sin antes hace constar una dilación indebida de este trámite por parte de los sujetos procesales y la improcedencia de la retractación en estas circunstancias según lo tiene decantado la jurisprudencial nacional (citó en respaldo las sentencias de casación penal del 18-04-07, radicación 27159, reiterada el 03-05-07, radicación 27108; al igual que la sentencia C-1195 del 22-11-05). La defensora de **SÁNCHEZ MOSQUERA** interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra esa determinación, motivo por el cual al negarse la reposición se concedió el de alzada. El otro defensor y la Fiscalía no interpusieron recurso alguno.

Con posterioridad y estando el asunto ante esta segunda instancia, la profesional del derecho inconforme desistió del recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, motivo por el cual la Sala admitió la petición y la carpeta retornó al despacho de conocimiento a efectos de agotar el incidente de reparación de perjuicios y proferir el fallo de mérito.

1.5.- Con fecha 04-03-09, se profiere sentencia de condena por medio de la cual: (i) se declara a los dos acusados penalmente responsables en congruencia con los cargos formulados; (ii) se les impone pena privativa de la libertad equivalente a 150 meses y 21 días de prisión, más la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término; (iii) se dispuso el comiso definitivo de las armas incautadas; y (iv) le negó el subrogado de la suspensión condicional de le ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

1.6.- Los defensores no estuvieron de acuerdo con esa decisión y la impugnaron, motivo por el cual los registros fueron remitidos ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

2.- Debate

2.1.- Defensa -recurrente-

Para el acto público de sustentación del recurso, se hizo presente un nuevo defensor quien representó los intereses de ambos sentenciados y expresó:

- Hace constar que no fue el abogado que asistió a sus representados en las audiencias precedentes, motivo por el cual va a poner en entredicho el obrar de sus antecesores a quienes incluso se les denunció disciplinariamente por un indebido ejercicio del cargo encomendado.

- La presentación que se hizo del caso en las audiencias públicas anteriores, fue un discurso eminentemente defensivo, en donde se dejó entrever que el hoy occiso atentó contra la humanidad de **DANIEL SÁNCHEZ,** quien ya había sido víctima de otros tantos atentados por parte de aquél y con respecto de lo cual se adelantaron sendas investigaciones criminales. Existen testigos que dan fe que aquél individuo quería darle muerte.

- Se dejó constancia en el sentido de que los imputados no se sentían bien representados y que no querían seguir siendo asistidos porque hubo negligencia en el cabal cumplimiento del mandato.

- Es evidente que aquí "se está pagando lo que no se debe", por cuanto la aceptación de cargos tuvo origen en un mal entendimiento de las cosas, dada la existencia de una legítima defensa que no se tuvo en cuenta por parte de los letrados que lo antecedieron.

- La jurisprudencia ha admitido que es factible la anulación del allanamiento a los cargos cuando se transgreden las garantías fundamentales, y ese es el caso que aquí nos concita. Además, la terminación anticipada del proceso también exige la presencia de prueba para condenar, a efectos de evitar la injusta condena a un inocente.

- Al existir prueba cierta acerca de la enemistad entre estas personas, era factible admitir la existencia de una legítima defensa y es lo que sus procurados pretenden. El juez así debió haberlo verificado para proceder en consecuencia.

- Como lo abogados "sabían desde un comienzo todo esto y no hicieron lo propio para lograr una adecuada defensa", estima que no se debe dar valor a este plural allanamiento.

Concluye solicitando que "se revise con cuidado el *quantum* punitivo, lo mismo que las audiencias preliminares".

2.2.- Procesado Daniel Sánchez

- El abogado le dijo que no había más salida que aceptar los cargos. Le expresó que el otro lo quería matar, pero la respuesta del defensor fue simplemente que él tenía muchos años de trabajar en esto y que no veía otra alternativa en su caso.

- Es primera vez que se encuentra acusado de un delito y pide que se compare su hoja de vida con la del muerto.

- Explica que las víctimas no fueron dos, de milagro. Siempre quiso evitar el problema. En todo momento huyó de él y lo único que siempre hizo fue defenderse.

2.3.- Procesado Jhon Heiler Becerra Perea

- Todo esto es un error. No tuvo nada que ver en lo ocurrido. Simplemente abusaron de su ignorancia.

- Los hechos se registraron a dos cuadras de donde vivían, como situación que evidencia que no tenían esto programado.

- Hay tres familias, incluida la del muerto, que están pagando este error, porque el hoy occiso vivía en Cartago y vino "a buscar lo que no se le había perdido".

2.4.- Fiscal -no recurrente-

No comparte los planteamientos esgrimidos por el defensor, por lo siguiente:

- En la praxis judicial se sabe que los jueces de control siempre han sido muy cuidadosos a la hora de poner de presente a los implicados todos sus derechos y las posibilidades que tienen en relación con la imputación, y este caso no fue la excepción, porque los registros nos enseñan que la aceptación de los cargos se hizo en forma libre, voluntaria, consciente, espontánea y debidamente asistida.

- No se puede hacer aquí un juicio al anterior abogado y se están planteando cosas de las cuales no existe prueba.

- La señora juez de conocimiento atendió la aceptación de cargos como no podía ser de otra manera y condenó porque existía mérito para hacerlo.

- Dadas esas amplias garantías al momento de la admisión unilateral de la imputación, ambas Cortes han sido enfáticas en sostener que no es posible la retractación porque va en detrimento de una recta administración de justicia.

- No es verdad que aquí existiera la posibilidad de una legítima defensa, porque de una valoración conjunta de los medios de prueba se extrae más allá de cualquier duda la responsabilidad penal. El caudal de evidencias enseña que una persona se desplazaba por una vía del barrio Cuba y fue atacada "intempestivamente" por sujetos que se encontraban armados e iban en moto, quienes de inmediato huyeron y fueron posteriormente aprehendidos en flagrancia cuando ingresaron a una casa y ocultaron sus armas.

- El acusado **DANIEL SÁNCHEZ** expone que lo iban a matar, pero no hay prueba en ese sentido puesto que ni siquiera fueron lesionados; por el contrario, de manera indefensa el hoy occiso fue alcanzado por las balas asesinas.

- Se viene a decir ahora que el defensor anterior les dijo que luego de aceptados los cargos se podía posteriormente alegar una legítima defensa, lo cual es absurdo, con mayor razón cuando se sabe de la seriedad de los defensores públicos.

- Este Tribunal ha penetrado en el análisis del error para efectos de aniquilar un allanamiento unilateral de los cargos, lo mismo que respecto a la no comprensión de los cargos por un manejo inapropiado de los tecnicismos jurídicos, pero eso es muy diferente a lo que aquí sucede, porque el consentimiento que se ofreció al juez no está viciado.

- En lo atinente al *quantum* de la pena, lo único que hizo la juez fue ajustarse a la ley y por este aspecto no observa razón alguna para la modificación del fallo. Además, estamos ante una justicia rogada, y el abogado en realidad no ha presentado al Tribunal una solicitud concreta, pues no se sabe bien si lo que pretende es un examen de la pena o la nulidad de lo actuado y de ser así desde qué momento procesal.

3.- Para resolver, se considera

3.1.- Competencia

La tiene la Sala con fundamento en los factores objetivo, territorial y funcional, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 33.1 de la Ley 906 de 2004.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae básicamente a resolver, si para el caso concreto existe alguna posibilidad de permitir la retractación del allanamiento unilateral a cargos por parte de ambos procesados.

3.3.- Solución a la controversia

Es deber dejar esclarecido, en primer término, que el manejo de la defensa técnica ha sido tortuoso en el presente asunto, dadas las múltiples peticiones surgidas en la primera instancia y los cambios de profesionales a efectos de intentar tesis contrapuestas.

Basta decir que la profesional que asistía los intereses de uno de los inculpados, inicialmente apeló la decisión de primera instancia que aprobó la admisión de los cargos, para posteriormente desistir de ese recurso. Posteriormente, cuando se le entera de la decisión condenatoria, afirmó que interponía apelación por no estar de acuerdo con el *quantum* de la pena. Muy a pesar de lo anterior, ante esta instancia el nuevo apoderado esboza como motivo principal de impugnación, la admisión viciada de los cargos por el error en que sus antecesores hicieron incurrir a sus clientes, aunque sin decir en forma expresa que pedía nulidad, porque cuando se le preguntó que cuál era entonces la petición concreta, el profesional manifestó: "pido que se revise el *quantum* de la pena y que se analicen las audiencia preliminares".

Como vemos, no existió sustentación alguna en lo referido a la pretensa inconformidad con respecto a la dosificación punitiva en este caso, motivo por el cual en cuanto a este aspecto concreto la Sala declarará desierto el recurso[1]. De todas maneras se advierte que la juez de primer grado fue benévola al momento de cuantificar la sanción, porque partió de la pena mínima del primer cuarto y aunque concedió un 45% de rebaja por el allanamiento y no el máximo del 50%, hubo una adecuada motivación para proceder en este sentido.

El pronunciamiento de la Sala tendrá que centrarse por tanto única y exclusivamente en lo atinente a la posibilidad de admitir en el presente caso una retractación de la aceptación unilateral, para concluir si por esa vía es factible la anulación que de manera tácita propone el recurrente.

No entrará la Sala en esta ocasión a hacer acopio de los precedentes jurisprudenciales de ambas Cortes sobre el tema de la prohibición de retractarse, a efectos de disuadir a las partes acerca del compromiso ineludible de acatar el principio de lealtad procesal, no sólo por ser bien conocidos por todos, sino porque la

---

[1] En sentencia de casación penal del 02 de mayo de 2002, rad. 15.262, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll, se expresó: "[..] El recurso de apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no sólo deber ser interpuesto oportunamente, sino, también, sustentado por escrito ante la primera instancia, de manera que la fundamentación de la apelación, se constituye en acto trascendente en la composición del rito, pues no es suficiente con que el recurrente exteriorice inconformidad general con la providencia que impugna sino que le es imperativo, además, concretar el tema o aspectos de los que disiente, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada, al punto que si no se sustenta debidamente el disentimiento se declara desierto y no se abre a trámite la segunda instancia, pues en tal evento el juzgador no podría conocer sobre qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio.
Así, entonces, la sustentación de la apelación es carga para el impugnante y constituye presupuesto ineludible para acceder a la segunda instancia […].

jueza de primer grado cumplió a cabalidad ese cometido cuando con buen tino hizo mención de puntuales precedentes en esta materia.

Para esta Magistratura, interesa ahora, destacar que el presente asunto no presenta los ribetes justificativos que de manera excepcionalísima podrían generar una invalidación del allanamiento a los cargos, y para ello diremos:

Es bien cierto que, como lo ha sostenido el Tribunal con asiento también en la jurisprudencia nacional, no puede ser suficiente la mera aceptación de cargos para proferir una condena. Ello, por cuanto el juez no es un autómata, ni estamos ante un procedimiento mecánico, y el funcionario tiene que apersonarse de la situación a efectos de verificar, por lo menos, que el hecho atribuido sea en realidad típico y que existe una base seria de autoría y responsabilidad en la incriminación; de lo contrario, no podría proferir una declaración de culpabilidad por encima de preclaros preceptos legales y constitucionales.

De ese modo, cuando se asegura que el procesado no puede retractarse de lo ya admitido, ello se entiende sin perjuicio de que la evidencia demostrativa mínima esté garantizada y que, por supuesto, los hechos referidos como ciertos por el ente acusador -*imputación fáctica*- estén acordes con la adecuación legal del comportamiento -*imputación jurídica*-. Pues cabe recordar también que el Juez de Control debe estar alerta a la proposición fáctica y jurídica que hace la Fiscalía al momento de comunicar al indiciado la imputación, con el fin de pedir las aclaraciones, complementaciones o correcciones que fueren indispensables, en aras de hacer congruente el cargo y tener un control efectivo sobre la tipificación de la conducta[2].

Pero una cosa es que dentro de la incipiente información relevante ofrecida por el ente acusador no se extracte un principio probatorio que permita obrar en esa dirección, y otra muy diferente el que exista un vicio en el consentimiento al momento de admitir los cargos de manera unilateral.

Esta Sala de Decisión ha sido partidaria de anular la aceptación de los cargos pero en otras circunstancias muy diferentes a la que ahora nos concita y en aras de evitar una rampante impunidad, *verbi gratia*, cuando se ha omitido un elemento esencial para la imputación que incide en la tipicidad del comportamiento y es factible su obtención, como sería por caso el no allegamiento a la actuación de la necropsia, o de un dictamen balístico acerca de la idoneidad del arma para percutir que es puesta en duda, o de la calidad de estupefaciente de la sustancia incautada, o de la cantidad para ser considerada dosis personal en el caso de las sustancias derivadas de la amapola como el opio; es decir, situaciones susceptibles de corrección que de no procederse en tal sentido sencillamente se daría lugar a una indebida impunidad.

[2] Cfr. Sentencia C-396 del veintitrés (23) de mayo de 2007 y Sentencia de Casación Penal del 19 de Octubre de 2006, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

De igual modo, ha accedido a nulitar la admisión de cargos, cuando se evidencia una confusión de superlativa magnitud, que no se le pueda atribuir al indiciado, y que involucre un indebido manejo de la audiencia por parte del juez de garantías o de las partes interesadas en su adecuada realización. Como cuando se hace la imputación en términos ininteligibles para el procesado y esto da lugar a un error de su parte derivado de un falso entendimiento por insuficiente ilustración.

En el caso específico, no sólo existe una base probatoria seria para proceder en la dirección hacia una condena, sino que no hay resquicio alguno que permita suponer que los procesados no sabían lo que estaban aceptando.

En cuanto a lo primero, principio de prueba para condenar, la información que se ofrece permite avizorar que dos personas armadas atacan a un tercero y de inmediato huyen en una motocicleta para ocultar finalmente las armas dentro de una vivienda, situación que de por sí pone en tela de juicio una eventual legítima defensa como es lo que ahora se pretende rescatar. Pero además, se manifiesta que entre víctima y victimarios ya existían problemas anteriores, con agresiones físicas incluidas; situación que pone un toque final a la discusión en cuanto se sabe de antemano que todos estaban predispuestos al ataque y que no se trató de una situación inesperada.

La simple ventaja numérica entre atacantes y agredido, al igual que el hecho cierto de estar los primeros en poder de armamento, ponen de manifiesto la improbabilidad del requisito de proporcionalidad que consagra la eximente.

Como fácilmente se aprecia, un debate de la causal de justificación que tardíamente se alega, haría bien eventual su prosperidad en juicio público, y, ante la expectativa de ganar o perder, es totalmente comprensible el temprano acogimiento a los cargos en la forma en que aquí acaeció. Ese es precisamente el cabal entendimiento de los fines de las figuras premiales, autocompositivas y consensuadas del actual sistema acusatorio, y a ellas nos debemos atener.

En tal sentido, el Tribunal halla razón a todo lo expresado por el delegado Fiscal como parte no recurrente en la audiencia de sustentación.

Ahora, frente a lo segundo -error por insuficiente ilustración-, la Sala coincide con lo esbozado por la primera instancia, porque no podía ser más elocuente el amplio asesoramiento técnico ofrecido a los imputados; tanto así, que en el transcurso de la audiencia preliminar se hizo un receso para una mejor explicación del asunto a los inculpados, a cuyo término la defensa expresó que si bien no estaba de acuerdo con la aceptación de los cargos, respetaba de todas formas la libre voluntad de los asistidos. Significa lo anterior, que entre el apoderado y sus clientes se presentó discusión en torno a la conveniencia o no de admitir los cargos y el resultado fue una discrepancia a ese respecto que terminó, como no podía ser de otra manera, por prevalecer el interés de quienes al fin y al cabo irían a recibir en forma directa la sanción.

No vemos por parte alguna la deficiencia en el asesoramiento, menos el error o el engaño capaz de viciar el asentimiento otorgado ante el juez natural, razón por la cual el Tribunal acompañará la determinación de primer grado.

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

RESUELVE:

PRIMERO: NIEGA la nulidad del acto de allanamiento unilateral a los cargos por un supuesto vicio del consentimiento.

SEGUNDO: SE CONFIRMA la sentencia objeto de recurso en cuanto lo fue de carácter condenatorio.

TERCERO: SE ABSTIENE la Sala de conocer el recurso de apelación en lo atinente al tema de la dosificación punitiva, por ausencia de sustentación en tal sentido.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE **LEONEL ROGELES MORENO**

La secretaria de la Sala,

CRUZ ELENA GONZÁLEZ LÓPEZ

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

TEMAS: ESTAFA AGRAVADA / ELEMENTOS QUE LA CONSTITUYEN / DELITO MASA / INCUMBENCIA PROBATORIA / SI EL ACUSADO OPTA POR OPONERSE A LAS PRUEBAS DE LA FISCALÍA, ASUME LA CARGA DE DEMOSTRAR LO ALEGADO / LA SUSTENTACIÓN COMO REQUISITO DEL RECURSO DE APELACIÓN / PRINCIPIO DE CARIDAD COMO MEDIO PARA OBVIAR LAS FALENCIAS ARGUMENTATIVAS.

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende. (…)

… en el caso sub-examine se observa que en la argumentación de los recurrentes no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limitan a mencionar que las víctimas no habían sido escuchadas en el juicio oral y que el A quo sólo le había dado credibilidad a los dichos de la acusada.

En ese sentido se debe tener en cuenta que la delegada de la FGN pese a que tiene todo el conocimiento técnico, jurídico y jurisprudencial relacionados con la forma de interponer y sustentar los recursos, optó por hacer unas manifestaciones escuetas a través de las cuales no se atacó de fondo la decisión impugnada, por lo cual se declarará desierto el recurso incoado por el ente investigador.

Ese mismo reproche no puede ser aplicado al apoderado de las víctimas, respecto a quien se debe recordar que es un estudiante de derecho, que no ha finalizado sus estudios universitarios, y de ello se infiere que no tiene un conocimiento profundo sobre la manera en la que se interpone y sustentan los recursos de ley…

En consecuencia, esta Colegiatura en aplicación al principio de caridad respecto al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas, procederá a pronunciarse sobre la responsabilidad de la señora MRSP frente al delito de estafa agravada. (…)

“En el caso de la estafa, la norma exige que el resultado (obtención de un provecho económico), esté antecedido de varios actos, a saber: (i) Que el sujeto agente emplee artificios o engaños sobre la víctima, (ii) que la víctima incurra en error por virtud de la actividad histriónica del sujeto agente, (iii) que debido a esta falsa representación de la realidad (error) el sujeto agente obtenga un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, y (iv) que este desplazamiento patrimonial cause un perjuicio ajeno correlativo”. (…)

… tal como lo exige el principio de la incumbencia probatoria, respecto al cual la SP de la CSJ ha indicado lo siguiente:

“Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor. (…)

Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones…”. (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 209 del primero (1º) de marzo de dos mil diecinueve (2019)
Pereira, cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019)
Hora: 2:06 p.m.

Radicación	66001 60 00 036 2008 01591 01
Acusado	MRSP
Delito	Estafa
Juzgado de conocimiento	Segundo Penal Municipal de Pereira
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia del 16 de junio de 2017

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas y por la FGN, contra la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira mediante la cual se absolvió a la señora MRSP de la conducta punible de estafa por la cual había sido convocada a juicio.

2. ANTECEDENTES

2.1 Los hechos investigados fueron puestos en conocimiento de la FGN, a través de denuncia instaurada en contra de la señora MRSP, por parte de los señores Sonia Mercedes Pérez Arteaga, Astrid Triana, Floralba Parra Cruz, Alba María Cruz de Parra, José de Jesús Pérez Arteaga, Martha Gladys Rodríguez Caro, María Lucía Hoyos Moreno, Alfonso Antonio Hoyos, y Olga Lucía Echeverry Moncada, Rocío Restrepo Parra, Sonia Amparo Restrepo Parra y Ruby Imbania Ñañez Correa, en las que en términos generales refirieron que se vincularon a una fundación con el fin de acceder a unas viviendas, en la cual fueron atendidos y asesorados por la señora MRSP, quien les indicó que debían vender mensualmente 10 o más bonos por valor de $10.000 cada uno. Las sumas de dinero fueron entregadas mes a mes y durante largos periodos a la señora MRSP, quien no les hacía entrega de un comprobante de esos pagos y quien nunca cumplió con las promesas de entregarles un lugar para habitar.

2.2 La audiencia de formulación de imputación se realizó 5 de noviembre de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira (fl. 17), acto en el cual se declaró en contumacia a la señora MRSP, luego de lo cual la FGN le formuló imputación por el delito de estafa agravada (art. 247 num 1º del CP).

2.3 El Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (fl. 18). La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo en sesiones del 10 de abril de 2014 (fl 21), y 15 de septiembre de 2014 (fl. 23 y 24); la audiencia preparatoria se surtió en diligencias del 13 de julio de 2015 (fl. 31), 1º de

septiembre de 2015 8fl. 35), 28 de septiembre de 2015 (fl. 39-40). El juicio oral se celebró en sesiones del 27 de abril de 2016 (fl. 65-66), 14 de marzo de 2017 (fl. 74), 14 de marzo de 2017 (fl. 75), 6 de abril de 2017 (fl. 77). La sentencia absolutoria fue proferida el 16 de junio de 2017 (fl. 78-54).

2.4 El representante de las víctimas y la delegada de la FGN interpusieron recurso de apelación en contra de la decisión de primer grado.

3. IDENTIDAD DE LA PROCESADA.

Se trata de **MRSP**, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.192.342 de Pereira (Risaralda), nació el 18 de febrero de 1960 en Santuario (Risaralda), es hija de Rodolfo y María Idali, de ocupación labor social.

4. LA DECISIÓN IMPUGNADA

4.1 En la sentencia de primera instancia, el despacho de conocimiento absolvió a la procesada con base en las razones que a continuación se sintetizan:

- La señora MRSP fue convocada a juicio ya que esta presuntamente a través de una fundación se ofreció a entregar casas de interés social, y para ello las víctimas realizaban trabajos y entregaban sumas de dinero a título de compra de bonos, mediante los cuales se lucró la procesada, sin que los denunciantes accedieran a las viviendas prometidas.

- El A quo hizo referencia a la naturaleza del delito de estafa previsto en el artículo 246 del CP. También trajo a colación la sentencia proferida por la SP de la CSJ el 8 de junio de 2006, radicado 24.729 y un concepto del doctrinante Guillermo Duque Ruiz, referentes a los componentes estructurales de dicha conducta punible, para indicar que con base a estos, el delito que se le endilga a la procesada era concordante con la tipificación del tipo de estafa, ya que: i) había una oferta de acceso a una vivienda, la cual incluso fue publicada en medios masivos de comunicación; ii) se obtuvo un provecho ilícito a través de la venta de unos bonos y el uso del engaño para hacer creer a las víctimas que serían beneficiarios de unas casas; y iii) existió la afectación al patrimonio de las personas que resultaron afectadas, no sólo mediante el trabajo que estas realizaban, sino también mediante las sumas de dinero que entregaban, incluso a través del constreñimiento para cancelar los bonos con su propio peculio.

- En el asunto de la referencia aparentemente existía un doble perjuicio para las víctimas ya que la acusada no sólo se aprovechaba de sus servicios o fuerzas de trabajo sino también del patrimonio económico de estas quienes los invertían con el fin de acceder a una vivienda.

- A su modo de ver la FGN no logró acreditar la existencia de la conducta de estafa atribuida a la señora MRSP, ya que no se introdujo la prueba referente a la existencia de la fundación a la que se hizo referencia durante la

investigación. Sin embargo, fue la misma acusada quien reconoció la existencia de dicha entidad durante su declaración.

- Tampoco se presentaron evidencias relacionadas con la presunta oferta de las viviendas de interés social ni de la publicidad que se realizó a través de los medios de comunicación sobre las mismas, y al respecto solo obran los dichos de las víctimas.

- El ente investigador no acreditó lo relacionado con los aportes y/o el trabajo que era ejecutado por los denunciantes y los dichos de estos son particulares a las circunstancias de la oferta que se les hacía.

- No se logró probar el vínculo de las víctimas con la fundación, y pese a que dijeron que en reuniones le entregaban el dinero a la acusada, estos no lograron identificarse entre sí, ni dieron fe de lo que había acontecido con cada uno de ellos.

- No existen comprobantes que promocionaran los sorteos a los que aludieron los denunciantes ni de los presuntos bonos, por lo tanto las versiones de las víctimas no tiene un fundamento y por lo tanto el supuesto provecho ilícito se queda sin bases, máxime cuando la misma procesada indicó que esos bonos efectivamente habían sido vendidos y que lo recaudado con los mismos era reinvertido en la fundación, y que en ningún momento realizó los trámites para la entrega de las viviendas de interés social, situaciones que debían ser desvirtuadas por la FGN, lo cual no aconteció, generando de esta forma dudas sobre la materialidad de la conducta investigada.

- Las argumentaciones realizadas por el delegado del ente investigador, sumadas a los dichos de los denunciantes, no son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia de la señora MRSP.

- En consecuencia de lo anterior, el juez de primer grado absolvió a la acusada del delito de estafa agravada.

5. EL RECURSO INTERPUESTO

5.1 APODERADO DE LAS VÍCTIMAS (Recurrente)

- Solicitó que se revocara la decisión de primer nivel por afectación de las víctimas a conocer la verdad de lo acontecido, en los términos que sobre la materia lo ha dispuesto la Corte Constitucional en el Sentencia C-228 de 2002 y la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 93 CN, ya que en el caso de la referencia varias personas denunciaron la comisión de una misma conducta por una persona determinada, y a través de los testimonios que estos rindieron bajo la gravedad de juramento de manera congruentes, dieron a conocer la manera en la que procedía ilegalmente la acusada, sin que el despacho de primer nivel tuviera en cuenta su condición de personas de especial protección, quienes fueron asaltadas en su buena fe y revictimizadas.

- Considera que se configura una nulidad por violación al debido proceso, pues se desconoció el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre la conducta que los afectó, máxime cuando estas contaban con la documentación respectiva y rindieron su versión de los hechos, la cual no constituía prueba de referencia como lo aseguró el A quo.

5.2 REPRESENTANTE DE LA FGN (Recurrente)

- Los testigos traídos al juicio narraron detalladamente lo acontecido, y de cada una de sus narraciones se puede extractar que existe responsabilidad por parte de la acusada respecto a la conducta investigada ya que está se valió de artificios y engaños para generar un perjuicio económico, a través del cobro de unas cuotas mediante las cuales los afectados accederían a una vivienda que jamás les fue suministrar.

- Cuando la señora MRSP renunció a su derecho a guardar silencio, pese a que trató de no dar respuesta a algunas preguntas hechas por la FGN, esta finalmente reconoció que existían unos carnés y unos bonos que supuestamente eran reinvertidos en las víctimas, pero no acreditó tal situación y los afectados dejaron tal afirmación.

- En el presente asunto sólo se tuvieron en cuenta los dichos de la acusada, más no las de los denunciantes.

- Solicitó que se valorara el caudal probatorio con el fin de que se hiciera justicia.

5.3 DEFENSA (No recurrente)

- Con los EMP allegados al juicio no se pudo establecer la responsabilidad de la señora MRSP, incluyendo las manifestaciones de las víctimas, quienes no por su edad o su humildad al parecer fueron engañados por la procesada, pues los dichos de estos no guardan coherencia entre sí para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos investigados.

- La FGN no probó la responsabilidad de la acusada, pues no existe prueba alguna que soporte la teoría del caso presentada en contra de la señora MRSP en el sentido de que existía una ONG representada por esta dedicada a ofrecer viviendas de interés social.

- Solicitó que se confirmara el fallo de primer nivel.

6. CONSIDERACIONES LEGALES.

6.1 Competencia

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2 Problema jurídico a resolver

La Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el apoderado de las víctimas y la delegada de la FGN debe ser denegado en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado y en caso de superar este examen, debe procederse a establecer el grado de acierto de la decisión del Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira, que absolvió a la acusada por la conducta punible de estafa agravada, si es viable revocar la decisión de primera instancia.

6.3 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

6.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu*, confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.*
>
> *En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.*
>
> *El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*
>
> *Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.*
>
> *Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.*

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su

criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

Obsérvese que, existiendo la prohibición de la ***reformatio in pejus****, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.*

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…" [1]

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

"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o

[1] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.

En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.

En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"[2].

Recientemente, la misma Corporación indicó que:

"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.

El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"[3] Subrayado fuera de texto).

6.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores

[2] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.
[3] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que en la argumentación de los recurrentes no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limitan a mencionar que las víctimas no habían sido escuchadas en el juicio oral y que el A quo sólo le había dado credibilidad a los dichos de la acusada.

En ese sentido se debe tener en cuenta que la delegada de la FGN pese a que tiene todo el conocimiento técnico, jurídico y jurisprudencial relacionados con la forma de interponer y sustentar los recursos, optó por hacer unas manifestaciones escuetas a través de las cuales no se atacó de fondo la decisión impugnada, por lo cual se declarará desierto el recurso incoado por el ente investigador.

Ese mismo reproche no puede ser aplicado al apoderado de las víctimas, respecto a quien se debe recordar que es un estudiante de derecho, que no ha finalizado sus estudios universitarios, y de ello se infiere que no tiene un conocimiento profundo sobre la manera en la que se interpone y sustentan los recursos de ley, pero es importante recalcar, que este apelante, en un esfuerzo mayor al realizado por la FGN, incluso solicitó la nulidad de la actuación, ya que a su modo de ver con las resultas del proceso, sus representados no habían accedido a la verdad y sus dichos durante el juicio habían sido ignorados por el juez de primer grado, además de no ser confrontados con las manifestaciones hechas por la acusada.

En consecuencia, esta Colegiatura en aplicación al principio de caridad respecto al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas, procederá a pronunciarse sobre la responsabilidad de la señora MRSP frente al delito de estafa agravada.

Frente al principio de caridad, la SP de la CSJ en decisión del 9 de septiembre de 2015, radicado 46235, indicó:

> *"Acorde con la jurisprudencia de la Sala[4], el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible[5].*
>
> *Se trata de una forma de superar los yerros de sustentación a efectos de encontrar el verdadero sentido del recurso en procura de dar efectividad al derecho material subyacente. En ese orden, debe existir un ejercicio de fundamentación que, aunque impreciso, permita desentrañar el contenido de la censura.*
>
> *No obstante, si no se entregan razones para sustentar la impugnación o las suministradas son insuficientes para deducir una postura jurídica concreta frente al tema de debate, resulta imposible acudir a este principio para obviar falencias argumentativas."*

[4] Cfr. CSJ proveídos del 10/03/09 Rad. 30822; 01/07/09 Rad. 27397; 12/05/10 Rad. 33755; 20/10/10 Rad. 33022; 05/09/12 Rad. 39284, entre otros.
[5] Cfr. CJS SP 08/06/11 Rad. 35130.

6.6 Los artículos 246 y 247 numeral 1º del CP del Código Penal establecen lo siguiente:

> *"246. ESTAFA. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.*
>
> *La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *"ARTICULO 247. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. La pena prevista en el artículo anterior será de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses cuando:*
>
> *1. medio fraudulento utilizado tenga relación con vivienda de interés social.*
>
> *(…)"*

6.7 Corresponde a la Sala determinar si en el caso concreto se probaron los elementos normativos constitutivos de la conducta punible de estafa, siendo necesario establecer si la incriminada, por medio de artificios o engaños, indujo en error a las víctimas, y si a causa de ese error, el patrimonio económico de ésta última se vio menoscabado. En este punto es importante recordar lo que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha mencionado sobre la estructura típica de este delito así:

> *"En el caso de la estafa, la norma exige que el resultado (obtención de un provecho económico), esté antecedido de varios actos, a saber: (i) Que el sujeto agente emplee artificios o engaños sobre la víctima, (ii) que la víctima incurra en error por virtud de la actividad histriónica del sujeto agente, (iii) que debido a esta falsa representación de la realidad (error) el sujeto agente obtenga un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, y (iv) que este desplazamiento patrimonial cause un perjuicio ajeno correlativo.*
>
> *Como puede verse, el precepto, además de exigir la presencia de ciertas modalidades conductuales previas a la obtención del resultado (provecho ilícito), demanda que las mismas se presenten en específico orden cronológico (primero el artificio, luego el error y después el desplazamiento patrimonial), y que entre ellas exista un encadenamiento causal inequívoco, es decir que el uno conduzca necesariamente al otro, de suerte que si estos requerimientos conductuales no se presentan, o presentándose concurren en desorden, o la cadena causal se rompe, trastoca o invierte, no podrá hablarse de delito de estafa".*[6]

6.8 Ahora bien, como en el caso objeto de estudio la FGN, en el escrito de acusación adicionó a dicha conducta la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 267 numeral 1º del CP, además de lo contemplado en el parágrafo 31 Ibídem,

[6] Sentencia del 8 de junio de 2006. Proceso Rad. 24729. M.P. Mauro Solarte Portilla.

referente a los delitos continuados y masa, se debe establecer que frente a esta última conducta punible la SP de la CSJ ha estableció lo siguiente:

> *"Así, en sentencia de casación del 27 de septiembre de 1995, radicado No. 8942, la Sala señaló lo siguiente:*
>
> *«Trátese, por tanto, en casos como este, de una acción única con pluralidad de actos ejecutivos, que de suyo excluye la posibilidad del delito continuado, que por definición exige una pluralidad de conductas. Lo que sucede es que al recaer cada uno de los actos ejecutivos que la conforman en diversas personas, esto no significa que se trate de acciones independientes con relevancia jurídico penal, sino que estos son actos ejecutivos de la conducta integralmente considerada, que como única, tipifica una sola acción delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, pues no en pocas ocasiones exige la puesta en marcha de una multiplicidad de actos dependientes de los medios utilizados, que naturalística y jurídicamente se tornan en necesarios para que la acción final defraudadora pueda consumarse»*
>
> *En otra ocasión, señaló igualmente la Sala que el delito masa «se presenta cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que genera una multiplicidad de infracciones a un tipo penal, todo lo cual se ejecuta de acuerdo con un plan con el que se pretende afectar el patrimonio económico de un número indeterminado de personas.»,*
>
> *Y, sobre el delito de estafa en la modalidad de delito masa, la Corte ha señalado lo siguiente:*
>
> *« (…) la mentada conducta punible admite la posibilidad de que con la acción timadora resulten plurales sujetos pasivos afectados en su patrimonio, y no excluye la eventualidad de que el sujeto activo de la ilicitud realice múltiples y reiterativos actos tendientes a la obtención de un solo propósito defraudador, que perdura y se materializa en el tiempo con fraccionados logros. Así las cosas, el engaño es único, como único también es el dolo en estos eventos, "porque la materialización de cada acto no disgrega el todo de la acción, en cuanto lo único que cada uno revela es que el sujeto prosigue en su empeño principal y único." -Cfr. Sentencias de septiembre 27/95, Rdo. 8942, M.P. Dídimo Páez Velandia; noviembre 27/96, Rdo. 9308, M.P. Carlos E. Mejía Escobar; diciembre 3/96, Rdo. 8874, M. P. Carlos A. Gálvez Argote; junio 26/99, Rdo. 12.591, M.P. Mario Mantilla Nougués, entre otras. (…)»".*

6.9 De lo expuesto en el escrito de acusación se deduce lo siguiente: i) los señores Sonia Mercedes Pérez Arteaga, Astrid Triana, Floralba Parra Cruz, Alba María Cruz de Parra, José de Jesús Pérez Arteaga, Martha Gladys Rodríguez Caro, María Lucía Hoyos Moreno, Alfonso Antonio Hoyos, Olga Lucía Echeverry Moncada, Rocío Restrepo Parra, Sonia Amparo Restrepo Parra y Ruby Imbania Ñañez Correa, interpusieron denuncia en contra de la señora MRSP por el delito de estafa agravada; ii) las citadas personas acudieron a una fundación ubicada en la carrera 4 Nro. 14-52 de esta ciudad, denominada "Corazones Unidos", dedicada a la fabricación y comercialización de traperos, escobas, velas y chocolates, donde se ofrecía la entrega de viviendas a personas necesitadas, entre ellos discapacitados y personas de avanzada edad, tal es el caso de los señores José Jesús Pérez y Alba María Cruz Parra; iii) para acceder a los predios las víctimas realizaban aportes económicos reflejados en bonos cuyo valor unitario era de $10.000, los cuales supuestamente eran para realizar labores sociales; iv) inicialmente las víctimas vendían o adquirían 3 bonos, pero con el transcurrir del tiempo, se les exigía vender 10 o más de esos bonos; v) la señora MRSP no entregaba comprobantes de los pagos que realizaban las

personas vinculadas con la fundación; y vi) los sucesos puestos en conocimiento de la autoridad acontecieron entre los años 2002 y 2012.

6.10 A consecuencia de lo anterior, la FGN convocó a juicio a la señora MRSP por el delito de estafa agravada (art. 246 y 267 numeral 1 y art. 31 inciso 2º CP), aclarando que en el escrito de acusación que se imputaba la conducta como delito masa.

Sin embargo, es importante señalar que durante el desarrollo de la audiencia de formulación de acusación (H:00:27:04), la FGN sustentó los términos de la acusación, indicando que en el asunto de la referencia se configuraba el agravante al que se hizo alusión, teniendo en cuenta el grave perjuicio que con la conducta investigada se había generado a las víctimas, quienes pertenecían a los estratos 1 y 2 y sus condiciones económicas eran precarias, pese a lo cual entregaron sus dineros a la acusada con la esperanza de obtener una vivienda.

Sin embargo, en aquella oportunidad el ente investigador prescindió del concurso de conductas punibles y se acusó por un delito masa según el artículo 31 del CP.

6.11 El debate se centra en decidir si es viable revocar la decisión de primera instancia, y en su lugar proferir sentencia de carácter condenatorio en contra de la señora MRSP…, por la violación a las normas aludidas, con base en los argumentos expuestos por el representante de las víctimas y de la FGN quienes fungen como recurrentes. Por ello, en atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el estudio de la prueba sobre la existencia de la conducta investigada y de la responsabilidad del acusado, para adoptar la decisión correspondiente.

6.12 Sobre la responsabilidad de la acusada

6.12.1 En atención a la argumentación realizada por el representante de las víctimas y de la FGN, se debe resolver lo concerniente al grado de acierto de la decisión de primera instancia, donde fue absuelta la señora MRSP, por la conducta punible de estafa agravada, ya que el juez de primer grado consideró en lo esencial que no se obtuvo el conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad de la procesada respecto a las defraudaciones de las cuales habían sido víctimas los señores MRSP, por parte de los señores Sonia Mercedes Pérez Arteaga, Astrid Triana, Floralba Parra Gil, Alba María Cruz de Parra, José de Jesús Pérez Arteaga, Martha Gladys Rodríguez Caro, María Lucía Hoyos Moreno, Alfonso Antonio Hoyos, y Olga Lucía Echeverry Moncada, Rocío Restrepo Parra, Sonia Amparo Restrepo Parra y Ruby Imbania Ñañez Correa, teniendo en cuenta lo siguiente: i) el ente investigador no había allegado prueba alguna respecto a la existencia y representación de la “Fundación Corazones Unidos”. Sin embargo fue la misma procesada quien hizo alusión a ese aspecto en particular; ii) no se allego evidencia alguna, diferente a los testimonios de las víctimas, que permitiera inferir la veracidad sobre la oferta de las viviendas de interés social que la procesada realizaba a través de medios masivos y con el apoyo de algunos dirigentes políticos; iii) tampoco se logró establecer el vínculo que existía entre los denunciantes y la fundación; y iv) los testigos

convocados al juicio no se reconocieron entre sí, ni dieron fe de las reuniones a las que asistían ni sobre dineros entregados a la acusada.

6.12.2 De lo anterior se extrae que el problema jurídico principal se orienta a determinar si las pruebas presentadas en el decurso del juicio oral son suficientes para proferir un fallo de condena en contra de MRSP.

6.12.3 En atención al principio de necesidad de prueba, establecido por los artículos 372 y 381 del CPP, se procede a hacer la valoración de la evidencia introducida al juicio, en lo que atañe a la responsabilidad de la procesada respecto a los hechos materia de investigación.

6.12.4 Las pruebas más relevantes contra la señora MRSP vienen a ser los testimonio de los señores José Jesús Pérez Arteaga, Floralba Parra Cruz, Ruby Imbania Ñañez Correa, Alba María Cruz de Parra, Astrid Triana, Sonia Amparo Restrepo Parra, Olga Luz Echeverri Moncada, Martha Gladys Rodríguez Caro, Alfonso Antonio Hoyos y Luz Stella Pérez Arteaga, frente a los cuales vale la pena establecer que esta Sala encuentra que los mismos guardan homogeneidad respecto a los siguientes aspectos puntuales: i) entre los años 2002 y 2008, acudieron a una fundación de la cual tuvieron conocimiento a través de sus amigos y familiares más cercanos o por medio de una emisora de radio, la cual ofertaba viviendas de interés social a personas de escasos recursos; ii) para hacer pertenecer a esa entidad y acceder a un inmueble debían realizar la inscripción respectiva y hacer el pago de la misma, y además debían allegar copias de los documentos de identidad de sus hijos y familiares cercanos; iv) el acceso a la vivienda se lograba a través de la venta de unos bonos, que inicialmente tenían un valor muy bajo pero que posteriormente fue incrementando hasta llegar a la suma de $10.000 cada uno de ellos; v) cada miembro de la fundación debía responder por el dinero de la venta de 10 o 12 bonos mensuales; v) la venta de los bonos se extendió durante varios años, sin que los denunciantes vieran el fruto de su esfuerzo; vi) el pago de los bonos lo hacían incluso con recursos propios obtenidos mediante el trabajo que realizaban o con la enajenación de algunos bienes muebles de su propiedad y nunca obtenían comprobante de la entrega de ese dinero; vii) la señora MRSP era la persona encargada de la fundación, era quien les entregaba los bonos y recibía el dinero, además de ser la promotora de las viviendas, indicándoles que visitarían el lugar donde se construirían las mismas, y refiriendo que estas estarían ubicadas en Frailes y Llano Grande en el Parque Industrial; viii) muchas las personas que hacían parte de la fundación y eran convocadas a reuniones en diferentes puntos de la ciudad para hacer la entrega del dinero que obtenían con la venta de los bonos; ix) con los bonos que eran vendidos supuestamente se realizaban unos sorteos o rifas pero nunca se dieron cuenta del ganador o de entrega del premio; x) nunca se acercaron a ninguna autoridad con el fin de verificar la legalidad de la fundación y de las actividades que realizaban, pues estas eran abiertas y se desarrollaban incluso en lugares públicos y con concurrencia de muchas personas; xi) con el transcurrir el tiempo se percataron de que estaban siendo defraudados en su patrimonio y buena fe, pues ellos entregaban el dinero con la única expectativa de acceder a una de las viviendas que ofertaba la acusada; y xii) la acusada se tornaba agresiva cuando las personas no podían hacer entrega del dinero correspondiente a la venta de los bonos.

6.12.5 En contraposición a lo narrados por las víctimas de los hechos investigados, la señora MRSP renunció a su derecho a guardar silencio, y durante su declaración advirtió lo siguiente: i) para el año 2002 laboraba en un hogar infantil que tenía en su lugar de residencia, en el que atendía a 48 niños, a quienes les suministraban todo lo que necesitaban para su subsistencia. El jardín funcionaba en la carrera 3ª, no recuerda la nomenclatura, pero funcionaba frente a la antigua puerta de urgencias del Hospital San Jorge; ii) a través de la Fundación Corazones Unidos realizaba dicha actividad. La entidad se encuentra registrada en la Cámara de Comercio, en la Dian y en la Gobernación; iii) en cuanto a los fondos que adquiría para el funcionamiento de la fundación, indicó que el Fondo de Alimentos les vendía alimentos a costos muy económicos, fuera de que muchas personas y entidades sabían la existencia de los niños y por eso les ayudaban con mercados; iv) los denunciantes sabían de su actividad, pero no acudían a la actividad de los niños, solamente participaban de diferentes celebraciones como el día de la madre, amor y amistad, se les hacía entrega de zapatos para sus hijos, etc.; v) nunca les ofreció vivienda a las denunciantes, máxime cuando ella no cuenta con un inmueble propio, ya que es pobre y no tiene dinero para ello; vi) a partir del año 2003 se empezaron a vender unos bonos por sugerencia de algunas de ellas en medio de una reunión, donde le indicaron que ella a través de la fundación podía obtener buenos descuentos en zapatos, alimentos, medicamentos, valoraciones médicas, por lo cual accedió a vender los bonos; vii) durante el año se hacían 3 ventas de bonos, no recuerda los meses, pero esa información reposa en la carpeta de cada una de las personas, el número de bonos, la cantidad de bonos vendidos; vii) el dinero recaudado se invertía en las mismas personas de la fundación, se compraban cajas de cuadernos, zapatos por docenas, se hacían valoraciones y exámenes en Radiólogos, medicamentos, se había capacitaciones, también se hacía el pago del persona que las capacitaba, de un psicólogo y de un abogado, información que reposa en unos archivos que están guardados; viii) nunca publicitó a través de medios de comunicación un plan de vivienda para los miembros de la fundación; ix) la fundación estaba constituida con 189 personas, pero nunca hizo una actividad global con todas esas personas, ya que algunas trabajaban, pero si hay fotos en las que aparecen reunidas en fechas concretas como el día del padre, el día de la madre, el día del amor y la amistad o el día de enero que se les entregaban los cuadernos a sus hijos. No solo existen fotos sino también las firmas como constancia de todo lo que recibían; x) de 189 personas que había en la fundación, solo la denunciaron 10 de ellas, pero no sabe el motivo real de la misma pues ella jamás se robó el dinero de las denunciantes y tiene documentos que acreditan que las sumas se invertía en ellas mismas; xi) no recuerda el tiempo que permaneció cada uno de los integrantes de la fundación, pero a modo de ejemplo indicó que la señora Floralba Parra estuvo en la fundación 4 años, y que “Chucho” estuvo 4 años; xii) en la actualidad la fundación continua desarrollando su labor, incluso se renovó la matrícula de la Cámara de Comercio; xiii) dentro de los estatutos de la fundación está la posibilidad de tramitar viviendas con otras entidades, sin embargo no lo hacen ya que no se cuentan con los medios para ello; xiv) no sabe por qué las personas que la denunciaron no volvieron a la fundación, ellas simplemente se retiraron, nunca dijeron nada. Años después la convocaron al proceso que porque ella era una estafadora. Incluso una de ellas dijo que le había hecho

entrega de $30.000.000, dinero que esa persona pudo haber invertido comprando una vivienda pero que mejor se lo entregó a ella; xv) antes del año 2002 trabajaba en el Diario del Otún. Desde esa fecha a la actualidad labora con una multinacional y con la fundación. Realiza labor social suministrando elementos de estudio y dotación, y consiguiendo personas que apadrinan niños para brindarles educación; xvi) a las denunciantes se les dieron capacitaciones, se les enseñó a fundar empresas, se les realizó asesoramiento en psicología y con un abogado; xvii) los formadores de la fundación eran profesionales que iban hasta la fundación y cuenta con los contratos de estos. Con el Sena se hizo un convenio y muchas de ellas, cree que fueron 98 mujeres las que se capacitaron en esa entidad; xviii) en la fundación atendían a los niños y a los adultos. Había espacio para los adultos. Se atendían a las personas que fueran y se capacitaban en esa misma entidad porque contaban con espacios especiales para ello; xix) los fondos de la fundación provenían de las personas que les ayudaban y de la venta de los bonos; xx) los bonos eran vendidos por ella, sus hijos y por "todo el mundo". Empezaron vendiendo bonos de $3.000 y terminaron en -$10.000. En la actualidad no venden bonos, y no quiso informar cómo se subsidian en la actualidad; xxi) las personas venían los bonos tres veces en el año, no recuerda cuántos bonos se entregaban pero cree que eran 3 o 4 bonos; xxii) las personas que acudían a la fundación solo se acercaban con la expectativa de que fueran capacitados por el Sena; xxiii) ninguna de los denunciantes dejó sus hijos en la fundación. Esas personas iban a la fundación por la cantidad de beneficios que tenían; xxiv) los mercados que les daban a ellos eran repartidos entre las personas, de lo cual existen fotos y firmas de lo recibido; xxv) no tiene conocimiento por qué esas personas continuaban durante años en la fundación si solo iban a capacitaciones y a 3 celebraciones al año. Algunas personas permanecieron 3 años, otros 4 años y nunca supo por qué se habían ido; xxvi) no hizo reuniones con políticos para que las denunciantes accedieran a una vivienda; xxvii) tiene las 189 carpetas en las que obra la información de los bonos que cada una de las personas vendía. Esa información se la suministró a su anterior abogado y esos documentos estuvieron guardados en la Defensoría del Pueblo, a donde fue a reclamarlos nuevamente ya que habían permanecido allí durante un año pero no hicieron nada. Ella entregó los documentos al abogado que representó sus intereses con anterioridad y este a un señor Alexánder que era un investigador de esa entidad. Supo que algunas personas habían rendido "indagatoria" directamente en la Defensoría del Pueblo. Alexánder le devolvió las carpetas pero él no fue llamado a juicio; xxviii) existen fotos donde constan sus dichos y toda esa información fue entregada a abogado en comento de la Defensoría del Pueblo, pero se dio cuenta que no hicieron nada; xxix) existen otros testigos de los hechos, son muy pocas personas que de esa época continúan en la fundación porque debido a la "demanda" no volvieron, sumado a que había una mujer que hacía brujería y espiritismo a quien le tenían mucho miedo y por ello ninguna quiso comparecer al juicio y declarar a su favor. Los otros testigos no vinieron al juicio por temor a esa persona; xxx) fue víctima de amenazas, situación que quería denunciar pero no fue escuchada porque se trataba de una "contrademanda" ya que ella ya había sido denunciada por estafa. También a la salida del Palacio fue agredida físicamente por las denunciantes y tuvo que intervenir la policía, pero al acercarse a denunciar le dijeron que no podía hacerlo. La denuncia fue a instaurarla en la Fiscalía en la calle 37; xxxi) como líder social sabe que tiene unos derechos pero es la primera vez que

se ve enredada en un lio de estos; xxxii) no concilió con las partes, incluso la primera vez que fue convocada a una diligencia la sentaron con dos de las denunciantes, ella no podía ni hablar y la fiscal de esa época la trató hasta de ladrona. No denunció esa situación ya que no le gustan los problemas y porque denunciar a una fiscal es buscar que la "desaparezcan". Sabe de sus derechos y va a denunciar a su anterior abogado; xxxiii) en los estatutos está lo del componente de vivienda pero esos estatutos son muy amplios; xxxiv) en una de las declaraciones que leyó dice que una persona le entregó 30 millones de pesos, pero esas personas no tenían capacidad económica para ello. Ni siquiera vendiendo los bonos hubiera recolectado esa suma. Las personas que la denunciaron eran amas de casa, empleadas domésticas, aseadoras, sus ingresos eran mínimos. La fundación tenía como fin ayudar a la población vulnerable; xxxv) esas personas no le hacían aportes a la fundación, ellas vendían los bonos en sus lugares de trabajo, pero ellas no sacaban de su bolsillo dinero para la fundación, tal y como ellas mismas se lo indicaban. Si no podían vender los bonos ellas los devolvían. No era obligatorio vender los bonos; y xxxvi) No se hacía ningún pago para pertenecerá la fundación ni pagos periódicos.

6.12.6 Contrario a lo enunciado por el A quo, en el caso objeto de estudio, de conformidad con lo enunciado por los testigos y por la misma procesada, fueron varias las situaciones que se lograron acreditar al confrontar las declaraciones vertidas durante el desarrollo del juicio oral, estas son las siguientes:

i) Efectivamente existía una fundación en la ciudad de Pereira que para el año 2002 operaba por el Hospital San Jorge de Pereira, la cual estaba legalmente constituida y se encontraba inscrita ante la Cámara de Comercio, la Dian y era vigilada por la Gobernación de Risaralda, y que de conformidad con sus estatutos existía la posibilidad de promover el acceso a una vivienda, la cual correspondía al nombre de Fundación Corazones Unidos, la cual estaba encaminada a brindar ayuda a la población más vulnerable.

ii) Una vez las personas ingresaban a esa fundación se comprometían con la venta de unos bonos.

iii) Inicialmente los bonos tenían un valor mínimo de $3.000 pero con el transcurrir del tiempo su valor fue aumentando hasta alcanzar el costo de $10.000.

iv) Las personas eran convocadas a unas reuniones en las que hacía entrega del dinero y no se les expedía comprobante alguno de pago, pues era la misma MRSP quien llevaba las cuentas de las entregas que se realizaban.

v) Algunos beneficiarios de esa entidad durante varios años vendieron los bonos y posteriormente, no volvieron regresaron a la fundación.

6.12.7 Ahora bien, en la decisión de primer nivel se le otorgó plena credibilidad a las manifestaciones realizadas por la acusada, desechando de plano las situaciones narradas por las víctimas, y sin realizar una corroboración periférica de las pruebas.

6.12.7.1 En ese sentido se debe establecer que un total de diez testigos (José Jesús Pérez Arteaga, Floralba Parra Cruz, Ruby Imbania Ñañez Correa, Alba María Cruz de Parra, Astrid Triana, Sonia Amparo Restrepo Parra, Olga Luz Echeverri Moncada, Martha Gladys Rodríguez Caro, Alfonso Antonio Hoyos y Luz Stella Pérez Arteaga), quienes de manera independiente pero con un argumento hilado y coherente, sin un discurso elaborado con el ánimo de perjudicar a la acusada, informaron que habían sido defraudados en su patrimonio y en su buena fe por parte de la señora MRSP, quien luego de que cada uno de ellos y sus familiares y amigos más cercanos realizaran los trámites de inscripción y pagaran la suma de $30.000 por la afiliación a la fundación en comento, iniciaron la venda de unos bonos con el único fin de acceder a unas viviendas de interés social que eran promovidas la acusada, respecto a las cuales según los dichos de las señores Sonia Amparo Restrepo, Olga Luz Echeverry Moncada, Floralba Parra Cruz, José Jesús Pérez y Ruby Imbania Ñañez, la procesada les había exhibido los planos y/o maqueta de las viviendas, las cuales estarían ubicadas en el sector de Llano Grande, en el Parque Industrial o en Frailes.

También quedó demostrado que esas personas debían procurar la venta de unos bonos para tener derecho a la vivienda ofrecida, los cuales iniciaron con un costo de $3.000 y que paulatinamente se acrecentaba ese valor hasta ser cotizados cada uno de ellos en $10.000.

6.12.7.2 Las mismas víctimas en el afán de acceder a las viviendas con las cuales habían sido ilusionados, vendieron entre 10 y 12 bonos mensuales por valor de $10.000 cada uno de ellos, es decir, que mensualmente y de manera independiente, cada miembro de la fundación le hizo una entrega aproximada de $100.000 o $120.000 a la señora MRSP, lo que representa un total anual de $1.000.000 o $1.200.000, cifras frente a las cuales las personas afectadas no recibieron un comprobante de pago, ya que como la misma acusada lo indicó, ella era quien llevaba las cuentas y hacia las anotaciones de los dineros recaudados a los miembros de la fundación.

6.12.10 No resultaban creíbles ni de recibo para esta Sala las manifestaciones hechas por la señora MRSP, quien en su afán de demostrar un rol altruista y con el único fin de prestar un servicio a la comunidad más vulnerable, indicó que los dineros que eran recaudados eran reinvertidos en la misma fundación para beneficio de sus propios integrantes, pues no es lógico pensar que las personas que se encontraban inscritas en esa entidad, se sometieran voluntariamente a vender a cualquier costo esos bonos, llegando incluso a adquirir obligaciones personales, a acudir a préstamos “gota a gota” o a enajenar sus bienes muebles, como en el caso de los señores Alfonso Antonio Hoyos, Martha Gladys Rodríguez Caro y Floralba Parra Cruz, a cambio de la realización de exámenes médicos, limpiezas dentales, acceso a un par de zapatos o de útiles escolares, a capacitaciones, etc, pues se entiende que esos mismos servicios podían ser asumidos de manera particular por las víctimas con el dinero que debían aportar mensualmente a la fundación representado en los bonos aludidos.

6.12.11 Por lo anterior es posible concluir que las personas que denunciaron a la señora MRSP no se inscribieron ni se afiliaron a la fundación pagando incluso la suma

de $30.000, para acceder a servicios que con su propio peculio y sus escasas fuentes de ingresos hubieran podido acceder a los mismos, sino que las labores que hacían mes a mes y durante varios años, tenía un interés mayor, representado en acceder a las viviendas prometidas por la señora MPSP, para lo cual hacían todo tipo de esfuerzos con el objeto de cumplir con el pago de los bonos que les eran asignados, pues todos estaban advertidos en el sentido de que si no hacían la entrega del dinero, serían excluidos del programa de vivienda, y por ello algunos de los denunciantes sobrepasaron sus limitaciones para cumplir con sus cuotas, tal y como quedó contemplado con anterioridad.

6.9.12 Sumado a ello, el hecho de que las víctimas que acudieron al proceso, no se conocieran o identificaran entre sí, o que pudieran dar fe de la asistencia a las reuniones o a la entrega de los dineros entre sí, es totalmente entendible, pues aquellas indicaron que eran muchas las personas vinculadas a esa fundación, y algunos de ellos refirieron que se trataba de más de 400 personas postuladas para acceder a una vivienda de interés social, pese a que la señora MRSP durante su declaración indicó que eran 189 personas las que se beneficiaban de la fundación. Esa situación en particular llama la atención de la Sala, pues ello quiere decir que las personas que decidieron denunciar a la procesada, lo hicieron de manera independiente y en atención a la defraudación de la que cada una de ellas fue víctima, pero que en conjunto guardan similitud respecto a la persona a la que se le atribuyen los hechos investigados, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los mismos, tal y como se observa en el escrito de acusación (fl. 2 a 5).

6.12.13 Fuera de lo anterior, esta Colegiatura considera que no le asistió razón al A quo cuando le otorgó plena credibilidad a los dichos de la señora MRSP durante su declaración en el juicio, en el sentido de que el dinero por ella recaudado había sido reinvertido en la misma fundación, pues al respecto se debe recordar que era la defensa quien debía acreditar esos dichos a través de los soportes y documentación respectiva, pese a ello y conforme a lo plasmado en el acta de la audiencia preparatoria, la defensa no realizó ninguna solicitud probatoria y por lo tanto no se allegaron los EMP ni EF que respaldara los dichos de la señora MRSP en tal sentido, tal como lo exige el principio de la incumbencia probatoria, respecto al cual la SP de la CSJ ha indicado lo siguiente:

> *"Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor.*
>
> *(…)*
>
> *Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones, de manera que si, por ejemplo, propone una coartada, debe*

procurar para la actuación los medios de prueba que acrediten su ubicación a la hora de los hechos, en un lugar diferente al de la ejecución, ya que la simple manifestación de ausencia, resultaría insuficiente para desvirtuar la imputación que le haga la Fiscalía como autor o partícipe de la ilicitud. Igual diligencia se le exigirá si frente a la acusación propone la existencia de causales eximentes de responsabilidad, pues debe emplearse en demostrar los supuestos de hecho que las actualizan. La Fiscalía, por su parte, procurará negar la existencia de esas circunstancias.

En todos esos eventos, se activa el principio general de la incumbencia probatoria, de conformidad con el cual le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico…".

6.12.14 Resulta evidente que en el caso concreto los señores José Jesús Pérez Arteaga, Floralba Parra Cruz, Ruby Imbania Ñañez Correa, Alba María Cruz de Parra, Astrid Triana, Sonia Amparo Restrepo Parra, Olga Luz Echeverri Moncada, Martha Gladys Rodríguez Caro, Alfonso Antonio Hoyos y Luz Stella Pérez Arteaga efectivamente fueron asaltados en su buena fe y en su patrimonio, pues a través de engaños y con la esperanza de acceder a una vivienda de interés social cuyo proyecto no existía, se afiliaron a una fundación en la que la señora MRSP les exigía la venta mensual de 10 o 12 bonos, cada uno de ellos por valor de $10.000, aportes que se prolongaron durante años, sin que pudieran acceder a la misma o sin que se les hiciera devolución del dinero aportado, y bajo esas circunstancia fue que se configuraron los elementos de la conducta punible endilgada a la señora MRSP, como se pasa a verificar a continuación:

6.12.14.1 Los artificios y engaños con los que la señora MRSP embaucó a los afectados para realizar el aporte representado en bonos se presentaron cuando a cada una de las víctimas se les informó que en calidad de beneficiarios de esa fundación se les haría entrega de una casa de interés social ubicada en el sector de Llano Grande, Parque Industrial o Frailes y que para ello, debían realizar unos aportes mensuales representados en bonos, los cuales eran recaudados mensualmente por la señora MRSP durante las reuniones que esta convocaba en diferentes sitios de la ciudad, a la cual acudía una cantidad considerable de postulados.

Quiere decir lo anterior, que el error en que incurrieron las víctimas estuvo inescindiblemente ligado a los dichos de la acusada, en los que creyeron fehacientemente, teniendo en cuenta los planos y maquetas a los que hacía referencia la señora MRSP, a la cantidad de personas que concurrían a las reuniones en las que se hacía entrega el dinero producto de la venta de los bonos y a los lugares públicos en los que se ejecutaban los encuentros masivos.

6.12.15.2 A su vez la prolongación indefinida en el tiempo respecto del pago de los bonos sin que se viera el fruto de sus esfuerzos, fue lo que llevó a las víctimas a sospechar de la procesada.

6.12.14.3 Por último, el desmedro patrimonial de los denunciantes se generó desde el momento en el que realizaron el pago de una afiliación a una fundación con la firme convicción de que se les haría entrega de una vivienda a través de la venta mensual

de unos bonos, y para tal fin, las víctimas que de conformidad con lo allegado al juicio, son personas de escasos recursos y algunas de avanzada edad, no escatimaron esfuerzos para cumplir con la cuota de $100.000 o $120.000 que les correspondía mensualmente, las cuales cancelaron durante varios años, llegando al punto de vender sus enseres o de adquirir prestamos con el fin y la expectativa de obtener un inmueble, lo cual configura la causal de agravación prevista en el artículo 267 del CP ya que se causó grave daño a las víctimas, atendiendo su precaria situación económica, ya que se trataba de personas pertenecientes a los estratos 1 y 2, quienes entregaron sus dineros a la procesada con la esperanza de obtener una vivienda.

6.13 En este punto, es válido recalcar que el injusto de estafa contiene una faz subjetiva que se materializa en la intención de obtener un provecho ilícito para el sujeto activo o para una tercero, y que fue explicada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia así:

> *"…Además de un contenido fáctico y uno jurídico[7], el ingrediente normativo del provecho ilícito en la conducta punible de estafa comprende tanto un aspecto objetivo como uno subjetivo. El primero consiste en el despojo económico que la víctima sufre como consecuencia directa de las maniobras engañosas que la han inducido en error, al igual que el correspondiente beneficio patrimonial que obtiene el sujeto activo para sí o para un tercero. Y el segundo corresponde a la intención, por parte de este último, de procurarse a favor de sí mismo o de una tercera persona la ventaja patrimonial en comento.*
>
> *Este elemento subjetivo del tipo no puede confundirse con el dolo, que, como tantas veces lo ha precisado la Sala, se refiere al conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias que integran el llamado tipo objetivo.*
>
> *La intención de provecho ilícito es un estado de ánimo que va más allá del puro saber y querer la realización de los elementos del tipo objetivo y, generalmente, se pone de manifiesto mediante la forma en que éste es obtenido. Según la doctrina:*
>
> *"Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo-personal general, que fundamenta y configura la acción como acontecer final, a menudo aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tiñen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido. La actitud o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción determina frecuentemente en gran medida el significado ético-social específico de la acción. […]*
>
> *"Por lo tanto, el contenido específico de desvalor ético-social de una acción se determina en muchos casos por la actitud o posición subjetiva del autor, de la cual ha surgido la acción. Decimos que se trata de elementos subjetivos de autor de la acción, puesto que es la postura o actitud anímica del autor la que tiñe o anima la acción de un modo típico"[8].*
>
> *"[…] el ánimo o intención de lucro o de apropiación es constitutivo de la clase de delitos que con él requiere más que un perjuicio ajeno consciente e incluso intencional. No comete aún estafa quien perjudica a otro mediante engaño (v. gr. para enfadarle), sino sólo quien lo hace con el ánimo o intención de lucro o enriquecimiento antijurídico. La estafa no es por tanto un caso de perjuicio patrimonial artero, sino un delito de enriquecimiento"[9].*
>
> *"Generalizando, puede decirse que elementos subjetivos del tipo (o del injusto) son todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo que el tipo exige, además de éste,*

[7] Cf. sentencia de 21 de julio de 2004, radicación 18762.

[8] Welzel, Hans, Derecho penal alemán. Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, pág. 113.
[9] Roxin, Claus, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1997, § 12, 13.

para su configuración"[10].[11]

6.14 En el caso *sub-examine*, resultaron probados tanto los ingredientes objetivos, como el subjetivo que componen el delito de estafa, pues se demostró la obtención del provecho ilícito – el ánimo y la posterior apropiación de las cifras aludidas en el escrito de acusación, las cuales fueron suministradas durante el lapso comprendido entre el año 2002 y el año 2008, año en el cual se radicaron las primeras denuncias.

6.14.1 El desmedro patrimonial de los ofendidos, se logró al ser engañados por MRSP, logrando que depositaran en ella su confianza y su dinero a través de las falsas promesas de adquirir una vivienda.

6.14.2 En torno al error que se genera en la víctima del *contra jus* de estafa, el máximo tribunal de la jurisdicción penal expuso:

> *"…Como quiera que en el hecho punible de estafa se trata de proteger el poder de disposición de las personas sobre sus bienes, cosas o derechos, sobre todo en relación con maniobras fraudulentas que se orientan a obtener un desplazamiento patrimonial, el tipo penal señalado exige una rigurosa relación de antecedente-consecuente entre cada uno de los componentes típicos y en el orden antes indicado. Por ello, el delito se consuma con la obtención de un provecho ilícito para sí o para otro, como consecuencia de una situación de error provocada en la víctima por el ardid que dispone el sujeto activo. El perjuicio correlativo al provecho ilícito determina al sujeto pasivo, como titular del patrimonio que sufrió la mengua; pero el perjudicado puede ser persona distinta del destinatario de la maquinación fraudulenta, que constituye la víctima…"*[12]

6.15 Demostrada en grado de certeza la existencia de la conducta punible de estafa agravada de la que fueron víctimas José Jesús Pérez Arteaga, Floralba Parra Cruz, Ruby Imbania Ñañez Correa, Alba María Cruz de Parra, Astrid Triana, Sonia Amparo Restrepo Parra, Olga Luz Echeverri Moncada, Martha Gladys Rodríguez Caro, Alfonso Antonio Hoyos y Luz Stella Pérez Arteaga, no queda otro camino que revocar la decisión de primer nivel y en consecuencia condenara a la señora MRSP por la conducta por la cual fue convocada al juicio.

6.16 Igualmente se debe establecer que en el presente asunto la FGN logró acreditar en debida forma la configuración de un delito masa de estafa, en atención a lo siguiente:

i) En el escrito de acusación se hizo referencia a los hechos narrados y denunciados por 13 personas determinadas, estas son Sonia Mercedes Pérez Arteaga, Astrid Triana, Floralba Parra Cruz, Alba María Cruz de Parra, José de Jesús Pérez Arteaga, Martha Gladys Rodríguez Caro, María Lucía Hoyos Moreno, Alfonso Antonio Hoyos, Olga Lucía Echeverry Moncada, Rosario Restrepo Parra, Sonia Amparo Restrepo Parra y Sonia Imbania Ñañez Correa. Pese a ello, al juicio oral sólo comparecieron 10 de esas personas, ellas fueron José Jesús Pérez Arteaga, Floralba Parra Cruz, Ruby Imbania Ñañez Correa, Alba María Cruz de Parra, Astrid Triana, Sonia Amparo

[10] Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte general, B de F, Buenos Aires, 2005, pág. 280.
[11] C.S.J. Sala de Casación Penal. Rad. 26197 .4 de febrero de 2009 M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.
[12] Sentencia del 8 de febrero de 2001. Proceso Rad. 013839. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Restrepo Parra, Olga Luz Echeverri Moncada, Martha Gladys Rodríguez Caro, Alfonso Antonio Hoyos y Luz Stella Pérez Arteaga, quienes refirieron que eran más de 400 personas las que hacían parte de la fundación, y con ello se podría pensar que ese gran conglomerado tenía la misma expectativa de las víctimas de ser beneficiarios de una vivienda, para lo cual, y que por lo tanto, tal y como lo hicieron los testigos relacionados, debían garantizar la venda de 10 o 12 bonos mensuales, por valor de $10.000 cada uno de ellos.

ii) Respecto al número de "beneficiarios" de la fundación, la misma procesada indicó que habían 189 personas inscritas.

Lo anterior permite inferir que la FGN estableció las defraudaciones que sufrieron algunas de las víctimas, y en el juicio oral algunas de ellas de manera separada pero coincidente, indicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron defraudados en su patrimonio y asaltados en la buena fe, por parte de la señora MRSP, señalando además que eran muchas más las personas que de igual manera realizaban la venta de los bonos y entregaban el dinero a la señora MRSP, y en ese sentido se debe recordar que fue la misma acusada quien dijo que eran 189 personas las "beneficiadas" a través de la fundación que ella dirigía, por lo que resultaba viable que el ente investigador le hubiera endilgado la conducta punible de estafa agravada como un delito masa, pues como ya se advirtió, fueron varias las personas que resultaron afectadas con ese comportamiento, que de conformidad con el escrito de acusación, generó la siguiente defraudación patrimonial: i) a la señora Sonia Mercedes Pérez Arteaga en cuantía de $8.640.000; ii) a la señora Astrid Triana en cuantía de $3.600.000; ii) a la señora Floralba Parra Cruz en cuantía de $150.000 pesos cada dos meses a partir del año 2002; iii) a la señora Alba María Cruz de Parra en cuantía de $2.900.000 por concepto de la venta de los bonos, más $500.000 de los cuales hizo entrega con el fin de que se le garantizara el alcantarillado y el agua; iv) José de Jesús Pérez Arteaga en cuantía de $120.000 mensuales, sin que se determinara el tiempo que realizó dichos aportes. Sin embargo, de conformidad con lo referido por este durante la audiencia del juicio oral, realizó la venta de los bonos por un período de 7 años; v) Martha Gladys Rodríguez Caro en cuantía de $2.800.000; vi) a la señora María Lucía Hoyos Moreno en cuantía de $900.000 mediante los cuales "separó el cupo" de la vivienda, y $200.000 mensuales por el lapso de un año y medio; vii) Alfonso Antonio Hoyos en cuantía de $9.350.000; y viii) Olga Lucía Echeverry Moncada en cuantía de $3.000.000; Sonia Amparo Restrepo, en cuantía de $3.000.000.

Lo anterior, aunado las situaciones particulares que cada uno de los testigos enunció en el juicio oral, a través de las cuales se desprende el agravio que sufrieron en su patrimonio económico al vender unos bonos durante largos períodos de tiempo con la esperanza de acceder a una de las vivienda de interés social que promocionaba la acusada en su fundación.

6.17 En consecuencia de lo anterior y como quiera que esta Sala acogió la pretensión de la revocatoria de sentencia de primer grado elevada por el apoderado de las

víctimas, no resulta procedente hacer algún tipo de pronunciamiento respecto a la solicitud de declaratoria de nulidad presentada por el interviniente en comento.

7. DOSIFICACIÓN DE LA PENA

7.1 Para dosificar la pena a imponer a la procesada se atenderá lo dispuesto por los artículos 60 y 61 del Código Penal, que señalan los parámetros que se deben tener en cuenta para la determinación de los mínimos y los máximos punitivos y los fundamentos para individualizar la pena.

7.2 Frente a la conducta que se atribuye a la señora MRSP se debe aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 247 del CP del C.P., que establece que la pena será de prisión de 64 a 114 meses de prisión. La cual debe ser aumentada de 1/3 parte a la 1/2 en cumplimiento a las previsiones del artículo 264 del CP, pena que a su vez incrementada en 1/3 parte conforme lo ordena el parágrafo del artículo 31 del CP. En ese orden de ideas, el ámbito punitivo de movilidad es de 174 meses y 10 días, que al dividirlo en cuartos corresponde a 43 meses y 15 días. En consecuencia, los cuartos de pena de prisión se fijan así:

PRIMER CUARTO: De 113 meses y 20 días a 157 meses y 7 días de prisión
CUARTOS MEDIOS: De 157 meses y 8 días a 244 meses y 12 días de prisión
CUARTO MÁXIMO: De 244 meses y 13 días a 288 meses de prisión

Para la pena de multa serán tenidos en cuenta los mismos criterios quedando los cuartos de la siguiente manera:

PRIMER CUARTO: De 118.5 SMLMV a 838,875 SMLMV
CUARTOS MEDIOS: De 838,875 SMLMV a 2279,625 SMLMV
CUARTO MÁXIMO: De 2279,625 SMLMV a 3000 SMLMV

7.3 Al no concurrir ninguna causal de mayor punibilidad, pero si una de menor punibilidad para la acusada como lo es la carencia de antecedentes penales (para la época de los hechos), se impondrá la mínima pena dentro del primer cuarto, es decir 113 meses y 20 días de prisión.

7.4 Igualmente se condenará a la procesada a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual al de la pena principal.

8. Sobre subrogados penales.

Teniendo en cuenta el monto de la pena impuesta a los incriminados, queda claro que en el caso *sub examen* no se reúne el requisito objetivo que señala el artículo 63 del C.P. en su actual redacción, pues la pena a imponer excede de cuatro (4) años de prisión, por lo cual no es posible reconocer a los sentenciados el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Tampoco habrá lugar a la concesión de la prisión domiciliaria y con base el texto del artículo 38 del CP, ya que en el presente asunto no se cumple el factor objetivo de dicha norma, ya que la pena a imponer a la acusada sobrepasa el término de los 8 años de prisión. Sin embargo no se dispondrá la captura inmediata de la procesada por las razones que se explicarán a continuación.

8. SOBRE LA LIBERTAD DE LA PROCESADA.

Como consecuencia de la revocatoria de la sentencia absolutoria de primera instancia, es necesario hacer las siguientes precisiones, relacionadas con la aplicación del artículo 450 del CPP:

8.1 La norma en mención dispone lo siguiente:

> "*Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez puede disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.*
>
> *Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento"*

8.2 En atención al contenido de esa norma, la Sala debe hacer referencia a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-342 del 24 de mayo de 2017, donde se hizo control abstracto de la norma antes citada y se dijo lo siguiente:

> "(...) .
>
> *11.1. La Corte resolvió la demanda formulada por un ciudadano en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, que contiene el Código de Procedimiento Penal, el cual dispone que el juez al momento de dar el sentido del fallo, podrá ordenar la detención del procesado si esta resulta necesaria. El accionante señaló que tales enunciados vulneran el derecho a la libertad personal y algunas de las garantías del debido proceso, como el acceso a la segunda instancia mediante recurso judicial efectivo y la presunción de inocencia. La Sala consideró que es necesario efectuar la integración normativa con la totalidad del artículo demandado, pues de no hacerlo, la eventual declaratoria de inexequiblidad de las expresiones implicaría que los apartes que no fueron acusados perderían la posibilidad de producir efectos jurídicos.*
>
> *11.2. Como primer asunto la Sala se refirió al amplio espacio de configuración del legislador para regular los procedimientos judiciales, así como los límites del mismo. Señaló que se funda en lo dispuesto por los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución, que consagran la cláusula general de competencia del Congreso de la República, que le permite regular los procedimientos judiciales y administrativos. Adicionalmente la Sala identificó cuatro límites de esa facultad configurativa, precisados entre otras, en la Sentencia C-319 de 2013, siendo estos[13]: (i) la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial; (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia; (iii) la satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) la eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. La norma demandada respeta dichos límites.*

[13]Sentencia C-319 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No. 5

11.3. En segundo término, la Corte verificó los derechos que el demandante señaló como violados. Respecto de la libertad personal, la Corporación señaló que se trata de un principio y derecho fundamental, que para su protección cuenta con las garantías de la reserva legal y la reserva judicial, precisando que las medidas privativas de la libertad son de carácter excepcional y de interpretación restrictiva. En lo que tuvo que ver con el debido proceso, se afirmó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana[14] y de la Corte Constitucional[15], el derecho al recurso judicial efectivo supone la existencia de mecanismos procesales accesibles y eficaces que permitan el control y la revisión de las decisiones judiciales, cuando los afectados consideren vulnerados sus derechos. Finalmente y en relación con la presunción de inocencia, la Sala determinó desde su jurisprudencia[16], que se trata de un principio constitucional, un derecho fundamental y una de las garantías del debido proceso, de acuerdo con la cual, la persona sometida a proceso penal deberá ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario, a través de un proceso en el que se le haya declarado judicialmente responsable mediante sentencia ejecutoriada.

11.4. Finalmente se procedió a la solución del caso, para lo cual la Corporación afirmó que la interpretación hecha por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el fallo condenatorio consiste en un acto jurídicamente complejo dentro del sistema acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004, es constitucionalmente consistente, en el sentido de integrar como una unidad conceptual el anuncio del sentido del fallo y el texto de la sentencia condenatoria que se emitirá después, lo que no excede los límites del amplio espacio de configuración del legislador para el establecimiento de los procedimientos judiciales.

11.5. En lo que tuvo que ver con el cargo de violación del derecho a la libertad personal, la Sala encontró que la orden de privación de la libertad establecida por el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal respeta las garantías de la reserva judicial, la reserva legal y el carácter excepcional de las medidas privativas de la libertad, pues se trata de una medida que únicamente ocurre en el primer momento del acto jurídicamente complejo en que consiste la sentencia condenatoria. Para el efecto se precisó, que respecto de la necesidad de la detención, el inciso segundo del artículo 450 demandado debe asumirse en relación con los artículos 54 y 63 del Código Penal, que establecen los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, y no con los criterios que deben ser considerados al decretar la medida de aseguramiento.

Igualmente consideró la Sala que esa orden de detención tampoco viola las garantías del debido proceso, pues el afectado cuenta con medios de control adecuados, como son la declaratoria de nulidad del sentido del fallo y de la orden de detención, y el recurso de apelación sobre la sentencia, en virtud del cual podrán ser impugnadas tanto la privación de la libertad, como la declaratoria de responsabilidad penal. Dentro de esta misma perspectiva se concluyó también, que la norma demandada no viola la presunción de inocencia, pues la detención excepcional que se ordena al anunciar el sentido del fallo, constituye una restricción de la libertad dictada por motivos de necesidad, en los términos antedichos.
11.6. Como cuestión final la Corte reiteró que el juez de conocimiento tiene la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate[17]. Por lo mismo, el funcionario debe asumir rigurosamente, que la privación de la libertad es excepcional y que más

[14] Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México. Sentencia de noviembre 26 de 2010. Serie C No. 220, párrafo 142. Este fallo reitera y precisa el precedente contenido en los casos Caso Baena Ricardo contra Panamá, citado en la sentencia de fondo del Caso de los 19 Comerciantes contra Colombia. Sentencia de julio 5 de 2004. Serie C No. 109, párrafo 192
[15] Sentencia C-1195 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica No. 4.3, citando la Sentencia T-268 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell
[16] Sentencia C-003 de 2017 M.P. Aquiles Arrieta Gómez, consideración jurídica No. 3.1.1
[17] Alrededor de la vigencia de este principio en materia penal se han referido entre otras las sentencia T-401 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-070 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-788 den 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

aún debe serlo la privación de la libertad intramural, por lo cual y de conformidad con la doctrina reconocida por la Corte, "las autoridades deben verificar en cada caso concreto la procedencia de los subrogados penales como la prisión o detención domiciliaria, la vigilancia electrónica y la libertad provisional, pues éstas desarrollan finalidades constitucionales esenciales en el Estados Social de Derecho"[18].
(Subrayas ex texto)

8.3 De acuerdo a las consideraciones antes mencionadas debe decirse que en este evento no podrían aducirse las razones mencionadas en el artículo 308 del CPP, que se relacionan con la imposición de una medida de aseguramiento, para ordenar la captura inmediata del procesado, quien se encuentra en libertad, ya que los supuestos de esa norma están relacionados con situaciones previstas en los numerales 1º a 3º de esa norma así : 1. "*Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia 2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima "3. Que resulte probable que el imputado comparezca al proceso o que no cumplirá la sentencia".*

8.4 En ese orden de ideas como en el precedente citado se reafirma el carácter excepcional de la privación de la libertad, debe evaluarse una circunstancia puntual como la comparecencia de la señora MRSP al proceso, la cual queda evidenciada en las actas de las audiencias de formulación de acusación (fl 21 y 23), en dos de las sesiones del juicio oral (fl. 74 y 75) y en la de lectura del fallo (fl. 77), y pese a que la encartada no asistió a las dos sesiones de audiencia preparatoria, se debe tener en cuenta que el abogado que representaba los intereses de la señora MRSP para esa época, presentó un escrito en el que indicó que a la salida de una de las diligencias celebradas por el despacho de primer nivel, la acusada había sido agredida verbalmente y se intentó atacarla físicamente y que por lo tanto solicitó que se le brindara la protección requerida durante los actos y al momento de evacuar las instalaciones del Palacio de Justicia (fl 25), de lo que se infiere que existía temor de la encartada a comparecer a las diligencia posteriores, por lo cual siguiendo los términos de la sentencia C-342 de 2017, al evaluar: *"…todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate",* se considera que en el presente caso no resulta indispensable la privación de la libertad de la incriminada, que tiene carácter excepcional según el precedente mencionado, por lo cual su eventual detención en su lugar de residencia a efectos de que descuente la pena impuesta, solo se hará efectiva, de cobrar ejecutoria la presente decisión.

9. CONSIDERACIÓN ADICIONAL SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTERPONER EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA ESTA DECISIÓN.

9.1 En la sentencia CSJ SP del 4 de diciembre de 2017, radicado 47716 M.P. Eyder Patiño Cabrera, se hicieron las siguientes consideraciones:

"(…)

Al descender al caso concreto, la Sala encuentra que la decisión del Tribunal de dar cabida al recurso extraordinario de casación, en lugar del ordinario de apelación, no

[18] Sentencia T-276 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.5.1.3.

contraría el ordenamiento jurídico interno, ni quebranta el derecho a la impugnación de las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia.

Recuérdese que con ocasión del pronunciamiento de las sentencias de la Corte Constitucional, C.C. C-792-2014, mediante la cual se declaró la inexequibilidad de varios artículos de la Ley 906 de 2004 por déficit normativo y, C.C. SU-215-2016, que delimitó los efectos y alcances de la anterior, esta Sala ha venido sosteniendo (CSJ AP258-2017, 25 en 2017, Rad. 48075) que el único recurso que procede actualmente contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores en segunda instancia, es la casación.

Las razones que ha expuesto para sustentar esta postura han sido fundamentalmente dos. Una, que la normatividad procesal penal vigente no prevé contra esta clase de decisiones recurso distinto al de casación. Y dos, que la orden de implementación por vía judicial de una impugnación especial que supla el déficit normativo advertido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-792/2014, resulta irrealizable, porque implicaría crear nuevos órganos judiciales, redefinir funciones y redistribuir competencias, labor que por su naturaleza y alcances sólo podría adelantar el Congreso de la República.

Complementariamente ha dicho que las afirmaciones que se hacen en el sentido de que la casación en el sistema colombiano no satisface los estándares exigidos para la garantía del derecho a la impugnación, son infundadas, porque nuestra legislación, contrario a lo que ocurre con otros sistemas procesales, consagra un modelo de casación abierto, ampliamente garantista, que permite recurrir todas las sentencias dictadas por los tribunales en segunda instancia, por conductas constitutivas de delito, y adicionalmente a ello, cuestionar sus fundamentos fácticos, probatorios y normativos. Los primeros, a través de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, y los últimos, a través de la causal consagrada en el numeral primero ejusdem.

Además, porque el procedimiento casacional le otorga a la Sala las facultades de, (i) superar los defectos de la demanda cuando advierta necesario estudiar el caso para la realización de los fines del recurso, y (ii) realizar casaciones oficiosas cuando encuentre que se han vulnerado garantías fundamentales, institutos que le permiten intervenir en procura de hacer efectivo el control constitucional y legal de la decisión y por esta vía asegurar la realización de los fines del recurso.

Sostener, por tanto, que la casación en el modelo colombiano no es eficaz para garantizar una impugnación integral, entendida por tal, la que permite el escrutinio amplio de los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos de la decisión, es una afirmación que no consulta los contenidos y alcances del recurso, porque, como se ha dejado visto, todos estos aspectos pueden ser controvertidos por el procesado, y adicionalmente a esto, la Sala cuenta con facultades especiales, no previstas para la apelación, que le permiten intervenir motu proprio con el fin de corregir situaciones no alegadas por el impugnante.

Por otra parte (CSJ AP1467-2017, 8 mar. 2017, Rad. 49826), también se ha dicho:

En la Sentencia C-792 de 2014 [...] la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad "con efectos diferidos" de varios artículos de la Ley 906 de 2004, relacionados con la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias y exhortó al Congreso de la República para que en el lapso de un año, contado desde la notificación por edicto de ese fallo, regulara de manera integral el particular. Así mismo, señaló que vencido ese término, de no hacerlo, debía entenderse que procedía "la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena".

El edicto a través del cual se notificó la Sentencia C-792 de 2014 se fijó entre las 8:00 a.m. del 22 de abril de 2015 y las 5:00 p.m. del 24 siguiente, por manera que el término de un año se cumplió el 24 de abril de 2016, sin que el Congreso efectuara

las reformas necesarias a la Constitución y a la ley para ajustar la legislación interna a la exigencia de doble conformidad judicial de la sentencia condenatoria penal.

En el fallo de tutela SU-215 de 28 de abril de 2016, la Corte Constitucional, con el objeto de determinar el alcance de la Sentencia C-792 de 2014, precisó, entre otros, que: (i) surtía efectos desde el 25 de abril de 2016, (ii) que operaba respecto de las sentencias dictadas a partir de esa fecha o que para entonces estuviesen en proceso de ejecutoria, (iii) que aunque en ella solo se había resuelto el problema de las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, debía entenderse que su exhorto llevaba incorporado el llamado al legislador para que regulara en general la impugnación de las condenas irrogadas por primera vez en cualquier estadio del proceso penal y (iv) que la Corte Suprema de Justicia, dentro de sus competencias, o en su defecto el juez constitucional, atendiendo las circunstancias de cada caso, debía definir la forma de garantizar el derecho a impugnar el fallo condenatorio impuesto por primera vez por su Sala de Casación Penal.

La Sala Plena de Corte Suprema de Justicia, en sesión de 28 de abril de 2016, aprobó el comunicado 08/2016 en el que señaló que la pretensión de la Corte Constitucional, plasmada en la Sentencia C-792 de 2014, resultaba irrealizable porque ni esta Colegiatura, ni autoridad judicial alguna, cuenta con facultades para introducir reformas o definir reglas que permitiesen poner en práctica esa prerrogativa.

Y en ese mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Penal, en el entendido que un mandato de la naturaleza prevista en las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, requiere de una reforma constitucional y legal que solo puede adelantar el Congreso de la República por cuanto implica suplir un déficit normativo que incluiría la redefinición de funciones, la creación de nuevos órganos y la redistribución de competencias, entre otros aspectos (Cfr. CSJ AP 3280-2016)

Por consiguiente, en el caso que se estudia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, al señalar que contra el fallo de segunda instancia sólo procedía el recurso extraordinario de casación[(27)], ninguna vulneración de garantías fundamentales cometió, habida cuenta que, aunado al claro contenido de los fines del recurso que la normatividad reconoce, que no solo apuntan a la protección de esta clase de derechos, sino de la salvaguarda de los demás reconocidos en el ordenamiento jurídico, también, en estricto sentido, acogió lo planteado por la Alta Corporación Constitucional…"

9.2 En atención a la decisión antes citada y otros precedentes de la SP de la CSJ, esta Sala consideró inicialmente por mayoría y luego en forma unánime, que no era procedente conceder el recurso de apelación contra la primera sentencia condenatoria que se dictara en el proceso, ya que en esos eventos solamente procedía el recurso de casación, para lo cual se tuvo en cuenta lo dicho en las sentencias C-621 de 2015 de la Corte Constitucional y CSJ SP del 23 de octubre de 2014 radicado 39538, en el sentido de que las decisiones de los órganos de cierre de cada jurisdicción, también constituyen precedente judicial vinculante.

9.3 Sin embargo en CSJ SP del 5 de diciembre de 2018, radicado 44564, al resolverse un recurso de casación interpuesto por un delegado de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, el 7 de julio de 2014, mediante la cual confirmó la decisión de absolver a Carlos Andrés Díaz de la Ossa, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en la cual se dijo:

"(...)

4.3.7 Garantía del derecho a impugnar la –primera- sentencia condenatoria

Según el artículo 29 de la Constitución Política, CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA tiene derecho a impugnar la presente sentencia, por ser la primera de carácter condenatorio. Sobre la naturaleza y efectividad de esta prerrogativa, en reciente decisión (SP4883-2017, nov. 14, rad. 48820), se indicó:

De acuerdo con el art. 29 inc. 1º de la Constitución, el ámbito de protección del derecho al debido proceso está demarcado tanto por prescripciones constitucionales genéricas como por la específica configuración legal de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de marcada composición normativa.

Desde esa perspectiva, el Acto Legislativo Nº 01 de 2018, cuyo objeto estriba en "implementar el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria", no sólo delineó las bases fundantes de un proceso penal de doble instancia para los aforados mencionados en el art. 235 de la Constitución, sino que instituyó una garantía fundamental, en cabeza de toda persona condenada penalmente, a que la declaratoria de responsabilidad penal sea corroborada (doble conformidad de la sentencia condenatoria).

El derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (art. 235 incs. 2º y 7º de la Constitución, modificados por el A.L. 01 de 2018), más que un asunto de estructura, es una garantía instituida a favor de quien es declarado penalmente responsable, al margen de la instancia en que es condenado; de esa manera, se pretende que la presunción de inocencia que cobija a toda persona deba pasar por un doble filtro -ordinario- de revisión, antes de ser desvirtuada mediante declaratoria judicial.

Ello muestra que, para el constituyente, el mecanismo de impugnación está atado a la sentencia de naturaleza condenatoria. El derecho a impugnar el primer fallo de condena es una protección reforzada al derecho fundamental a la presunción de inocencia, concretado en la garantía de la doble conformidad, igualmente prevista en el art. 15-5 del P.I.D.C.P..." (Subrayas ex texto)

9.4 Si bien en el caso de la providencia referida se trató de una sentencia condenatoria dictada en sede de casación, en el mismo precedente se manifiesta que esa garantía opera en favor de quien es declarado responsable: *"al margen la instancia en que fue condenado",* lo que da entender que el mismo sería aplicable a casos como el presente, donde se ha revocado la sentencia absolutoria de primera instancia que se dictó en favor de MRSP, por lo cual se considera que en el caso *sub examen,* la defensa del procesado estaría habilitada para interponer el recurso de apelación contra la decisión adoptada por esta colegiatura, tal como se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

9.5 A su vez, en la decisión citada se expuso lo siguiente:

"(...)

Está próximo a cumplirse un año de la expedición del Acto Legislativo Nº 01 de 2018, sin que siquiera existan iniciativas o proyectos de ley para expedir la reglamentación legal correspondiente, para dar aplicación a la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias dictadas por primera vez en sede de casación. Y no pueden pasarse por alto los antecedentes de la consagración constitucional de la garantía de doble conformidad, como integrante del derecho fundamental al debido proceso. Habiendo la Corte Constitucional exhortado al Congreso de la República para que, en el término máximo de un año, regulara integralmente el derecho a impugnar todas las

sentencias condenatorias[19], sólo después de tres años y dos meses se cumplió parcialmente ese mandato. Así que, dadas esas circunstancias, la Corte Suprema no puede dejar en el vacío la protección de las garantías constitucionales y mantenerse impávida ante la omisión legislativa para efectivizar el acceso a la administración de justicia en esos casos.

Por ello, la Sala se ve obligada a activar el ejercicio de la impugnación especial, a través de un procedimiento transitorio, producto del desarrollo judicial del derecho, por analogía, que compatibilice los instrumentos normativos vigentes con el mandato de supremacía y vigencia de los derechos fundamentales. Eso sí, exhortando al Congreso de la República para que reglamente integralmente del asunto.

En la referida providencia, se determinó que el derecho a impugnar la primera condena, emitida en sede de casación, se garantizaría mediante la aplicación analógica de las reglas procesales del recurso de apelación, directriz ésta que ahora se reitera, aunque precisando que en el presente asunto tal remisión normativa se dirigirá a las prescripciones establecidas en la Ley 906 de 2004, especialmente en su artículo 179 –modificado por L. 1395/2010-, por ser ésta la que rigió la actuación. En consecuencia, el trámite que garantizará la impugnación especial contra sentencias condenatorias, dictadas por primera vez al resolver el recurso extraordinario de casación, será el que se pasa a describir:

a) La impugnación especial de la condena, deberá formularse en la audiencia de lectura del fallo de casación.

b) La respectiva sustentación tendrá lugar, a elección del impugnante, en la misma audiencia de lectura, de manera oral, o dentro de los cinco (5) días siguientes, por escrito.

c) Si ocurre lo primero, se concederá la palabra a la Fiscalía y a los demás intervinientes, que comparezcan a la audiencia, para que ejerzan el derecho a la contradicción.

d) En caso de sustentación escrita, se correrá traslado de la misma a la Fiscalía y a los demás intervinientes, por el término de cinco (5) días.

e) Surtido el trámite anterior, inmediatamente, se remitirá el proceso al despacho del magistrado que sigue en turno al último que suscribió la sentencia, para que conforme sala con los dos magistrados que le siguen en orden alfabético, a fin de que decidan la solicitud de doble conformidad".

En consecuencia, de formularse el recurso de apelación contra el fallo adoptado por esta Sala en segunda instancia, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 179 del CPP, en lo relativo a ese trámite.

Con base en lo expuesto en precedencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR desierto el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN en contra de la sentencia proferida el 16 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira.

[19] A través de la sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014.

SEGUNDO: REVOCAR el fallo recurrido y en su lugar CONDENAR a la señora MRSP como responsable del delito de estafa agravada.

TERCERO: IMPONER a la señora MRSP la pena de 113 meses y 20 días de prisión, y multa de 118,5 SMLV. Como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

CUARTO: NEGAR la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural a la señora MRSP de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. Sin embargo, su privación de la libertad para cumplir la pena impuesta solo se hará efectiva de cobrar ejecutoria esta decisión de segunda instancia, como se explicó en el apartado número 8 de esta providencia.

QUINTO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella proceden los recursos de reposición respecto a la decisión de declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN, y el de apelación especial y de casación contra la sentencia de segunda instancia, conforme a lo explicado en el apartado número 9 de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Aprobado mediante acta # 631 del 14 de julio de 2016

Pereira (Risaralda), viernes quince (15) de julio de dos mil dieciséis (2016)
Hora: 8:00

Procesado: JORGE ELIECER DUQUE GARCÍA
Delito: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS
Rad. # 66001 60 00 036 2010 05556 01
Asunto: Declara parcialmente desierto el recurso y confirma la decisión en lo demás

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación que en forma oportuna fue interpuesto y sustentado por parte del apoderado del encartado, en contra de la decisión tomada el día 17 de junio del año que trascurre, por el señor Juez Tercero Penal del Circuito de Pereira, en la cual declaró penalmente responsable al encausado JORGE ELIECER DUQUE GARCÍA, como autor de la conducta de actos sexuales con menor de catorce años.

LOS HECHOS Y LA ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos se dieron a conocer por denuncia que instaurara la señora MÓNICA VARGAS CEBALLOS en contra del señor JORGE ELIECER DUQUE, debido a que entre los meses de septiembre y noviembre de 2010, este señor realizó tocamientos libidinosos en los senos y la vagina de su menor hija L.M.V.V. cuando convivía con este en la casa ubicada en la vereda el provenir vía la florida de este municipio.

Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Sin espaciado,Interlineado: sencillo
Con formato: Derecha: 2,59 cm, Superior: 4 cm, Inferior: 3 cm, Ancho: 21,59 cm, Alto: 33,02 cm
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado:
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: 6
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo, Borde:Superior: (Línea única, Automático, 0,5 pto Ancho de línea)
Con formato: Fuente:11 pt
Eliminado: Se inhibe de conocer recurso, declara desierto.
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: múltiple 1,15 lín.
Eliminado:
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo
Eliminado:
Con formato: Justificado, Interlineado: múltiple 1,15 lín.
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Interlineado: múltiple 1,15 lín.
Eliminado: A
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo

Después de realizar los actos previos de investigación el señor DUQUE GARCÍA es capturado y las diligencias de control de garantías se realizan el 28 de abril de 2015 ante el juez Quinto Penal Municipal con dicha función, en las cuales se declaró legal la aprensión y se le formuló imputación como presunto autor responsable de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, agravado por su condición de padrastro de la víctima.

Una vez se presentó escrito de acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación en contra del señor JORGE ELIECER DUQUE GARCÍA, por la presunta comisión de la conducta de acto sexual con menor de catorce años, la etapa de la causa le correspondió al Juzgado tercero Penal del Circuito de esta ciudad, quien después de realizar el trámite respectivo, el día 17 de junio de esta anualidad profirió fallo en el cual declaro penalmente responsable al encausado y lo condenó a la pena de 152 meses de prisión y la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas; además le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

Leída la decisión del A quo, el apoderado del hallado responsable interpuso recurso de apelación en contra de tal proveído, escrito que presentó dentro de la oportunidad legal.

LA ALZADA:

Como sustento de su inconformidad, el defensor del encausado realiza un recuento fáctico y menciona que la fiscalía había manifestado llevar a juicio a la señora MÓNICA VARGAS CEBALLOS, sin que la allegará al juicio sin razón alguna y su relato hubiera hecho cambiar la decisión del Juez, además se llevaron los testimonios de la fiscalía, y la defensa y resalta que la fiscalía solo llevó algunos que resultaron ser testigos de oídas, advierte que se escuchó la menor quien según el apelante no encuentra nexo cronológico de la ocurrencia de los hechos.

Agrega que se condenó a una persona sin valorar la totalidad de las pruebas y sin consultar la verdad de los hechos, la Fiscalía infringió su deber de realizar una investigación integral motivo por el cual solicita se modifique el fallo y se profiera fallo absolutorio por aplicación del principio del *in dubio pro reo.*

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Eliminado: Se inhibe de conocer recurso, d

Eliminado: penal

Eliminado: ,

Eliminado: decisión

Con formato: Fuente:13 pt, Negrita

Con formato: Fuente:13 pt

Con formato: Justificado, Interlineado: sencillo

Con formato: Interlineado: sencillo

Eliminado: a

Eliminado: .

Con formato: Fuente:13 pt, Negrita

Con formato: Fuente:13 pt

Con formato: Justificado, Interlineado: sencillo

Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

Código de campo cambiado

Código de campo cambiado

Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

- Competencia:

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una providencia emanada de un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de decisión penal, según las voces del # 3º del artículo 33 C.P.P. sería la competente para resolver la presente alzada.

- Problema Jurídico:

Se plantea por el recurrente, ante esta Corporación, un recurso de apelación por su inconformidad con la decisión del Juez de primera instancia. En consecuencia decide la Sala si se satisface el presupuesto de la sustentación adecuada de la impugnación, como primer aspecto de procedibilidad para adquirir competencia en torno al pronunciamiento de fondo. De ser así, la Sala abordará el objeto propio del recurso, que tiene que ver con la ausencia de requisitos probatorios para proferir un fallo de condena, o en su defecto, habrá de declararlo desierto.

- Solución:

El recurso de apelación es un medio legal que tienen las partes para que el interesado objete, con fundamentos serios y jurídicos las providencias que resulten contrarias a sus intereses, siendo a su vez el ejercicio del derecho de defensa que garantiza el debido proceso propio de todas las actuaciones judiciales y administrativas como lo prevé el artículo 29 de la Carta Fundamental.

El recurso constituye una acción defensiva de quien estima afectado su derecho con la decisión judicial de primer grado. Este principio rector de la ley instrumental, conocido como de la doble instancia, se hace procedente en la medida que el impugnante satisfaga el presupuesto de sustentación del mismo.

La argumentación consiste en hacer una exposición razonada, lógica y suficiente de unos argumentos que pongan en evidencia su inconformidad con la decisión recurrida, es decir que la ataquen de manera frontal, para a su vez dotar al *Ad quem* de unos elementos de juicio que le permitan pronunciarse, pero un discurso incoherente respecto del señalamiento de hechos y situaciones generales, impide a la Colegiatura asumir un estudio serio y ponderado de un posible reproche de ilegalidad o desacierto del *A quo*, por lo que en tales casos se debe entender que el apelante no ha cumplido con la obligación de sustentar en debida forma la alzada, por lo que debe sufrir las

Eliminado: Se inhibe de conocer recurso, d
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Interlineado: sencillo
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo, Dividir palabras
Eliminado: ,
Con formato: Interlineado: sencillo
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo
Con formato: Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo
Eliminado: ,
Eliminado: para
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Código de campo cambiado
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

consecuencias de no cumplir con esa carga procesal, la cual, según los términos del artículo 179A C.P.P. que la declaratoria de desierto del recurso.

Al transpolar lo anterior al caso en estudio, se tiene que la sustentación de la alzada interpuesta por la Defensa se fundamenta en ofrecer argumentos de tipo, indeterminados, especulativos, abstractos e imprecisos con los cuales pretende demostrar su inconformidad con lo resuelto y decidido en el fallo confutado, lo cual para la Sala no satisface el requisito de la debida sustentación, razón por lo que la Sala procederá a **declarar parcialmente desierta** la alzada en lo que atañe con los argumentos genéricos y especulativos expuesto por el apelante como sustento de su disenso.

Ahora bien, a pesar de lo difusa de la argumentación, alcanza a entrever la Sala que la defensa pide que la sentencia sea *modificada (sic)* para que se profiera otra en donde se absuelva al encartado, con sustento en una precaria argumentación que cabalga en las tesis consistente en que el fallo se edificó con testimonios de oídas, lo que debemos entender como pruebas de referencia, y en contradicción con los postulados del principio de la investigación integral.

Si bien es cierto que los reproches propuestos en tales términos por el recurrente son precarios, a pesar de la precariedad se avizora con algo de dificultad cual es la inconformidad del apelante, razón por la que la Sala, acudiendo al principio de caridad, avocará el conocimiento de la alzada sobre estos dos temas específicos:

a) LA INVESTIGACIÓN INTEGRAL: La Sala discrepa de lo manifestado por el togado de la defensa, de cuyos alegatos de disenso se duele por la ausencia de una investigación integral por parte del ente Fiscal, lo cual es errado en atención a que tales críticas y reparos no se compadecen en nada con las reformas que el acto legislativo # 03 del 2.002 le introdujo al artículo 250 de la Carta al adoptarse el sistema penal acusatorio, el que por su carácter adversarial conllevó a la derogatoria del principio de la investigación integral, del cual -reitera la Sala-, erradamente el recurrente se duele en la alzada al no ser tenido en cuenta por la Fiscalía.

b) VALORACIÓN PROBATORIA: Sobre este otro aspecto cabe anotar que el señor Togado recurrente argumenta –respecto del testimonio de la menor víctima- no existir un nexo con las circunstancias cronológicas de la ocurrencia de los hechos que la misma diera en la entrevista, sin realizar mayor claridad sobre dicho aspecto, lo que genera una deficiente argumentación, ya que con tal manifestación no puede esta Colegiatura identificar -según el criterio del togado

Eliminado: Se inhibe de conocer recurso, d

Eliminado: .
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo
Con formato: Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo
Con formato: Fuente:13 pt, Resaltar
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita, Color de fuente: Rojo, Resaltar
Con formato: Fuente:13 pt, Color de fuente: Rojo, Resaltar
Con formato: Fuente:13 pt, Resaltar
Eliminado:
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: bajo el supuesto
Eliminado: de
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: genérica y abstracta sobre aspectos acaecidos en la primera instancia. Esta Sala debe aclarar que no es pretensión imponer una técnica argumentativa especial para cada recurso, pero puntualiza que el sustento del disenso sí demanda el cuidado y estudio de quien acude a esta instancia, de ... [1]
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Interlineado: sencillo
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: *Contrario sensu* a
Eliminado: en donde pregona
Eliminado: . Es de anotar que
Eliminado: ,
Con formato: Fuente:11 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 13 pt
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo
Con formato ... [2]
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: De suerte que en el caso en estudio, con ... [3]
Con formato: Fuente:13 pt, Color de fuente: Rojo
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: Al respecto
Con formato: Fuente:11 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: c
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:11 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Código de campo cambiado
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

recurrente- cuáles son los aspectos establecidos en los dos escenarios utilizados por la víctima para dar su declaración y los tenidos en cuenta por el señor Juez para dictar su providencia, con la correspondiente refutación por parte de la defensa de la causa del disenso.

También identifica el recurrente en su inconformidad que en los testigos traídos a juicio "algunos" fueron solo de oídas, pero tal afirmación no se da como soporte para puntualizar que la decisión se haya tomado única y exclusivamente con testigos de oídas, ello extractado de la misma afirmación de profesional del derecho cuando manifestó que "algunos" sin haber hecho claridad que era la totalidad de los mismos, o en qué grado incidieron dichos testimonios para la responsabilidad declara en contra de su representado, argumento que tampoco podía tener validez ya que se extracta del escrito que la menor-víctima fue presentada como testigo, quien ostenta la calidad de testigo directo.

Ahora bien, si lo que pretendía reclamar el recurrente con sus precarios argumentos de disenso es que la sentencia se fundamentó con base en pruebas de referencia, considera la Sala que se equivoca, puesto que la espina dorsal del fallo la constituyó el testimonio de la agraviada *"L.M.V.V."*, quien ofreció un relato de los acosos, manoseos y besuqueos libidinosos a los que era sometida por parte del procesado, lo cual se debe catalogar como un testimonio directo. Asimismo, se tiene también como prueba directa el testimonio del perito JAIRO ROBLEDO VÉLEZ, quien después de entrevistar y analizar a la menor agraviada, expuso que su relato debía ser catalogado como lógico y coherente.

Como se podrá concluir, si lo pretendido por el apelante con sus precarios argumentos era acreditar que la sentencia se fundamentó con pruebas de referencia, ello no es así, puesto que el fallo se estructuró con pruebas testimoniales directas, las que al ser apreciadas en conjunto conducían al grado de convencimiento exigido por el articulo 381 C.P.P. para proferir un fallo de condena.

Colofón de lo anterior, esta Colegiatura, respecto de los dos planteamientos de disenso antes desarrollados, confirmara la sentencia proferida por el Juez *A quo*, y en los demás temas del disenso, se declarará desierto el recurso de apelación.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Eliminado: Se inhibe de conocer recurso, d
Eliminado: cuales
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: incorformidad
Eliminado: que
Eliminado: testigos
Eliminado: tomó
Eliminado:
Eliminado: - victimavíctima
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: o
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: A lo que se le debe aunar el testimonio de la madre de la agraviada, quien también se debe considerar como un testigo directo, respecto de la confrontación que tuvo con el Procesado cuando le fue a reclamar había acontecido con su hija.
Con formato: Fuente:13 pt, Color de fuente: Rojo
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo
Eliminado: Por último, esta Colegiatura debe ratificar que la oportunidad para aducir los factores alegados por el recurrente, está claramente definida en la ley procesal – en el debate procesal y los alegatos de conclusión por parte del representante judicial del encartado o al momento de la dosificación de la pena- y su inconformidad debe quedar por sentada al momento del uso de los recursos. . ... [4]
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: deberá
Eliminado: la
Eliminado: decisión
Eliminado: *Tercero Penal del Circuito*
Con formato: Fuente:13 pt, Cursiva
Con formato: Fuente:Cursiva
Con formato: Fuente:13 pt, Cursiva
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt, Color de fuente: Rojo, Resaltar
Con formato: Fuente:13 pt, Resaltar
Eliminado: respecto de los dos planteamientos antes ... [5]
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: sobre los demás temas alegados como ... [6]
Con formato: Fuente:Verdana, 13 pt
Eliminado: En mérito de todo lo antes expuesto, la ... [7]
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Código de campo cambiado
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad el día 17 de junio de 2016, mediante el cual se declaró la responsabilidad penal del señor JORGE ELIECER DUQUE GARCÍA, como autor material del ilícito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: Respecto de los demás temas de disenso, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, se declarara parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado en contra del proveído emanado del Juzgado Tercero penal del Circuito de esta ciudad, del día 17 de junio de 2016.

TERCERO: Contra la decisión de confirmar la sentencia impugnada procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

CUARTO: Contra la decisión de declaratoria de desierto parcial del recurso procede el recurso de reposición, el que debe ser sustentado dentro de la oportunidad legal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ
Magistrado

Eliminado: Se inhibe de conocer ... [8]
Con formato ... [14]
Con formato ... [15]
Con formato ... [16]
Con formato ... [17]
Eliminado: c
Eliminado: el proveído
Eliminado: emanado del Juez
Eliminado: p
Eliminado: ,
Eliminado: d
Eliminado: Declarar desierto el recurso de apelación ... [18]
Con formato ... [19]
Con formato ... [20]
Con formato ... [21]
Con formato ... [22]
Con formato ... [23]
Eliminado: D
Eliminado: Juez
Eliminado: ,
Con formato ... [24]
Eliminado: respecto de los demás temas de disenso, ... [25]
Eliminado: Contra la presente decisión procede el ... [26]
Con formato ... [27]
Con formato ... [28]
Con formato ... [29]
Con formato ... [30]
Con formato ... [31]
Eliminado: . ... [32]
Con formato ... [33]
Con formato ... [34]
Con formato ... [35]
Eliminado: :
Con formato ... [36]
Con formato ... [37]
Con formato ... [38]
Con formato ... [39]
Eliminado: . ... [40]
Con formato ... [41]
Con formato ... [42]
Con formato ... [43]
Con formato ... [44]
Con formato ... [45]
Con formato ... [46]
Eliminado: .
Eliminado: .
Eliminado: . ... [47]
Con formato ... [48]
Con formato ... [49]
Con formato ... [9]
Con formato ... [11]
Código de campo cambiado ... [10]
Código de campo cambiado ... [12]
Con formato ... [13]

Página 4: [1] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:27:00

genérica y abstracta sobre aspectos acaecidos en la primera instancia. Esta Sala debe aclarar que no es pretensión imponer una técnica argumentativa especial para cada recurso, pero puntualiza que el sustento del disenso sí demanda el cuidado y estudio de quien acude a esta instancia, de tal manera que su intervención presente alguna congruencia entre la decisión objeto de ataque y la exposición argumentativa, con citación si es el caso, de la norma sustantiva o procesal que tenga alguna no desfasada relación, con el fin de identificar los defectos fácticos o jurídicos en los cuales se pueda ver afectada la decisión objeto de estudio.

Es pertinente dejar en claro al togado recurrente algunos aspectos de carácter relevante, dentro del estudio realizado, como son:

Página 4: [2] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:18:00

Fuente:13 pt, Negrita, Color de fuente: Automático

Página 4: [3] Eliminado Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 11:53:00

De suerte que en el caso en estudio, con la sustentación del recurso, no se avizoraron elementos de juicio serios y suficientes como para iniciar el estudio del proveído de primer grado, ya que se observa que en ningún momento el ataque atiende a las razones fundadas que otorgó el *A quo* para declarar una responsabilidad penal, y más bien se valieron de argumentos sofísticos, generales que no ponen en evidencia la presunta ruptura de la sentencia atacada con el orden jurídico.

Página 5: [4] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:49:00

Por último, esta Colegiatura debe ratificar que la oportunidad para aducir los factores alegados por el recurrente, está claramente definida en la ley procesal – en el debate procesal y los alegatos de conclusión por parte del representante judicial del encartado o al momento de la dosificación de la pena- y su inconformidad debe quedar por sentada al momento del uso de los recursos.

Página 5: [5] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:49:00

respecto de los dos planteamientos antes desarrollados, declarar

Página 5: [6] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:51:00

sobre los demás temas alegados como sustento del recurso debido a su carácter difuso y abstracto que imposibilitan fijas el límite de competencia de esta Sala.

Página 5: [7] Eliminado **mcrinconj** **14/7/16 14:49:00**

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

Página 1: [8] Eliminado **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 13:15:00**

Se inhibe de conocer recurso, d

Página 1: [9] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **1/7/14 18:00:00**

Fuente:Verdana, 9 pt

Página 1: [10] Cambio **Unknown**

Código de campo cambiado

Página 1: [11] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **1/7/14 18:00:00**

Fuente:Verdana, 9 pt

Página 1: [12] Cambio **Unknown**

Código de campo cambiado

Página 1: [13] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **1/7/14 18:00:00**

Fuente:Verdana, 9 pt

Página 6: [14] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:24:00**

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [15] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:16:00**

Fuente:13 pt

Página 6: [16] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:24:00**

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [17] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:16:00**

Fuente:13 pt

Página 6: [18] Eliminado **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 13:08:00**

Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado en contra del proveído emanado del Juez Tercero penal del Circuito de esta ciudad, del día 17 de junio de 2016.

Página 6: [19] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:24:00**

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [20] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:13:00**

Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo

Página 6: [21] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:16:00**

Fuente:13 pt

Página 6: [22] Con formato **Microsoft Office User** **26/8/21 13:48:00**

Fuente:13 pt, Color de fuente: Rojo, Resaltar

Página 6: [23] Con formato **Microsoft Office User** **25/8/21 0:37:00**

Fuente:13 pt, Resaltar

Página 6: [24] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [25] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:53:00

respecto de los demás temas de disenso en consideración a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

Página 6: [26] Eliminado Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 13:08:00

Contra la presente decisión procede el recurso de reposición, el que debe ser sustentado dentro de la oportunidad legal.

Página 6: [27] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:24:00

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [28] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [29] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [30] Con formato Microsoft Office User 25/8/21 0:38:00

Fuente:13 pt, Resaltar

Página 6: [31] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [32] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:58:00

CUARTO: Devuélvase el expediente al Juzgado remitente.

Las partes quedan notificadas en estrado.

Página 6: [33] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:13:00

Interlineado: sencillo

Página 6: [34] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [35] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:25:00

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [36] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:25:00

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [37] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [38] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:13:00

Justificado, Interlineado: sencillo

Página 6: [39] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:13:00

Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo

Página 6: [40] Eliminado **mcrinconj** **14/7/16 14:55:00**

Página 6: [41] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [42] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Sin espaciado,Derecha, Interlineado: sencillo

Página 6: [43] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Fuente:Negrita

Página 6: [44] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Sin espaciado,Interlineado: sencillo

Página 6: [45] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [46] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:13:00**

Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo

Página 6: [47] Eliminado **mcrinconj** **14/7/16 14:54:00**

Página 6: [48] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Derecha, Interlineado: sencillo

Página 6: [49] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Sangría: Izquierda: 9,99 cm, Interlineado: sencillo

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente.
El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 26 de octubre de 2017
Proceso: Penal – Declara desierto recurso de apelación
Radicación Nro. : 66400 60 00 068 2011 00299 01
Procesado: JOSÉ WILLIAM MARTÍNEZ MARTÍNEZ
Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Tema: **DECLARA DESIERTA APELACIÓN CONTRA SENTENCIA.** Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *A quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él. Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que la defensora no se ocupó de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limitó a mencionar que el procesado padece de una serie de patologías que no eran compatibles con la vida en reclusión. Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que de conformidad con el auto allegado por el juzgado de primer nivel, de fecha 24 de noviembre de 2016 (folio 153 a 154), en la actualidad el señor Martínez Martínez, goza del beneficio de libertad condicional, por lo que de todas formas, el recurso en mención aun de haber sido sustentado debidamente ha perdido su razón de ser, generándose de esa forma una tácita declinación de la alzada porque en la actualidad el procesado se encuentra disfrutando de un subrogado que es más favorable que el reclamado en su favor mediante el recurso de apelación.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1149 del veinticinco (15) de octubre de dos mil diecisiete (2017)
Pereira, veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017)
Hora: 8:35 a.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor José William Martínez Martínez en contra de la sentencia proferida el 24 de junio de 2014 por el Juzgado Primero Penal del Circuito, mediante la cual lo condenó a la pena principal de 86 meses y 24 días de prisión, por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones.

2. ANTECEDENTES

2.1 Según obra en el escrito de acusación, el 11 de noviembre de 2011, a las 15:00 horas, se recibió información por parte de una fuente anónima en el sentido de que había un sujeto que vendía armas de fuego en el sector del parque principal de

Marsella, por lo que miembros de la SIJIN se trasladaron al lugar y luego de realizar las labores de vecindario respectivas, y de haberle practicado una requisa a un bolso se portaba el señor José William Martínez Martínez, hallaron en su interior un arma de fuego tipo escopeta calibre 16Ga y 38 Special, sin marca, modelo ni número de serie, además de una pistola calibre 7.65 mm de fabricación artesanal o hechiza, y 7 cartuchos para revólver calibre .32 marca Indumil- esas armas eran aptas para producir disparos y los proyectiles para ser usados.

2.2 El 12 de noviembre de 2011, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Santuario, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. La FGN le comunicó cargos al José William Martínez por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. El señor Martínez Martínez no aceptó la imputación.

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad asumió el conocimiento de la presente causa (folio 8). El día 28 de marzo de 2012 la FGN y el acusado sometieron a consideración del juez de conocimiento un preacuerdo que habían celebrado, mediante el cual el acusado se allanaba a los cargos por los cuales viene siendo investigado, a cambio de una rebaja del 20.82% de la pena a imponer por el funcionario fallador. Sin embargo, en la sesión del 13 de julio de 2012 (folio 48 a 50), luego de que el A quo realizara algunas acotaciones frente a la posición que tenía esta Corporación frente a los porcentajes de las rebajas por aceptación de cargos, el preacuerdo fue modificado en el sentido de que la FGN le ofrecía al procesado una rebaja del 8.33% de la sanción a imponer. Dicha negociación fue aprobada por el juez primero penal del circuito de Pereira.

2.3.1 En ese mismo acto, Durante la realización de la audiencia de que trata el artículo 447 del CPP, la defensa del señor José William Martínez Martínez hizo referencia a las patologías que padecía su prohijado, y solicitó que fuera valorado por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses con el fin de determinar si era viable la concesión de prisión domiciliaria al acusado.

2.3.2 La sentencia fue proferida el 24 de junio de 2014 (folio 130 a 146), a través de la cual el señor José William Martínez Martínez fue condenado a la pena de 86 meses y 24 días de prisión. Así mismo se le impuso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

El A quo le denegó al acusado el subrogado de ejecución condicional de la sentencia la prisión domiciliaria, teniendo en cuenta que no cumplía con el factor objetivo de los artículos 63, 38 y 68A del CP.

El juez de primer nivel también le denegó al acusado la reclusión domiciliaria por enfermedad grave, con base en lo contemplado en el dictamen médico legal del 11 de abril de 2013. Sin embargo, en dicho proveído se instó al INPEC para que se le otorgara la atención médica que fuera requerida por el procesado.

2.3. La defensa apeló la decisión de primera instancia

3. IDENTIDAD DEL ACUSADO

Se trata de José William Martínez Martínez, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 18.594.454 de Santa Rosa de Cabal, nacido el 20 de enero de 1967, es hijo de Noé y Lucila, de profesión ayudante de construcción.

4. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON LOS RECURSOS.

4.1 Defensora (recurrente)[1]

- Solicitó la sustitución de la detención domiciliaria por la de prisión domiciliaria a favor de su prohijado, teniendo en cuenta que el señor Martínez Martínez padece de presión arterial, diabetes, además presenta un problema crónico de su pierna que le genera imposibilidad para moverse por sí mismo, necesitando de una persona que lo auxilie permanentemente.

4.2 Delegada de la FGN (No recurrente) [2]

- Manifestó que se deben analizar los fundamentos legales del A quo, que lo llevaron a considerar que en el caso del señor José William Martínez Martínez no se cumplen los requisitos del artículo 38 del Código Penal para conceder la prisión domiciliaria, máxime si se tiene en cuenta la valoración de Medicina Legal a través de la cual se determinó que pese a que el señor José William Martínez

[1] Audio a partir de H 00:28:18
[2] Audio a partir de H: 00: 29:23

presenta múltiples enfermedades, ello no le impedía para estar en un establecimiento carcelario, aunado al hecho de que la EPS a la cual se encuentra afiliado está en la obligación de prestarle la atención necesaria.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

5.2 Problema jurídico a resolver

La Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por la defensa del acusado debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado, y en caso de superar este examen, debe procederse a estudiar la viabilidad de modificar la decisión de primer nivel en lo que respecta a la concesión de la prisión domiciliaria por enfermedad grave, la cual le fue denegada al señor José William Martínez Martínez en primera instancia.

5.3 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

5.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a*

nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.

En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.

El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.

Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.

Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que

sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

Obsérvese que, existiendo la prohibición de la ***reformatio in pejus****, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.*

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada

permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…" [3]

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

"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.

En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.

En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos

[3] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"[4].

Esa misma Corporación indicó que:

"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.

El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"[5](Subrayado fuera de texto).

5.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *A quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que la defensora no se ocupó de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limitó a mencionar que el procesado padece de una serie de patologías que no eran compatibles con la vida en reclusión.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que de conformidad con el auto allegado por el juzgado de primer nivel, de fecha 24 de noviembre de 2016 (folio 153 a 154), en la actualidad el señor Martínez Martínez, goza del beneficio de libertad condicional, por lo que de todas formas, el recurso en mención aun de haber sido sustentado debidamente ha perdido su razón de ser, generándose de esa forma una tácita declinación de la alzada porque en la actualidad el procesado se encuentra disfrutando de un subrogado que es más favorable que el reclamado en su favor mediante el recurso de apelación.

De esta forma, no puede esta Colegiatura adoptar decisión diversa a declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensora del señor José William Martínez Martínez.

[4] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.
[5] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado la defensa del señor José William Martínez Martínez, contra la decisión tomada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira el 24 junio de 2014.

Segundo. Contra esta decisión procede recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

MANUEL YARZAGARY BANDERA
Magistrado

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

TEMAS: **RECURSO DE APELACIÓN / REQUISITOS / SUSTENTACIÓN / FINALIDAD Y FUNDAMENTOS / SE DECLARA DESIERTO / LESIONES PERSONALES DOLOSAS.**

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, contrario sensu confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión…

la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que:

"… Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso". (…)

… en el caso sub examine se observa que el apoderado de la víctima no atacó la providencia con razones jurídicas de peso, toda vez se limitó a mencionar que el procesado es quien debe responder por las lesiones sufridas por el señor Humberto Romero Suárez, quien pese a sus heridas logró defenderse de los ataque de su contrincante; es decir, no indicó cuáles fueron los errores en que incurrió el A quo, ni señaló las razones de su desacuerdo como era controvertir los argumentos que llevaron al fallador a absolver al señor MAAV.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, veinte (20) de marzo de dos mil veinte (2020)
Acta Nro. 273
Hora: 3:00 p.m.

Radicación	66088 60 00 062 2012 00337 01
Procesados	MAAV
Delito	Lesiones personales dolosas
Juzgado de conocimiento	Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Belén de Umbría, Risaralda
Asunto	Desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia absolutoria del 8 de noviembre de 2016

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima frente a la sentencia dictada por el Juzgado 1º Promiscuo

Municipal con Funciones de Conocimiento de Belén de Umbría, Risaralda, el 18 de noviembre de 2016, mediante la cual se resolvió absolver al señor MAAV por el delito de lesiones personales dolosas.

2. ANTECEDENTES

2.1. De conformidad con lo enunciado en el escrito de acusación, el supuesto fáctico es el siguiente:

> *"Mediante informe de Policía, conoció la Fiscalía Tres Local de Belén de Umbría de un hecho de riña recíproca entre los señores MAAV y ROMERO SUAREZ HUMBERTO, fueron capturados después de lesionarse mutuamente, hecho que tuvo ocurrencia el día 2 de julio de 2013 en la vereda los Ángeles de este Municipio.*
>
> *Como consecuencia de dicho hecho resultaron lesionados tanto el Señor MAAV como el Señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO, por tal motivo se iniciaron dos procesos de investigación, el radicado 660886000062201300337, donde es indiciado el señor MAAV y víctima el Señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO, y el radicado 660886000062201300550 donde es indiciado el señor MAAV y victima el Señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO. (Sic)*
>
> *Dentro del radicado 660886000062201300337 que hoy nos ocupa resultó lesionado el señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO, el cual recibió lesiones con arma corto contundente (machete) en uno de sus miembros superiores, víctima que acudió ante el médico legista para que le fuera dictaminada las lesiones sufridas con ocasión de la riña sostenida con el señor MAAV, profesional de Medicina que dictaminó las siguientes lesiones;*
>
> *En segundo reconocimiento médico legal de lesiones no fatales número UBBUMB-DSRS- 00045-2013, de fecha 22 de agosto de 2013, el Instituto De Medicina Legal Y Ciencias Forenses estableció que el Señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO obtuvo incapacidad definitiva de treinta y cinco (35) días, y como secuelas se estableció perdida funcional del órgano de la aprensión de carácter permanente por la amputación del primer dedo de la mano derecha.*
>
> *No se citó a conciliación conforme a lo establecido en el Artículo 522 del Código de Procedimiento Penal debido a que las lesiones dictaminadas por medicina legal no encajan en las establecidas en el artículo 74 ibídem, lo que significa que el delito no es querellable por lo tanto no se podrá conciliar.*
>
> *El día 23 de agosto de 2013 el Fiscal titular para esa fecha, trazó programa metodológico de la investigación y expidió órdenes a la policía judicial asignada al caso con el fin de establecer mediante elementos materiales probatorios la responsabilidad del hecho de "transito" (sic) y como consecuencia el responsable de las lesiones denunciadas.*
>
> *El día 16 de octubre de 2013 la policía judicial asignada al caso presentó informe de investigador de campo en el cual se le dio respuesta a lo lineado en el programa metodológico, informe que contiene entrevistas a testigos del hecho.*
>
> *Del resultado de la investigación consideró el despacho que existen elementos materiales probatorios suficientes que demuestran una posible responsabilidad en el hecho investigado para citar a imputación al señor MAAV.*
>
> *Dado lo anterior se procedió a solicitar a la judicatura, audiencia preliminar con el fin formularle imputación al Señor MAAV.*
>
> *La Fiscalía General de la Nación a través de la Fiscalía Tres Local de Belén de*

Umbría y ante el JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL CUMPLIENDO FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS IMPUTÓ cargos el día 27 de noviembre de 2013 al Señor MAAV identificado con la C.C. 9764381 como AUTOR y a título de DOLO de la conducta punible de LESIONES PERSONALES, contenido en el LIBRO SEGUNDO TITULO I DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL, CAPÍTULO TERCERO DE LAS LESIONES PERSONALES ARTICULO 111 LESIONES. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes. 112 inciso segundo, INCAPACIDAD PARA TRABAJAR O ENFERMEDAD. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de 90 días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. ARTICULO 116 PERDIDA ANATÓMICA O FUNCIONAL DE UN ÓRGANO O MIEMBRO Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa de treinta y tres punto treinta y tres (33.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómica del órgano o miembro.

No obstante lo anterior se debe tenerse (sic) en cuenta lo estatuido en el ARTÍCULO 117. UNIDAD PUNITIVA. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad.

En resumen a la pena que se enfrenta es a la establecida en el Artículo 116 inciso primero es decir de 96 a 180 meses.

Al Señor MAAV en el trámite de la audiencia de formulación de imputación se le hizo saber sobre los beneficios, ventajas y desventajas de aceptar o no los cargos explicándole que al no tratarse de una flagrancia tenía el derecho a un descuenta hasta del 50% de la pena a imponer en el caso de aceptar cargos, el señor MAAV decidió GUARDAR SILENCIO, frente a la imputación.

Este delegado de la Fiscalía <u>Acusa</u> a título de DOLO, al Señor MAAV, identificado con la cédula de ciudadanía 9764381 como AUTOR por el delito de LESIONES PERSONALES, en los términos fácticos y jurídicos narrados con anterioridad. Así las cosas, y atendiendo el contenido del artículo 336 del código de procedimiento penal, estando la fiscalía general de la nación dentro del término legal, se presenta ante el señor juez Promiscuo Municipal (reparto) de Belén de Umbría - Risaralda, escrito de acusación, con el fin de que se dé trámite citando a la audiencia de formulación de acusación audiencia preparatoria y a la audiencia de juicio oral, por cuanto existen elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida de la que se puede inferir razonablemente con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva investigada existió y que el Señor MAAV es el presunto responsable de la conducta punible de LESIONES PERSONALES, en perjuicio del bienestar físico y la integridad personal del Señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO DE JESUS, por lo tanto, se debe llamar a juicio."

2.2 El 27 de noviembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación en la que el delegado de la FGN le comunicó cargos al señor MAAV por la conducta punible de lesiones personales dolosas con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro previsto en los artículos 112 inciso 2º y 116 del Código Penal en concordancia con el artículo 117 *ibídem* (unidad punitiva). El imputado no aceptó dichos cargos (Fl. 72 frente y vuelto).

2.3 Las diligencias fueron radicadas en el Juzgado 1º Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Belén de Umbría el 25 de febrero de 2014 (Fl. 7). El

2 de abril de 2014, el delegado de la FGN le formuló acusación al señor MAAV (Fls. 10 y 11). Luego de que se aplazara en varias oportunidades la audiencia preparatoria (Fls. 18, 24, 27, 29, 32, 33, 34), esta se llevó a cabo el 12 de septiembre de 2016 (Fls. 36 y 37).

2.4. El juicio oral contra MAAV se realizó el 25 de octubre de 2016 en el que luego de los alegatos de conclusión, el juez anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio (Fls. 63 y 64).

2.5. La sentencia de carácter absolutorio fue proferida el 8 noviembre de 2016 (Fls. 66-71).

2.4. El apoderado de las víctimas apeló la sentencia de primera instancia.

3. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

Se trata de MAAV, identificado con cédula de ciudadanía No…, nacido el 12 de agosto de 1975, hijo de Gilberto Antonio Arango y María Rosilia Valencia, de ocupación agricultor (Fls. 54 y 55).

4. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON LOS RECURSOS.

4.1 El delegado de la Fiscalía General de la Nación no interpuso recurso de apelación

4.2. Apoderado de la víctima (único recurrente, sustentación oral)

- Consideró que el procesado fue quien inició la acción y es quien debe responder por las lesiones sufridas por el señor Humberto Romero, ya que este cuando se sintió agredido procedió a defenderse, por lo que no se puede alegar que hubo una duda razonable ni legítima defensa del investigado, sino que lo que existe es una agresión que la causó el procesado y no puede decirse que el señor Humberto Romero logró desarmarlo y dominarlo en su reacción de defensiva, y bien pudo con la mano o el dedo afectado realizar los movimientos pertinentes; por lo tanto, el fallo debe ser a que el procesado responda penalmente por las lesiones causadas al señor Humberto Romero, las cuales fueron dolosas.

4.3. El defensor (no recurrente)

- Solicitó que se declare desierto el recurso de apelación, toda vez que el apoderado de las víctimas no se ciñó a lo señalado en el artículo 179 de C.P.P.

- Consideró que el apoderado de las víctimas hizo una exposición escueta en lo que según su sentir, pudo haber ocurrido en el proceso. Es decir, no

atacó la parte argumentativa que el juez hizo para absolver a su defendido. De tal manera, que no determinó las razones que permitieran contrariar cada uno de los fundamentos del despacho, ni hubo un planteamiento serio que llevara a controvertir lo resuelto, ni lo indicado por el fallador.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

5.2 Problema jurídico a resolver

La Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el apoderado de la víctima debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado, y en caso de superar este examen, debe procederse a estudiar la viabilidad de modificar la decisión de primer nivel en lo que respecta a la absolución o no del señor MAAV en primera instancia.

5.3 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

5.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos. Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.*
>
> *En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.*
>
> *El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*

Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.

Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes

razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

Obsérvese que, existiendo la prohibición de la reformatio in pejus, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…"

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

> *"… Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.*
>
> *Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote)."*
>
> *En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.*
>
> *En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.*
>
> *En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó".* (Subrayado fuera del texto original)

Esa misma Corporación indicó que:

> *"No basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende. (…)*

"De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disentimiento, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio.

Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explicita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados" (Subrayado fuera de texto).

5.5 Del marco normativo y jurisprudencia antes citados, puede inferirse la obligación del recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación.

5.6. Sin embargo, en el caso *sub examine* se observa que el apoderado de la víctima no atacó la providencia con razones jurídicas de peso, toda vez se limitó a mencionar que el procesado es quien debe responder por las lesiones sufridas por el señor Humberto Romero Suárez, quien pese a sus heridas logró defenderse de los ataque de su contrincante; es decir, no indicó cuáles fueron los errores en que incurrió el *A quo*, ni señaló las razones de su desacuerdo como era controvertir los argumentos que llevaron al fallador a absolver al señor MAAV. Tampoco el apoderado de la víctima hizo mención a ninguna de las declaraciones que rindieron los testigos en aras de refutarlos. Es decir, el profesional del derecho impugnante no confrontó los argumentos del juzgado de conocimiento, ni sustentó adecuadamente porqué debe condenarse al señor MAAV, pues los fundamentos que arguyó fueron los que a su "sentir" el procesado era responsable de las lesiones, sin rebatir lo concluido por el juez de primer grado.

Así las cosas, esta Colegiatura negará el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima, debido a la insuficiente sustentación del mismo, conforme a lo señalado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el Auto del 2 de agosto de 2017, radicación No.50560, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, de la siguiente manera:

"… estima la Sala que en aquellos eventos en que media algún grado de sustentación del recurso de apelación, de considerarse ésta indebida o insuficiente, lo procedente no es la declaración de desierto que, como se dijo, solo contempla como medio de control el recurso de reposición, sino su rechazo o negación, a efectos de habilitar la posibilidad que la parte afectada interponga, si lo estima pertinente, el recurso de queja.

Lo anterior, por cuanto no resulta razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió. Ello por cuanto la declaratoria de desierto del recurso de alzada impide de plano que otro funcionario revise si, en efecto, los argumentos expuestos son insuficientes para activar la competencia de la segunda instancia.

Por ello, reitera la Sala, siempre que haya controversia en torno a si el impugnante cumplió con la carga de sustentación suficiente de la alzada, deberá denegarse esta con el propósito de permitir al interesado la interposición de queja, para que sea el superior jerárquico quien decida sobre la idoneidad de la fundamentación.

(…) ha dicho invariablemente la Sala, con el propósito de sustentar en debida forma el recurso no basta con manifestar de manera abstracta la inconformidad con el fallo o insistir en los argumentos expuestos en etapas previas de la actuación. Por el contrario, se requiere atacar los fundamentos de la providencia recurrida, pues solo de esta manera es posible para la segunda instancia abordar el ejercicio dialéctico respecto de su acierto y legalidad.

Por ende, si el apelante incumple la carga de sustentar en debida forma el recurso, el superior carece de competencia para pronunciarse sobre la decisión censurada, la cual está lógica y jurídicamente limitada a las razones de inconformidad del impugnante y a los asuntos inescindiblemente ligados a aquéllas. Bajo este panorama, acertó el Tribunal al dar por indebidamente sustentado el recurso de apelación interpuesto por el denunciante, pues a todas luces la genérica y gaseosa argumentación exhibida por el recurrente dista mucho de constituir un verdadero ataque a la providencia censurada." (Subrayas fuera del texto original)

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el recurso de apelación presentado el abogado Manuel Guillermo Moreno Corchuelo, apoderado judicial de la víctima, señor Humberto Romero Suárez en contra la decisión tomada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Belén de Umbría, Risaralda, el 8 de noviembre de 2016.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede recurso de queja, para lo cual se concede un término de tres (3) días contados a partir de la fecha de notificación que por medio electrónico se hará de la misma y en caso de formularlo, el recurrente deberá cumplir lo dispuesto en el artículo 179 y siguientes del C.P.P.

TERCERO: Notifíquese esta providencia a todas las partes por correo electrónico, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 *"Por el cual se complementan las medidas transitorias de salubridad pública adoptadas mediante el Acuerdo 11517 de 2020*" emitido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia:	Auto – 18 de julio de 2018
Proceso:	Penal
Radicación Nro.:	666826 0000 48 2012 00426 03
Delito:	Hurto calificado y agravado
Procesado:	RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ RESTREPO
Magistrado Ponente:	JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

TEMA: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO / APELACIÓN / CARGA DE SUSTENTACIÓN / PRINCIPIO DE CARIDAD / ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS / ES PROCEDENTE PARA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL EN PERIODO DE PRUEBA /

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

5.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, contrario sensu confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del Ad-quem se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

(…)

Sin embargo, al invocar el recurrente que por vía de segunda instancia: *"se dosifique hasta en otro tanto el proceso acumulatorio de las dos condenas"*, se puede entender aplicando el *"principio de caridad"*, que el censor considera que el juez de primer grado le debió haber aplicado un incremento de 36 meses de prisión, equivalente a la mitad de la pena que se le fijó por el delito de hurto calificado, y no de 47 meses, como se señaló en la providencia recurrida y podría considerarse que por su situación de lego en materias jurídicas, tal afirmación podría ser tomada como la argumentación del recurso propuesto contra la providencia en mención, donde se le fijó una pena definitiva de 185 meses de prisión por los dos procesos en los que fue sentenciado…

(…)

Sin embargo, se puede considerar que en virtud del período de prueba otorgado para el cumplimiento definitivo de la citada pena, esta no se puede considerar como "ejecutada", para los efectos previstos en el artículo 460 del C .P., por lo cual era procedente la decisión de acumulación que adoptó el A quo, para fijar la pena definitiva por vía de acumulación en 185 meses de prisión (incluyendo el proceso referido por el cual ya fue excarcelado el señor Hernández), que fue incrementada en 47 meses de prisión, invocando para el efecto las reglas del artículo 31 del C.P., lo que significó una disminución de la sanción en 25 meses que se considera proporcional por esta Colegiatura, teniendo en cuenta que el segundo delito (hurto calificado agravado), fue cometido con posterioridad a la comisión de las conductas punibles de porte ilegal de armas y falsedad material en documento público, por las cuales fue sentenciado el señor Hernández el 18 de marzo de 2014, por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta ciudad.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Acta Nro. 592

Hora: 3:50

1. ASUNTO A DECIDIR

Se entra a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el señor Rubén Darío Hernández Restrepo contra la decisión del 10 de mayo de 2017 del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, que decidió su solicitud de acumulación jurídica de penas.

2. ANTECEDENTES

2.1 Según el auto que fue objeto del presente recurso, señor Rubén Darío Hernández Restrepo presenta dos sentencias condenatorias en su contra, así:

2.1.1 Sentencia del 18 de marzo de 2014 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la que se le impuso la pena principal de 138 meses de prisión[1].

2.1.2 Sentencia del 3 de febrero de 2014 proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, mediante la cual fue condenado por los punibles de hurto calificado y agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a la pena principal de 72 meses de prisión. [2]

2.2 Mediante auto del 10 de mayo de 2017[3], el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, accedió a acumular jurídicamente las penas antes referidas, correspondientes a los radicados 2-34009 y 2017 35435.

En consecuencia le impuso una pena definitiva de 185 meses de prisión al señor Hernández Restrepo, quien interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra esa providencia.

---

[1] Folios 2 a 9 C. Original
[2] Folios 1 a 15 C. Ejecución de Penas.
[3] Folios 16 18 C. original.

2.3 El recurso horizontal se decidió el 12 de julio de 2017. No se repuso la decisión recurrida y se concedió de manera subsidiaria el recurso de apelación[4].

3. SOBRE LA DECISION DE PRIMERA INSTANCIA[5]

3.1 (Sinopsis)

- La figura jurídica de la acumulación jurídica de penas está contemplada en el artículo 460 de la ley 906 de 2004, y tiene como objetivo que el juez encargado de la vigilancia de la sanción realice una redosificaclón de las sanciones estableciendo una sola para todos los procesos, siguiendo los lineamientos señalados para la cuantificación de la pena en los casos de concurso de conductas punibles (art. 31 Código Penal).

- La acumulación solicitada por el procesado resulta procedente ya que ninguno de los delitos por los que fue condenado el señor Hernández Restrepo fue cometido con posterioridad al proferimiento de alguna de las sentencias que se solicita acumular; no se trata de penas que ya se encuentren ejecutadas y las ilicitudes no se cometieron durante el tiempo que el condenado ha estado privado de su libertad.

- La primera de las decisiones proferidas contra el procesado (que se entiende es la sentencia dictada el 3 de febrero de 2013, por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, por la conducta punible hurto calificado y agravado, se encuentra suspendida, debido a que al procesado le fue concedida la libertad condicional el 9 de diciembre de 2016, por lo cual se podría pensar que el pedimento de acumulación sería impropio, ya que el tiempo que le resta por descontar sería de 11 meses y 8.5 días, que no debe purgar de manera física y efectuar la acumulación sería desfavorable para sus intereses, ya que al sumar las penas impuestas entraría el período de prueba que se le impuso, que no debe descontar en prisión intramural.

- Para decidir si la acumulación jurídica de penas que solicita el procesado resulta favorable a sus intereses, se debe tener en cuenta que la suma aritmética de las sanciones impuestas al sentenciado arroja un total de 210 meses de prisión, al que se le deben descontar: i) 60 meses y 21.5 días de prisión, correspondientes al tiempo de

[4] C. Principal Folios 30 a 32
[5] C. Original I Folios 17 a 18

detención física del proceso con radicado 2016- 34009; y ii) 5 meses y un día, más 39.5 días reconocidos por redención de pena dentro del radicado 2017 -345435 61017.

- De accederse a su solicitud, la pena que debe descontar el incriminado sería de 185 meses de prisión (138 meses por el proceso 2017-35435 y 47 meses por la causa 2016-34009).

- A este guarismo se le deben descontar los 67 meses y 2 días de redención purgados a la fecha de la decisión, por lo cual el período de pena pendiente de ejecutar sería de 117 meses y 28 días, que es inferior a los 138 meses que tendía que purgar por la sentencia proferida dentro del proceso 2017-35435, de no accederse a la acumulación.

- Así las cosas, y pese a que en la sumatoria se incluyó el período de 11 meses y 8.5 días, que el sentenciado no estaba obligado a purgar físicamente, en razón del proceso con radicado 2016-34009, le resulta más favorable la opción de la acumulación jurídica de penas.

- Para determinar la sanción a imponer, y con base en el artículo 31 del CP, el *A quo* partió de la pena más grave correspondiente a la de 138 meses de prisión, impuesta dentro del radicado 2017 – 35435 que fue de 138 meses de prisión, la cual aumentó en 47 meses por la condena proferida dentro del proceso 2016-34009, arrojando un total de 185 meses de prisión, extensivo a la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

3.2 Al resolver el recurso horizontal[6], el juez de conocimiento consideró: i) que el procesado no había manifestado ningún argumento dirigido a controvertir lo decidido en materia de acumulación jurídica de penas; y ii) no había lugar a pronunciarse sobre las solicitudes de prisión domiciliaria y concesión del permiso de 72 horas, que no fueron examinadas en la providencia recurrida. En consecuencia no repuso su decisión inicial y concedió el recurso vertical.

4. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO

El señor Ruben Darío Hernández Restrepo interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, con base en los siguientes argumentos:

[6] Folios 30 a 31 C, Original.

- Pidió que se revisara con más detalle la dosificación realizada mediante la acumulación jurídica de los procesos con radicados No. 2016-34009, No. 2017-35345, ya que pese a que fue generosa la sanción que le fue impuesta por el A quo, se debe tener en cuenta la precaria situación económica por la que atraviesa, ya que tiene a su cargo a su padre y sus dos hijos menores de edad.

- Adujo que las actuaciones que se adelantaron en su contra fueron anteriores a la entrada en vigencia de la ley 1709 de 2014, y además presenta una conducta ejemplar en el proceso resocializador al interior del centro carcelario.

- Solicitó que se i) dosifique hasta en otro tanto el proceso acumulativo de las dos condenas, a su vez, ii) la posibilidad de concederle la sustitución de la medida por detención domiciliaria de conformidad con el articulo 314 numeral 5º del CPP; y iii) se le conceda el beneficio administrativo que dispone el artículo 147 de la ley 65 de 1993 (el permiso de 72 horas).

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

En términos de lo señalado en el artículo 34 numeral 6º de la Ley 906 de 2004 esta Corporación es competente para pronunciarse en segunda instancia en el presente asunto.

5.2 Problema jurídico a resolver

La Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el señor Rubén Darío Hernández Restrepo debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado, y en caso de superar este examen, debe procederse a estudiar el grado de acierto de la decisión de primera instancia.

5.3 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

5.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.*
>
> *En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.*
>
> *El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*
>
> *Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.*
>
> *Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.*
>
> *Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.*
>
> *También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.*
>
> *El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.*

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el

recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

Obsérvese que, existiendo la prohibición de la reformatio in pejus, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…" [7]

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

"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos

[7] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.

En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.

En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"[8]*.*

Esa misma Corporación indicó que:

"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.

[8] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.

El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"[9](Subrayado fuera de texto).

5.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cuál o cuáles son los errores en que incurrió el *A quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que el señor Rubén Darío Hernández menciona las condiciones económicas de su hogar, lo relacionado con el estado de salud de su progenitor y la responsabilidad que tiene frente a sus hijos y que ha contado con una conducta ejemplar durante el tiempo del proceso resocializador, realizando incluso solicitudes diferentes a la que era materia de estudio.

Vale la pena señalar que el señor Hernández Restrepo dentro de sus argumentaciones incluso reconoció que la pena impuesta por el *A quo* mediante la acumulación era generosa, y de las demás manifestaciones realizadas en el escrito de impugnación, no se desprenden otros motivos de inconformidad del procesado respecto a la decisión recurrida, salvo su expresión en el sentido de que se "*dosifique hasta otro tanto el proceso acumulado de las dos condenadas*",

En consecuencia esta Colegiatura en principio debería declarar desierto el recurso propuesto por el señor Rubén Hernández Restrepo.

5.6 Sin embargo, al invocar el recurrente que por vía de segunda instancia: *"se dosifique hasta en otro tanto el proceso acumulatorio de las dos condenas",* se puede entender aplicando el "principio de caridad", que el censor considera que el juez de primer grado le debió haber aplicado un incremento de 36 meses de prisión, equivalente a la mitad de la pena que se le fijó por el delito de hurto calificado, y no de 47 meses, como se señaló en la providencia recurrida y podría considerarse que por su situación de lego en materias jurídicas, tal afirmación podría ser tomada como la argumentación del recurso propuesto contra la providencia en mención, donde se le fijó una pena definitiva de 185 meses de prisión por los dos procesos en los que fue sentenciado, lo que conduce a hacer las siguientes precisiones:

[9] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

5.6.2 Al haberle concedido libertad condicional al señor Hernández por el proceso tramitado en el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, donde se le fijó una pena de 72 meses de prisión por los delitos de porte ilegal de armas y hurto calificado agravado, bajo un período de prueba de 11 meses y 8.5 días, se entiende que en sentido real la única pena que estaba descontando el procesado para la fecha de la decisión recurrida, era la de 138 meses de prisión, que le impuso el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira el 18 de marzo de 2014, por las conductas punibles de porte ilegal de armas de fuego y falsedad material en documento público.

A esta sanción se le debían reducir 6 meses 10.5 días, por razón del tiempo de internación y por redención de pena o sea que para ese momento, el señor Hernández (salvo redenciones posteriores), debía permanecer en reclusión 131 meses y 19.5 días.

5.6.3 En ese sentido se debe entender que resulta necesario el pronunciamiento de esta Sala, siendo flexibles en lo relativo a la sustentación del recurso propuesto, ya que en principio puede aparecer ajeno a las normas que regulan la materia, que a una pena se le acumule otra que en sentido estricto no se está cumpliendo, como ocurre en el presente caso con la sanción de pena de 72 meses de prisión que se había impuesto al señor Hernández por la conducta de hurto calificado, por la cual goza de libertad condicional desde el 9 de diciembre de 2016.

5.6.4 Sin embargo, se puede considerar que en virtud del período de prueba otorgado para el cumplimiento definitivo de la citada pena, esta no se puede considerar como “ejecutada”, para los efectos previstos en el artículo 460 del C .P., por lo cual era procedente la decisión de acumulación que adoptó el *A quo,* para fijar la pena definitiva por vía de acumulación en 185 meses de prisión (incluyendo el proceso referido por el cual ya fue excarcelado el señor Hernández), que fue incrementada en 47 meses de prisión, invocando para el efecto las reglas del artículo 31 del C.P., lo que significó una disminución de la sanción en 25 meses que se considera proporcional por esta Colegiatura, teniendo en cuenta que el segundo delito (hurto calificado agravado), fue cometido con posterioridad a la comisión de las conductas punibles de porte ilegal de armas y falsedad material en documento público, por las cuales fue sentenciado el señor Hernández el 18 de marzo de 2014, por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta ciudad.

5.6.5 Se afirma lo anterior porque de no haberse ordenado tal acumulación, quedaría vigente solamente la pena que actualmente purga el señor Hernández de 138 meses de prisión por el concurso de delitos de porte ilegal de armas y falsedad en documento público, lo que implicaría un mayor tiempo de privación de la libertad del procesado para acceder a beneficios en la fase de ejecución de la pena, conforme al siguiente análisis:

5.6.6 El artículo 38G del CP, adicionado por el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014, permite sustituir la prisión intramural por la domiciliara cuando el sentenciado "*haya cumplido la mitad de la pena",* y concurran los requisitos de los numerales 3º y 4º del artículo 38 B del mismo estatuto.

5.6.7 Por su parte el artículo 64 *ibídem,* otorga la oportunidad de acceder a la libertad condicional, cuando se han cumplido las 3/5 partes de la pena y se cumplen los demás requisitos previstos en esa norma.

5.7 En ese orden de ideas, como los delitos por los cuales se encuentra descontando pena actualmente el procesado, que son los de porte ilegal de armas y falsedad material en documento público no se encuentran excluidos para la concesión de esos beneficios, lo que se desprende del tenor literal de los articulo 38G y 68 A del C.P., se puede concluir que de no haberse acumulado las penas que debe descontar el ciudadano Hernández, este podría acceder al primer beneficio (prisión domiciliaria), al descontar la mitad de 138 meses de prisión, o sea 69 meses, y al segundo (libertad condicional), al alcanzar 92 meses de prisión, si se tiene en cuenta la sanción impuesta por las citadas conductas punibles.

5.7.1 Sin embargo si se mantiene vigente la tasación punitiva hecha en la providencia recurrida, y teniendo en cuenta la fecha de esa decisión, para acceder a la prisión domiciliaria el señor Hernández debería permanecer en reclusión el equivalente a la mitad de 185 meses de prisión, o sea 92 meses 15 días de los cuales ha descontado 66 meses 24 días, por lo cual le faltarían 25 meses con 24 días para acceder a ese beneficio y para la libertad condicional debería cumplir 123 meses 10 días, pero al restar el tiempo de internación le faltarían 56 meses y 16 para lograr su excarcelación, lo cual resulta ser más favorable para sus intereses.

5.7.2 En atención a estas razones, la Sala confirmará la providencia recurrida, en lo que fue objeto de impugnación, ya que pese al hecho de haberse acumulado una pena que el procesado ya no estaba descontando, la decisión tomada por el *A quo,* en ese sentido resultó ser favorable para los intereses del procesado y además se considera proporcional el incremento punitivo que hizo el juez de primer grado, al unificar la pena que este debe cumplir.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el juez cuarto de ejecución de penas y medidas de seguridad de Pereira dentro del presente proceso, en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto - 27 de julio de 2017
Proceso: Penal – Declara desierto recurso de apelación
Radicación Nro. : 66001221800020160000800
Procesado: MARIO MOSQUERA IBARGUEN
Magistrado Ponente: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Temas: **INDEBIDA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.** [E]l señor juez de conocimiento debió haber declarado de plano desierto el recurso por absoluta falta de sustentación, sin dar más largas al asunto y sin permitir que llegara a esta instancia con miras a efectuarse un pronunciamiento que era evidente. Y es que no podía ser de otra manera, porque los dos argumentos esgrimidos en contra de la providencia que puso fin al incidente de reparación integral, eran inadmisible. El primero, la ausencia de capacidad económica, porque -como ya se dijo- ello nada tiene que ver en el debate acerca de la existencia del daño y su cuantificación; y el segundo, la no prueba de los perjuicios materiales, porque es sabido que dentro de las pretensiones de la demanda por parte de la apodera de víctima, no estaba ninguna reclamación por perjuicios de esa clase, sino únicamente existía una reclamación por perjuicios morales, de suerte que era abiertamente impertinente hacer referencia a algo que no se estaba cobrando.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017)

ACTA DE APROBACIÓN No 738
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	Julio 28 de 2017, 9:34 a.m.
Imputado:	Mario Mosquera Ibarguen
Cédula de ciudadanía:	10.059.945 expedida en Pereira (Rda.)
Delito:	Homicidio
Víctima:	Luis Alexánder Cortés Rocha
Procedencia:	Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.) funciones de conocimiento.
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de mayo 31 de 2017, por medio de la cual se puso término al incidente de reparación integral de perjuicios. DECLARA DESIERTO el recurso por indebida sustentación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

1.1.- Con fecha agosto 02 del año próximo pasado, el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta capital condenó al procesado **MARIO MOSQUERA IBARGUEN** en calidad de autor por el homicidio en la persona que en vida respondía al nombre de LUIS ALEXÁNDER ROCHA.

1.2.- A consecuencia de lo anterior, y una vez en firme el fallo, el señor JOSÉ HERNEY CORTÉS ARIAS, en su condición de tío del occiso, se constituyó como víctima al sostener que había sido la persona quien junto con sus padres se encargaron de la crianza de LUIS ALEXÁNDER ROCHA, toda que su hermano no respondió por su sobrino. Y aclaró que al fallecer sus padres, o sea los abuelos del occiso, él se hizo cargo de su cuidado no obstante la difícil situación en que se encontraba como quiera que permanecía en la calle a consecuencia del consumo de estupefacientes.

1.3.- La demanda de reclamación de perjuicios presentada por la apoderada de la víctima se hizo consistir, única y exclusivamente, en la reclamación de perjuicios morales, y su tasación la dejó al arbitrio del señor juez.

1.4.- El titular del juzgado, luego de analizar el referido parentesco y valorar positivamente la afectación que sufrió el tío por causa del deceso violento de su sobrino, con respecto del cual hubo un lazo de unión importante como quiera que le había correspondido su crianza, tasó el daño moral subjetivado en cuantía de 25 s.m.l.m.v. al valor correspondiente al año de ocurrencia del hecho (2015), lo que representaba un monto equivalente a $16'108.750.oo. Las costas se fijaron a cargo del incidentado.

1.5.- Puesta la decisión en conocimiento de las partes presentes en la audiencia, la defensa se mostró inconforme e interpuso recurso de apelación, no así la apoderada de la víctima. El señora juez decidió conceder el recurso en el efecto suspensivo con la remisión de los correspondientes registros a esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

2.- Para resolver, se considera

La Sala dirá desde ya que declarará desierto el recurso en cuanto la sustentación ofrecida ante la primera instancia no colma las exigencias requeridas.

Como es sabido, para el surgimiento de la competencia funcional en segunda instancia, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) la

interposición oportuna del recurso de apelación en forma principal o subsidiaria; (ii) que la impugnación sea interpuesta por un sujeto procesal habilitado para el efecto; (iii) que la providencia contra la cual se interpone admita esa clase de impugnación; pero además (iv) que la parte inconforme presente ADECUADA SUSTENTACIÓN que dé al superior las bases suficientes para confrontar la posición del inconforme frente aquella asumida por el inferior, porque se trata de la oportunidad única en que debe dar a conocer al ad quem los elementos de juicio en que se funda la censura.

No se trata de una requisitoria meramente formal, sino de la razón de ser del principio de la doble instancia, por cuanto no se puede pretender el examen de una decisión judicial que se presume ajustada a derecho, sin exponer los motivos que se tienen para el disenso.

Con la Ley 2ª de 1984 se formalizó como exigencia legal la sustentación del recurso, y conforme a ese dispositivo doctrina y jurisprudencia han coincidido en moldear sus límites, para cuyo efecto se ha decantado lo siguiente:

> "Sustentar un recurso no significa lanzar apreciaciones de carácter general o ecuménicas, o calificaciones abstractas o vagas, o meramente corticales. No, el escrito de apelación para que merezca el nombre de tal, debe contener la pertinente crítica jurídica o probatoria mediante los correspondientes juicios de valor y los atinentes predicados axiológicos y conceptuales, de tal manera que a los planteamientos del proveído protestado se opongan razonamientos de similar peso; a sus inferencias y reflexiones otros tantos juicios combatan, contradigan o refuten el discurso dialéctico contenido en la respectiva providencia judicial. Sólo así cabe entender la naturaleza y finalidad del recurso de apelación"[1]

Significa entonces, que no suplen el requisito de la sustentación expresiones abstractas que por su imprecisión y vaguedad no expresan ni siquiera implícitamente las razones o motivos de disenso.

En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue la defensa, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, puesto que se limitó a expresar que su representado no tenía dinero para pagar la suma que había sido impuesta como perjuicios de índole moral. Afirmación que desde luego no tiene nada que ver con los motivos aducidos en la sentencia civil para efectos de declarar no solo la existencia del daño sino su cuantificación.

---

[1] TORRES CALERO, Miguel Angel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, Código de Procedimiento Penal. Segunda Edición, 1990, Tomo I, Editora Jurídica Colombiana, pg. 423.

Pero la situación fue aún más patética en cuanto a la absoluta falta de sustentación del recurso, porque mírese textualmente lo ocurrido en la instancia:

Al concedérsele el uso de la palabra a la defensora con miras a sustentar el recurso de apelación, dijo textualmente: "No es posible reparar económicamente al familiar de la víctima en forma dineraria, porque mi defendido en estos momentos no cuenta con los recursos para hacer efectivo". Ante esas singulares expresiones, el señor juez de la causa interrumpió a la profesional para pedirle que entrara en concreto a hacer la sustentación, y lo que a continuación hizo la defensora, fue insistir en los siguientes términos: "Mi representado no tiene el dinero en este momento para cancelar la suma a la que fue condenado, y como ya se había dicho, solo cuenta con una pensión y saca unos dineros para una demanda alimentaria que el mismo tiene. Por tanto, mediante este recurso solicito al superior la exoneración del pago de este dinero. No es más su señoría".

Concedida la palabra a la apoderada de la víctima como no recurrente, solicitó se confirmara el proveído por parte del Tribunal, porque los perjuicios morales quedaron establecidos con lo manifestado por la víctima, y con las pruebas documentales con las cuales se comprobó su calidad de afectado.

A continuación, el señor juez de instancia sostuvo que lo expuesto por la apoderada del sentenciado no guarda relación con lo sostenido en el fallo, porque lo que se debe atacar es el contenido de la decisión, sus fundamentos legales, y la falta de capacidad de pago del condenado no es motivo para la exoneración de responsabilidad, porque como lo ha dicho la jurisprudencia, el delito es una fuente de obligaciones, y no es el hecho de la falta de capacidad de pago lo que podría generar la exoneración que se pide.

A continuación, el funcionario a quo, de una manera laxa, le concedió de nuevo otra oportunidad más a la defensora para que argumentara en debida forma la apelación, y lo que hizo la apoderada fue expresar: "Los daños materiales no fueron probados tampoco y creo que es fundamental que se hubiere probado eso para poder dar una suma dineraria. No hay más para decir".

No obstante lo dicho, el juez de conocimiento afirmó que el despacho encontraba muy pobre esa sustentación para enviarla al Tribunal, pero "para no generar una falta al derecho de defensa, el despacho le concede esa alzada". Por su parte, al concedérsele de nuevo el uso de la palabra a la apoderada de la víctima como no recurrente, insistió en que la determinación debía ser confirmada, y aclaró que ella solo solicitó en su pretensión el pago de perjuicios morales, no los materiales, a consecuencia de lo cual así fueron tasados. De allí que estima que no hay fundamento para la apelación.

Lo que concluye la Corporación de esa secuencia, es que el señor juez de conocimiento debió haber declarado de plano desierto el recurso por absoluta falta de sustentación, sin dar más largas al asunto y sin permitir que llegara a esta instancia con miras a efectuarse un pronunciamiento que era evidente.

Y es que no podía ser de otra manera, porque los dos argumentos esgrimidos en contra de la providencia que puso fin al incidente de reparación integral, eran inadmisible. El primero, la ausencia de capacidad económica, porque -como ya se dijo- ello nada tiene que ver en el debate acerca de la existencia del daño y su cuantificación; y el segundo, la no prueba de los perjuicios materiales, porque es sabido que dentro de las pretensiones de la demanda por parte de la apodera de víctima, no estaba ninguna reclamación por perjuicios de esa clase, sino únicamente existía una reclamación por perjuicios morales, de suerte que era abiertamente impertinente hacer referencia a algo que no se estaba cobrando.

Así las cosas, la Sala desestima los argumentos presentados por la parte inconforme, y está en el deber de declarar desierto el recurso.

3.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación que fuera interpuesto por la apoderada que representa los intereses del procesado, y en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso oportunamente interpuesto.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición que de interponerse debe hacerse dentro del presente acto público y en forma oral.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

TEMAS: NULIDAD PROCESAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / JUEZ NATURAL / CONVALIDACIÓN DEL VICIO / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / PRINCIPIO DE CARIDAD.

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone un recurso exprese ante el superior funcional los motivos de su inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, contrario sensu confiere al apelante la oportunidad de exponer sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente la decisión del Ad-quem se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos. (…)

… esta Colegiatura considera que hay lugar a pronunciarse sobre el recurso propuesto, tomando como base la solicitud de la defensora del señor HAM, porque en la parte final de su intervención como impugnante pidió que se tuvieran en cuenta los argumentos que expuso al fundamentar su solicitud de nulidad y en consecuencia y para poner fin a la discusión jurídica que la censora ya ha propuesto en varios escenarios, sobre el mismo tema que invocó, se acudirá al llamado "principio de caridad", referido en la decisión CSJ SP del 9 de septiembre de 2015, radicado 46235…

Con respecto al fundamento de la causal de nulidad reclamada por la recurrente, la misma se basa en el hecho de que las audiencias preliminares celebradas dentro del trámite de la referencia el 13 de febrero del año en curso, se llevaron a cabo ante al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, cuando en opinión de la impugnante se debieron haber realizado en Santa Rosa de Cabal donde ocurrieron los hechos investigados.

En consecuencia su pretensión se fundamenta en la presunta violación del principio del juez natural, con efectos sobre los derechos al debido proceso y el derecho de defensa, por lo cual en su criterio se generó la causal de nulidad prevista en el artículo 457 del CPP…

… esta Sala considera que pese a que los sucesos investigados ocurrieron en Santa Rosa de Cabal, el hecho de que el juez 2º penal municipal con funciones de control de garantías de Pereira hubiera asumido la competencia para celebrar las audiencias preliminares radicadas por parte del Fiscal 28 Seccional contra el señor HAM, no generó ninguna vulneración de las garantías al debido proceso y al derecho de defensa que le asiste al procesado, máxime si su misma defensora convalidó la decisión del juez de garantías de asumir el conocimiento de esas audiencias preliminares, por lo cual resulta aplicable el citado principio que se conoce también como de subsanación o integración.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1028 del doce (12) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)
Pereira, trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)
Hora: 10:14 a.m.

ASUNTO A DECIDIR

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensora del señor HAM contra el auto del 13 de septiembre de 2019 del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, por medio del cual se negó una solicitud de nulidad que presentó en la audiencia de formulación de acusación.

2. ANTECEDENTES

2.1 El supuesto fáctico del escrito de acusación es el siguiente:

> *“ En cumplimiento de las órdenes a la policía judicial expedidas por la Fiscalía 28 Seccional de Pereira dentro de la investigación radicada bajo el No 660016008785 201600041, en contra de HAM - contratista, CARM - Secretario de Gobierno y LAMT - Alcalde Municipal por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, el investigador del C.T.I JOSÉ IGNACIO ARIAS CIRO procedió el día 06 de octubre de 2017 a realizar inspección a lugares en la oficina de archivo de la alcaldía municipal de Santa Rosa de Cabal, encontrando que las personas antes mencionadas celebraron el contrato No.291 del 03 de diciembre de 2008 por un valor de $10.300.000, cuyo objeto fue el "ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN A 100 AGENTES DE POLICÍA QUE APOYARÁN LA SEGURIDAD EN EL MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE CABAL DURANTE EL MES DE DICIEMBRE". Es así, que el investigador al revisar dicho contrato, cuyo soporte documental constaba de 15 folios, denotó que esté no cumplía con los requisitos legales y además no presentaba soportes que probaran la ejecución.*
>
> *En desarrollo de los actos de indagación ordenados por éste delegado, el investigador obtuvo que: (…)*
>
> *Este contrato, que es AUTÉNTICO, en su minuta tiene un CONTENIDO FALSO, puesto que el CONTRATO se elaboró para nunca ser CUMPLIDO, constituyéndose de esta manera en una ficción para ocasionar un detrimento patrimonial al ya golpeado, municipio de Santa Rosa de Cabal, en cuantía de $10.300.000*
>
> *El 03 de diciembre de 2008 CARLOS ALBERTO RAMÍREZ MORALES, designado como INTERVENTOR del CONTRATO, suscribe junto con el señor HAM el Acta de Inicio del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 291/2008 y el 12 de diciembre de 2008 las mismas personas suscriben el ACTA ÚNICA DE PAGO en la que refieren que se inició el 03/12/2008 y terminó el 17/12/2008 -LO QUE ES FALSO puesto que el CONTRATO se celebró para NUNCA SER EJECUTADO-. Igualmente todo lo allí consignado es una ficción.*
>
> *Con base en estos documentos antes referidos, a HAM se le libró ORDEN DE PAGO No. 0000001857 del 12/12/2008 por el valor del CONTRATO $10.300.000 y este aparece COBRANDO el valor de un CONTRATO que NUNCA SE EJECUTÓ.*
>
> *El acta de inicio y acta única de pago no fueron firmadas por el contratista, y no existen soportes que prueben la ejecución del contrato, a lo que se le suma que el Departamento de Policía de Risaralda informó que se constató de acuerdo a los inventarios documentales en medio físico y magnético, que no se encontró antecedente que permita evidenciar la estadía de personal del FUCUR u otro grupo operativo en el municipio de Santa Rosa de Cabal para apoyar la seguridad en el mes de diciembre del año 2008. Además, la Unidad Nacional de Intervención Policial y de Antiterrorismo - Dirección de Seguridad Ciudadana de la Policía Nacional, también informó que no existe ningún soporte relacionado con anotaciones que evidencien que algún personal del FUCUR se desplazó o pernoctó en el municipio de Santa Rosa de Cabal durante el mes de diciembre de 2008.*

Los estudios previos al no cumplir con los requisitos exigidos por el Decreto 2474 de 2008 y el Manual de Contratación de la Alcaldía de Santa Rosa de Cabal, conlleva a desconocer el Principio de Transparencia por falta de motivación detallada (Ley 80, 1993, art. 24.7).

A lo anterior, se suma que no existe documento que permita determinar el número de raciones de alimentos que se suministraría por día a cada miembro de la policía, ni el valor del alojamiento para los 100 uniformados.

Ahora bien, el valor de dicho contrato fue de $10.300.000 por prestar el servicio de alojamiento y alimentación, el cual fue ejecutado en 10 días según acta única de pago.

De acuerdo a lo anterior, si eran 100 agentes de policía los beneficiados con el objeto contractual, el contratista cobro $1.030.000 por día, lo que implica que el costo diario por uniformado de la policía fue de $10.300 por concepto de alimentación y hospedaje, lo que es ilógico respecto a los contratos No. 235 y 251 de 2008 que se investigan bajo la noticia No 660016000878520160041, los cuales fueron celebrados con el mismo contratista, en donde el costo diario de sólo alimentación por cada policía ascendía a $13.500.

Adicionalmente se logró determinar que HAM identificado con cédula de ciudadanía No.18.598.206 no ejercía ninguna actividad comercial al momento de la celebración del contrato, y así lo evidencian los documentos que indican que el día 03 de septiembre de 2008 canceló en la Cámara de Comercio de Santa Rosa de Cabal la matrícula mercantil No. 24625 del establecimiento comercial "Restaurante y Piqueteadero Ricuras" y la matrícula No.24624 como persona natural, argumentando que en la actualidad no se ocupaba de actividades que la ley consideraba mercantiles. Canceló matricula 3 meses antes de celebrar el contrato..."

2.2.1 Con base en ese contexto fáctico la FGN formuló acusación contra el señor HAM, como *interviniente,* por los delitos de "contrato sin cumplimiento de requisitos legales"; peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público (con la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58, numerales 1 y 10 del CP)[1]

2.2 Las audiencias preliminares se celebraron el 13 de febrero de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, acto en el cual la FGN le comunicó cargos al señor HAM por los delitos de peculado por apropiación y celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, los cuales no aceptó. Al procesado se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.[2]

2.4 El conocimiento de la investigación lo asumió el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal[3]. La audiencia de formulación de acusación fue instalada el 20 de agosto de 2019[4] y continuó el 13 de septiembre del año que avanza, en dicha oportunidad la abogada que presenta los intereses del acusado presentó una solicitud de nulidad de toda la actuación[5]

3. SOBRE LA SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD.

[1] Folios 1 a 21
[2] Folio 22 Fte y vto
[3] Folio 23
[4] Folios 38 a 40
[5] Folio 46

3.1 La defensora del señor HAM pidió que se dejara sin efectos todo lo actuado en este proceso, a partir de las audiencias preliminares, con base en los siguientes antecedentes: i) se debían restablecer las garantías procesales vulneradas a su defendido para que pueda afrontar un juicio oral en condiciones de igualdad, haciendo efectivo los principios del derecho al debido proceso y la defensa técnica, que le fueron sido desconocidos a su mandante desde la realización de las audiencias preliminares, para lo cual hizo referencia a la relación existente entre los fundamentos constitucionales y el derecho penal; ii) el 12 de febrero de 2019 la FGN solicitó ante el Juez Primero Penal Municipal con control de garantías que se librara orden de captura en contra del señor HAM, quien para esa época se desempeñaba como alcalde del municipio de Santa Rosa de Cabal, la cual se hizo efectiva al día siguiente en dicha localidad, motivo por el cual la Fiscalía 28 Seccional de la Unidad Especializada de la Administración Pública, radicó la solicitud de las audiencias preliminares en el Centro de Servicios Judiciales de Pereira; iii) esas diligencias fueron asignadas al Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, para que realizara las respectivas audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento; iv) una vez se instaló la audiencia de legalización de captura, le advirtió al juez con funciones de control de garantías que los hechos materia de investigación habían acontecido en Santa Rosa de Cabal, y que en atención a lo dispuesto en los artículos 39 y 43 del CPP, esas diligencias debían ser tramitadas en esa municipalidad; v) el fiscal dijo que había radicado las audiencias en esta localidad ante la falta de garantías personales y jurídicas en Santa Rosa de Cabal, sin allegar ninguna prueba al respecto; vi) el juez de garantías aplicó la excepción de la norma procedimental y asumió la competencia para conocer de la actuación, para lo cual adujo que estaban presentes todas las partes, en razón a ello era procedente la realización de esa audiencia; vii) el delegado de la FGN solicitó al juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra del señor HAM, porque este generaba peligro para la comunidad de conformidad con lo previsto en el artículo 310 del CPP, y por ser proclive al delito; viii) se opuso a esa solicitud porque los hechos investigados se presentaron en el año 2008, cuando el acusado no se desempeñaba como Alcalde de dicho municipio sino como un simple contratista y que por ello no había un peligro latente para la comunidad santarrosana; ix) el juez de garantías le impuso al señor HAM medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia, decisión frente a la cual interpuso los recursos de reposición y de apelación, cumpliendo con la carga argumentativa correspondiente. El juez segundo penal municipal con función de control de garantías de Pereira, no repuso su determinación y concedió la apelación, la cual correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad, el que mediante auto del 14 de marzo de 2019, declaró desierto dicho recurso teniendo en cuenta que no se había atacado en debida forma la argumentación del juez de primer nivel; x) como consecuencia de lo anterior, propuso una acción de tutela, la cual fue decidida por esta Sala Penal, con ponencia de quien hoy funge en igual condición , donde se decidió que la defensora del señor HAM podía interponer el recurso de reposición frente a dicha determinación, trámite que se cumplió sin que el titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, hubiera modificado su decisión; xi) radicó una nueva acción de amparo para que se decretara la nulidad de toda la actuación a efectos de que

las audiencias preliminares fueran adelantadas en el municipio de Santa Rosa de Cabal, ya que los funcionarios de esa localidad eran los competentes para conocer de esas diligencias; xii) esa acción fue declarada improcedente mediante fallo del 4 de junio de 2019, de esta Sala con el mismo ponente, pues se consideró que no se satisfacía el presupuesto de subsidiaridad, ya que esa pretensión debía ser presentada en la audiencia de formulación de acusación; y xii) impugnó esa decisión y la SP de la CSJ, mediante sentencia SP 10413 de 2019, radicado 105557 del 30/06/2019, confirmó dicho proveído, con el argumento de que la oportunidad procesal para plantear una violación al debido proceso por falta de competencia era precisamente la audiencia de formulación de acusación, fuera de que el reclamo elevado por la defensa se encontraba superado en ocasión al principio de convalidación.

3.2 Ya en lo que atañe a su solicitud concreta, que dio lugar al presente recurso, hizo la siguiente argumentación:

- En este caso y atendiendo el factor territorial, la autoridad competente para celebrar las audiencias preliminares era el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal.

- En un pronunciamiento emitido por esta Sala dentro del proceso radicado con el Nro. 66001600003620180006570l0, mediante el cual se resolvió un conflicto de esa naturaleza, se estableció que la competencia de esa investigación radicaba en el juzgado del lugar donde acontecieron los sucesos.

- Leyó apartes de la providencia de la SP de la CSJ radicada con el Nro. 54408, del 16 de enero de 2019 referente a la fijación de la competencia en materia de control de garantías. En ese mismo sentido citó lo decidido por esa corporación en AP 8550/2017, AP 14/05/2013 radicado 41228, AP del 6 de agosto de 2013, radicado 41912, AP del 26 de octubre 2011, radicado 37674, AP 2926/2019 radicado 55747 del 24 de julio de 2019, referentes a la competencia territorial asignada a los juzgados con funciones de control de garantías.

- Hizo mención de los principios que informan la declaratoria de las nulidades.

- En el asunto de la referencia se violó el principio de competencia, ya que el juez 2º con función de control de garantías de Pereira usurpó funciones que no le correspondían, y para desconocer los factores territoriales de competencia debía tener motivos fundados de índole constitucional, los cuales exigen que para limitar o desconocer las garantías fundamentales de las personas sometidas al sistema judicial, se deben sopesar esos motivos de necesidad y razonabilidad de la pertinencia y urgencia de la actuación, los cuales no fueron tenidos en cuenta en el caso bajo examen, con lo cual vulneró el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, y los artículos 10, 19, 39, 43 de la Ley 906 de 2004.

- Desde los albores de la investigación se afectaron los derechos al debido proceso y el de defensa de su prohijado. Por lo tanto solicitó que se decretara la nulidad de la actuación como una medida extrema y excepcional, la cual procede cuando acontece alguna de las causales definidas en la ley, según los artículos 455, 456, 457 del CPP, es decir, cuando existe prueba ilícita, existe incompetencia del juez o hay violación del derecho a la defensa o al debido proceso en aspectos sustanciales.

- Su solicitud concreta es que anule lo actuado en este proceso a partir de la audiencia de legalización de captura y las demás actuaciones judiciales surtidas en el caso de su representado, para restablecer sus derechos.

3.3 La delegada de la FGN se opuso a dicha pretensión, con base en los siguientes argumentos:

- La misma defensora del acusado ha dado respuesta a sus inquietudes, al referir que la declaratoria de nulidad procede de manera excepcional, siempre y cuando se violen o afecten garantías fundamentales, por lo cual no constituye una regla general y la misma se presenta cuando se demuestra que se ha incurrido en alguna de las causales previstas en los artículos 455 y siguientes del CPP.

- En este caso se alega la nulidad por la presunta incompetencia del juez de función de control de garantías que conoció de las audiencias preliminares contra el procesado, para lo cual su defensora aduce por cuarta vez la falta de competencia de ese funcionario.

- Hizo referencia al contexto fáctico que determinó la solicitud de las audiencias preliminares adelantadas contra el señor HAM.

- La defensora parte del hecho de que el delegado de la FGN presentó la solicitud de preliminares ante un juez constitucional de este municipio, con el fin de salvaguardar su seguridad y la del proceso, y por lo tanto cualquier juez penal con función de control de garantías era competente para conocer del mismo.

- Como lo advirtió la misma apoderada judicial del procesado, el artículo 39 del CPP le otorga razón al fiscal que radicó la solicitud de audiencias preliminares en Pereira, pues esa norma advierte que la función de control de garantías puede ser ejercida por cualquier juez penal municipal, sin excepción alguna. La misma norma dispone que quien pretende que ese tipo de audiencias sea realizada en un municipio diferente al de la ocurrencia de los hechos, debe demostrar dicha necesidad de manera fehaciente y en tal caso el funcionario requerido realizará esas actuaciones o se declarará su impedimento para conocer de ellas.

- En el caso *sub lite,* el Juez 2º Penal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, adelantó la totalidad de las audiencias, al considerar suficientes

los argumentos planteados por el ente investigador, con base en las previsiones del artículo 39 del CPP.

- Si se observan los registros de las audiencias preliminares se puede verificar que no existió ninguna violación a los derechos de HAM, Carlos Alberto Ramírez, y Alejandro Martínez, pues a todos se les realizó la audiencia de la misma forma, bajo los mismos argumentos y se le impuso la medida de aseguramiento más benévola al señor HAM, luego de la valoración realizada por el juez constitucional, decisión que fue apelada por la defensora de los acusados, quien al sustentar su recurso hizo referencia a la presunta incompetencia del funcionario de primer grado.

- Esa causal de incompetencia ha sido alegada por la defensa en diversas oportunidades: i) en el recurso formulado ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira; y ii) en una acción de tutela que no prosperó y que fue declarada improcedente por parte de esta Colegiatura.

- La solicitud de la defensora no es más que una maniobra dirigida a dilatar la iniciación del juicio contra el procesado, para que este obtenga su libertad y retorne a su cargo como alcalde de Santa Rosa de Cabal.

3.4 El representante del Ministerio Público expuso lo siguiente:

- El régimen de las nulidades o ineficacia de los actos procesales está precedido de la aplicación de los principios de taxatividad y en lo esencial, los de convalidación y trascendencia.

- La defensora hizo una fundamentación incoherente, al hacer lectura de apartes jurisprudenciales absolutamente desarticulados en los que se planteaba la nulidad por falta competencia, aunque finalmente esa solicitud no prosperaba.

- La defensa fundamentó la petición de nulidad en tres causales: i) falta de competencia; ii) vulneración al derecho a la defensa; y iii) no observancia al debido proceso. Respecto a la primera causal adujo que no está llamada a prosperar ya que se censura por vía de nulidad en la etapa de juzgamiento y lo cierto es que las diligencias se encuentran radicadas ante el juez natural correspondiente al lugar donde acontecieron los hechos. El derecho de defensa tampoco se encuentra conculcado ya que desde el inicio de la actuación el procesado ha gozado de asistencia legal profesional y su defensora incluso solicitó ante el juez con función de control de garantía de Santa Rosa de Cabal , la revocatoria de la medida de aseguramiento que se le impuso al señor HAM, que fue negada decisión que fue confirmada por la Juez 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, petición que se basó en planteamientos muy similares en los que ahora se esboza la defensa para fundamentar la nulidad. El debido proceso del incriminado no ha sido afectado, ya que el juez con función de control de garantías de esta ciudad actuó dentro del marco legal, fuera de que en el control de legalidad de

medida de aseguramiento intervino un juez penal municipal de esta localidad, por lo cual el procesado ha gozado de todas sus garantías.

- En la misma jurisprudencia citada por la abogada del procesado, se pone de presente el principio de trascendencia que obliga a demostrar los hechos que la originaron y como afectaron a validez de la actuación, lo que no aconteció en el presente asunto, pues no se fundamentó porque razón la determinación del juez con funciones de control de garantías y su decisión de imponer una medida de aseguramiento en contra del señor HAM, hubieran afectado el debido proceso, lo cual simplemente se quedó en una propuesta de su representante judicial , sin que se hubiera demostrada ni la causal invocada, ni su trascendencia frente a la presunta afectación de los derechos del procesado, por el cual la petición elevada no está llamada a prosperar.

4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

La juez de conocimiento negó la solicitud de la defensora del procesado. Su argumentación se sintetiza así:

- La SP de la CSJ ha manifestado que las audiencias preliminares se deben adelantar preferentemente en el lugar de los hechos, conforme al artículo 39 del CPP.

- Citó las decisiones CSJ SP del 20 de abril de 2016 radicado AP 24 24 de 2016; del 26 de octubre de 2011 radicado 37689 y AP 2636 del 20 mayo de 2015, radicado 45747. .

- Según estos precedentes, la función de control de garantías puede ser ejercida por cualquier juez, que tenga esas funciones, pero la FGN debe tener un motivo razonable para acudir ante un juez distinto del sitio donde ocurrió el hecho, como se dijo en CSJ SP AP 26 de octubre de 2011 radicado 37674, ratificado en AP 3273 del 2 de junio de 2015, radicado 46125, salvo que exista una circunstancia especial que no permita acudir ante el juez del lugar donde se presentó la conducta punible, lo que se debe mirar en cada caso concreto, sin afectar las garantías del procesado.

- En este caso el delegado de la FGN sustentó su solicitud para que se adelantaran las diligencias preliminares en Pereira, aduciendo la falta de garantías personales y jurídicas para efectuarlas en Santa Rosa de Cabal, lo cual fue aceptado por el juez de Pereira, sin que se pueda controvertir esa decisión, que no tenía respaldo según la defensora, quien recurrió esa determinación, siendo negada su impugnación por falta de sustentación por el funcionario de segunda instancia quien de haber advertido que se presentaba la causal de nulidad invocada por la presunta falta de competencia del juez 2º penal municipal de Pereira, seguramente la habría declarado.

- Al tratarse de un asunto ya resuelto, la defensora solo estaba facultada para plantear la incompetencia de la juez de conocimiento para conocer del caso en la fase de juzgamiento.

- La solicitante no cumplió con la carga argumentativa para la solicitud de nulidad, pues debía señalar los fundamentos de hecho y de derecho que la motivaban, sin que esa presunta irregularidad - en este caso, la falta de competencia- sea suficiente para nulitar el proceso, máxime cuando también resulta necesario probar la ocurrencia de un acto tachado de anómalo, fuera de que tampoco hizo alusión a cuáles fueron las situaciones que presuntamente afectaron el derecho de defensa de su representado en las citadas audiencias preliminares.

- Las solicitudes de nulidad obligan a examinar los principios de taxatividad, convalidación y trascendencia. Frente a la taxatividad ya se advirtió que la defensa refirió que su petición se basaba en la violación al debido proceso y la trasgresión a los derechos fundamentales de su prohijado, en razón de la discusión planteada sobre la competencia del funcionario que intervino en las audiencias preliminares. En torno al principio de convalidación se pudo establecer que en etapa preliminar no se controvirtió el tema propuesto, por lo que el acto atacado fue revalidado por la peticionaria y no se cumplió el presupuesto de trascendencia, ya que la solicitante no argumentó sobre cuál fue la afectación de los derechos de su mandante, por lo actuado en las referidas audiencias.

- Si esas diligencias se hubieran adelantado en Santa Rosa de Cabal, los efectos hubiesen sido similares, salvo en lo relacionado con la libertad del encartado, lo que no tiene nada que ver con la nulidad solicitada, fuera de que la peticionaria ni siquiera probó la trascendencia de la presunta falta de competencia del juez de Pereira que presidió las audiencias preliminares.

- La nulidad es el último recurso al que se debe acudir para corregir los errores que se hayan cometido durante el proceso, y como en el asunto puesto en su consideración no se cumplen las exigencias para acceder a la solicitud elevada por la defensora, esta resultaba improcedente, ya que no se advertía una vulneración de los derechos a la defensa o al debido proceso del acusado.

La defensora del señor HAM interpuso el recurso de apelación contra esta determinación.

5. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON EL RECURSO PROPUESTO

7.1 Defensora del procesado (Recurrente)
(Sinopsis)

- La petición de nulidad se fundamentó en jurisprudencias de la SP de la CSJ y de la SP del TSP, relacionadas con los principios de trascendencia y protección.

- En el caso de su representado se vulneró el derecho al debido proceso, al incumplirse las reglas establecidas para la práctica de las audiencias preliminares, lo que igualmente generó una violación de su derecho de defensa, de lo cual se desprenden los principios de trascendencia y protección que se invocaron para la solicitud de declaratoria de nulidad, ya que no era suficiente con la "pobre" argumentación del delegado de la FGN quien invocó motivos como su propia seguridad o la del proceso, aduciendo que los despachos judiciales de Santa Rosa de Cabal quedaban al lado de la alcaldía, para justificar el hecho de haber presentado la solicitud de nulidad ante un juez de control de garantías de Pereira, lo que fue aceptado por ese funcionario, pese a que a las otras personas vinculadas a la investigación se les formularon cargos en la ciudad de las araucarias.

- Lo anterior significa que se vulneró el derecho al debido proceso de su representado, por lo cual la nulidad propuesta no tiene el propósito de dilatar el trámite del proceso.

- Solicitó tener en cuenta los argumentos que expuso inicialmente para solicitar la nulidad de la actuación a partir del momento de la legalización de la orden de captura de su defendido, para restablecer su derecho al debido proceso.

5.2 Delegada de la FGN (No recurrente)

- Las audiencias preliminares aludidas fueron llevadas a cabo únicamente respecto al señor HAM, porque en su contra obraba una orden de captura que se hizo efectiva, pues los otros coautores de las conductas ya estaban condenados por hechos similares y purgaban su pena en la cárcel del municipio de Santa Rosa de Cabal, por lo cual fueron remitidos al despacho donde se adelantaron sus audiencias preliminares.

- Lo trascendente en este caso es que el Juez 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira no afectó las garantías fundamentales enunciadas por la defensa.

- Como la judicatura ya se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la petición de nulidad de la defensa y no se allegaron nuevos elementos que permitan inferir la presunta trasgresión a las garantías fundamentales y procesales del señor HAM, se debe dejar incólume la decisión atacada.

5.3 Delegado del Ministerio Público (No recurrente)

- Con base en lo establecido en el auto 02/08/2017, radicado 50560 de la SP de la CSJ, considera que el recurso planteado por la defensa debe ser declarado desierto, pues atendiendo los mismos argumentos de la defensora

del procesado, su intención es que la SP del TSP revise la decisión de primer nivel, lo cual es propio del recurso de consulta o el acto de consulta, mientras que la apelación es un recurso que pretende la revocatoria de una determinación.

- Considera que existen falencias técnicas, no solamente en el planteamiento del recurso sino también en la argumentación de la solicitud de nulidad, ya que no basta con plantear la inconformidad con una decisión, sino que se deben atacar los puntos que la fundamentaron y la decisión en su estructura, situación que no aconteció dentro de la presente actuación pues solo hubo una manifestación de inconformidad de la recurrente, quien para argumentar su censura se remitió a los alegatos formulados en su petición de nulidad, sin controvertir los argumentos que usó la *A quo* para denegarla, fuera de que la censora nunca advirtió si cumplió o no cumplió con el principio de trascendencia al que aludió la juez de primer grado en su decisión.

- Se debe denegar el recurso interpuesto, frente a lo cual la impugnante puede hacer uso del recurso de queja.

- Aun de entenderse que existió cierto grado de sustentación del recurso con base en los principios de condescendencia o de caridad, lo real es que la censora no cumplió con la carga argumentativa que le era exigible para sustentar su pedimento de nulidad, pues no se demostró que el hecho de que las diligencias preliminares fueran conocidas por un juez diferente al de Santa Rosa de Cabal, hubiera vulnerado el derecho de defensa del ciudadano HAM, ya que se debe tener en cuenta que se trata de una localidad muy cercana, fuera de que el procesado tuvo todas las garantías y a falta de un abogado ha tenido dos, sumado a que el juez constitucional que conoció de la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que se le impuso, también garantizó sus derechos.

- En consecuencia su petición subsidiaria es que se confirme la decisión objeto del recurso.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta colegiatura es competente para pronunciarse sobre el recurso propuesto, en atención a lo que dispone el artículo 34-1 del CPP.

6.2 De conformidad con los argumentos expuestos por el recurrente, esta Colegiatura debe pronunciarse frente a dos temas específicos: i) si la defensa cumplió la carga argumentativa para dar trámite a la alzada, o si por el contrario el curso de apelación propuesto debe ser declarado desierto ante las falencias técnicas en su sustentación, como lo manifestó el delegado del Ministerio Público; y ii) de superarse el test de procedibilidad del recurso, se deberá establecer si se configuró una causal de nulidad por violación a garantías fundamentales del acusado HAM de conformidad con lo dispuesto en los artículos 456 y 457 del CPP, en razón de las actuaciones correspondientes a las audiencias preliminares que se adelantaron el 13

de febrero de 2019, ante el Juzgado 2º Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad.

6.3 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone un recurso exprese ante el superior funcional los motivos de su inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

6.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de exponer sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Sobre ese tema la Corte Constitucional ha expuesto lo siguiente:

> *"... El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituido en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*
>
> *Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen. (...)*
>
> *4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.*[6]

Por su parte, la SP de la CSJ ha manifestado:

> *"… Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.*
>
> *En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados…"*[7] (Subrayado fuera de texto).

[6] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo
[7] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

6.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, indicando por lo menos, cual o cuales fueron los errores en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia que ha planteado.

6.6 En el caso *sub examen,* el delegado del Ministerio Público manifestó que la recurrente no cumplió con dicha carga argumentativa, pues se limitó a indicar que se acogía a los planteamientos realizados al momento de elevar su solicitud de nulidad de la actuación desde el inicio de las audiencias preliminares, para lo cual hizo referencia únicamente a los motivos que la llevaron a formular esa petición, sin controvertir de manera concreta la decisión recurrida.

6.7 Sin embargo esta Colegiatura considera que hay lugar a pronunciarse sobre el recurso propuesto, tomando como base la solicitud de la defensora del señor HAM, porque en la parte final de su intervención como impugnante pidió que se tuvieran en cuenta los argumentos que expuso al fundamentar su solicitud de nulidad y en consecuencia y para poner fin a la discusión jurídica que la censora ya ha propuesto en varios escenarios, sobre el mismo tema que invocó, se acudirá al llamado "principio de caridad", referido en la decisión CSJ SP del 9 de septiembre de 2015, radicado 46235, donde se dijo lo siguiente:

> *"Acorde con la jurisprudencia de la Sala*[8]*, el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible*[9]*.*
>
> *Se trata de una forma de superar los yerros de sustentación a efectos de encontrar el verdadero sentido del recurso en procura de dar efectividad al derecho material subyacente. En ese orden, debe existir un ejercicio de fundamentación que, aunque impreciso, permita desentrañar el contenido de la censura.*
>
> *No obstante, si no se entregan razones para sustentar la impugnación o las suministradas son insuficientes para deducir una postura jurídica concreta frente al tema de debate, resulta imposible acudir a este principio para obviar falencias argumentativas."*

7. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO:

7.1 Con respecto al fundamento de la causal de nulidad reclamada por la recurrente, la misma se basa en el hecho de que las audiencias preliminares celebradas dentro del trámite de la referencia el 13 de febrero del año en curso, se llevaron a cabo ante al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, cuando en opinión de la impugnante se debieron haber realizado en Santa Rosa de Cabal donde ocurrieron los hechos investigados.

---

[8] Cfr. CSJ proveídos del 10/03/09 Rad. 30822; 01/07/09 Rad. 27397; 12/05/10 Rad. 33755; 20/10/10 Rad. 33022; 05/09/12 Rad. 39284, entre otros.
[9] Cfr. CJS SP 08/06/11 Rad. 35130.

En consecuencia su pretensión se fundamenta en la presunta violación del principio del juez natural, con efectos sobre los derechos al debido proceso y el derecho de defensa, por lo cual en su criterio se generó la causal de nulidad prevista en el artículo 457 del CPP, lo que obliga a dejar sin efectos la actuación a partir de la legalización de la captura del señor HAM.

7.2 Para resolver el dilema propuesto, hay que manifestar inicialmente que en el artículo 457 de la ley 906 de 2004 se encuentra establecida como causal de nulidad, la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. El citado artículo 457 es una cláusula procesal abierta, en la medida en que menciona genéricamente como causal de nulidad del proceso la vulneración del derecho de defensa. Por ello es necesario precisar ese concepto a partir de la jurisprudencia pertinente sobre la materia.

7.3 En los precedentes de la SP de la CSJ, se ha expuesto que la garantía de defensa no se contrae a la designación de un profesional del derecho para que represente nominalmente los intereses del enjuiciado, sino que requiere el cumplimiento efectivo de actos de gestión que materialicen la aspiración defensiva a que tiene derecho el sujeto pasivo de la acción penal, en ejercicio del derecho de contradicción y de los principios de intangibilidad, materialidad y permanencia que caracterizan el ejercicio de ese derecho.

7.4 Sin embargo, la comprobación de una irregularidad o deficiencia relacionada con la garantía del derecho de defensa, no genera *per se* la declaratoria de nulidad de la actuación, ya que la aplicación de ese remedio extremo se encuentra condicionado a los principios que gobiernan las nulidades procesales, cuales son, la instrumentalidad de las formas, trascendencia, protección, convalidación, naturaleza residual y taxatividad, sin que la nulidad pueda ser invocada por el sujeto procesal que dio lugar a la formación del error, salvo aquellos casos en que se alegue la causal de ausencia de defensa técnica.

7.5 En ese sentido, es necesario hacer un recuento de lo acontecido durante la audiencia celebrada el 13 de febrero de 2019 ante el Juzgado 2o Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, la cual fue considerada irregular por la defensora del señor HAM, pues según su criterio en ese acto se vulneraron las garantías procesales de su mandante, ya que el juez que cumplió la función de control de garantías carecía de competencia territorial para asumir el conocimiento de esas diligencias.

Del examen del registro de esa actuación se desprenden las siguientes situaciones:

7.5.1 Luego de que las partes se identificaran, y se le concediera el uso de la palabra al delegado de la FGN para que sustentara su petición, el juez 2º penal municipal con funciones de control de garantías de Pereira, interrogó al delegado de la FGN sobre el lugar donde habían acontecido los hechos investigados, quien al respecto expuso lo siguiente: i) la unidad 28 seccional de delitos contra la administración pública investiga sucesos acontecidos en todos los municipios del departamento de Risaralda; ii) se vio en la obligación de radicar la solicitud de práctica de esas audiencias en Pereira para que fuera repartida entre los jueces

municipales con función de control de garantías de esta ciudad; iii) los jueces con funciones de control de garantías tienen competencia en todo el territorio nacional; iv) existían razones de seguridad personales y procesales para la radicación de las diligencias en esta cabecera municipal; y v) los hechos ocurrieron en Santa Rosa de Cabal pero presentó su solicitud en esta localidad tenido en cuenta las razones antes referidas.

7.5.2 Seguidamente intervino la abogada que representa los intereses del señor HAM, quien se pronunció así: i) el artículo 39 del CPP hace referencia a la competencia y al juez natural; ii) los hechos se ejecutaron en el municipio de Santa Rosa de Cabal y allí se contaba con un juez con función de control de garantías, quien estaba pendiente de que fueran radicadas allí esas diligencias pues tenía conocimiento sobre la captura del señor HAM; iii) no existía una razón de peso, como una asonada, un paro u otro tipo de situaciones que impidieran la realización de las diligencias en esa localidad; iv) de conformidad con la jurisprudencia de la SP de la CSJ, la FGN no podía radicar ese tipo de solicitudes de manera arbitraria o caprichosa en cualquier despacho judicial, pues se afectaría la imparcialidad del fiscal e incluso afectaría el derecho a la defensa, ya que la función de control de garantías debe ser asignada de manera preferente al juez del lugar donde acontecieron los sucesos investigados; v) hizo mención de las excepciones a esa regla general; vi) en este caso concreto se debía tener en cuenta que al señor HAM se le está adelantando otro proceso, lo cual no ha sido obstáculo para que la FGN radique sus solicitudes en Santa Rosa de Cabal, ni existe alguna imposibilidad para que su delegado intervenga en procesos que se tramitan en esa villa; vii) no entendía la razón por la cual el delegado de la FGN hizo referencia a presuntas amenazas, cuando su labor la ejerce a lo largo del departamento de Risaralda, ni porqué mencionaba algún tipo de impedimento para que las audiencias previas se adelantaran en Santa Rosa de Cabal; y viii) el representante de la FGN tenía que acreditar las razones que invocó para radicar su solicitud en esta ciudad.

7.5.3 El delegado de la FGN complementó su intervención de la siguiente manera: i) en ningún momento hizo referencia a amenazas en su contra, pero si argumentó razones de seguridad personal y procesal, con el fin de garantizar el debido proceso ya que el señor HAM es una figura pública en Santa Rosa de Cabal y los despachos judiciales de esa localidad están ubicados en la sede de la Alcaldía de ese municipio; ii) no considera que la judicatura de esa localidad pudiera tener algún tipo de injerencia frente a lo planteado, pero si existían motivos de seguridad personal y procesal que debían ser salvaguardados; iii) la solicitud de audiencias preliminares fue sometida a reparto entre los 7 jueces con funciones de control de garantías de Pereira; y iv) hizo referencia a la contabilización de los términos procesales para legalizar una captura, para considerar que realizar el traslado de las diligencias a otro despacho generaría un desgaste procesal.

7.5.4 El Juez 2º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Pereira decidió asumir el conocimiento de las diligencias, por las siguientes razones: i) existen ciertas circunstancias por las cuales se puede acudir a un juez de control de garantías diferente al del lugar donde acontecieron los hechos, sin que se afecte el derecho de defensa y ii) en el presente caso la cercanía entre Santa Rosa de Cabal y Pereira y la presencia de todas las partes en ese acto público permitían inferir que

se podían celebrar las audiencias, atendiendo a las razones expresadas por el delegado de la FGN, sin que se vulnerara el derecho a la defensa del señor HAM.

7.5.5 El delegado de la FGN dijo que estaba conforme con la decisión (H: 00:14:55). **En ese mismo sentido se manifestaron la defensora del señor HAM, (quien funge como recurrente en esta actuación) (H: 00.14:57) y el delegado del Ministerio Público (H: 00:15:02);** luego de lo cual continuó el trámite normal de la audiencia.[10]

7.6 En atención a lo expuesto, esta Sala considera que pese a que los sucesos investigados ocurrieron en Santa Rosa de Cabal, el hecho de que el juez 2º penal municipal con funciones de control de garantías de Pereira hubiera asumido la competencia para celebrar las audiencias preliminares radicadas por parte del Fiscal 28 Seccional contra el señor HAM, no generó ninguna vulneración de las garantías al debido proceso y al derecho de defensa que le asiste al procesado, máxime si su misma defensora convalidó la decisión del juez de garantías de asumir el conocimiento de esas audiencias preliminares, por lo cual resulta aplicable el citado principio que se conoce también como de subsanación o integración.

7.7 En consecuencia queda claro que la conformidad de la recurrente con lo decidido por el Juez 2º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Pereira, al asumir la competencia para conocer las referidas audiencias preliminares, saneó cualquier eventual vicio que se pudiera predicar de esa actuación.

7.8 Sobre el tema hay que indicar que existe un principio de progresividad y de preclusividad de los actos procesales y por ello cada petición y cada intervención dentro del proceso, tiene una oportunidad previamente definida, la cual no puede hacerse extensiva a momentos no establecidos, y ello tiene su fundamento en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la lealtad procesal, no sólo entre las partes sino frente al juez en todos sus niveles.

7.9 En ese sentido se considera que si la apoderada del señor HAM aceptó la decisión del juez 2º con funciones de control de garantías de esta ciudad de llevar a cabo las audiencias preliminares, en ese mismo momento se consolidó ese acto jurídico, frente a lo cual debe decirse que la misma togada que funge como recurrente hizo uso de otros mecanismos ajenos al proceso que se tramita contra su representado, que le fueron infructuosos, hasta llegar a formular la solicitud de nulidad que fue denegada en este caso por la juez penal del circuito de Santa Rosa de Cabal, actuando como funcionaria de conocimiento.

7.10 Aunado a lo anterior, la recurrente no cumplió con la carga argumentativa de indicar cuál fue el efecto que tuvo la realización de las audiencias preliminares en la ciudad de Pereira y la manera en la que se afectó el derecho de defensa y el debido proceso del señor HAM, como para acreditar una violación de esas garantías que permitiera sustentar la petición de nulidad que invocó, por lo cual no se advierte la existencia de alguna situación irregular que afecte el trámite del proceso que se adelanta ante la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, que es la

[10] Ver acta Folio 22.

funcionaria competente para presidir la fase del juicio en el presente caso, por lo cual se confirmará la decisión de primer grado en lo que fue objeto de impugnación.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la decisión adoptada por el 13 de septiembre de 2019 por la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en lo que fue objeto del presente recurso.

SEGUNDO: La presente determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

TEMAS: HURTO CALIFICADO / PRISIÓN DOMICILIARIA / NO APLICA PARA LOS DELITOS ENLISTADOS EN EL ARTÍCULO 68A DEL CÓDIGO PENAL / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / PRINCIPIO DE CARIDAD.

… el acceso a la segunda instancia no es una garantía procesal que opera per se, debido a que el apelante debe cumplir a cabalidad con una serie de obligaciones o cargas procesales que en caso de ser pretermitidas, le impedirían al funcionario Ad quem pronunciarse sobre los tópicos objeto de alzada…

… si bien el requisito de la sustentación de una alzada no exige ninguna técnica especial, no podemos desconocer que el recurrente, por obvias razones, tiene la carga de manifestar de manera clara, lógica, concisa y precisa las razones tanto de hecho como de derecho por las cuales se siente inconforme con la decisión opugnada…

… la Sala podría considerar que el apelante no cumplió con la carga procesal que le asistía de sustentar en debida forma el recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia condenatoria… Sin embargo, la Colegiatura no puede desconocer que quien acudió al recurso de alzada en este asunto es el Procesado, de quien se presume que no tiene amplios conocimientos jurídicos, por lo que en lo que atañe con la sustentación de una alzada, no se le pueden exigir los mismos rigores que se esperan de una persona versada en ciencias jurídicas. (…)

… el procesado JABT no puede hacerse merecedor de la prisión domiciliaria porque no se cumplen con uno de los requisitos exigidos por el # 2º del artículo 38B del Código Penal, modificado por el artículo 23 de la Ley # 1709 de 2.014 , por cuanto el reato por el cual se declaró la responsabilidad penal del encausado: hurto calificado, en grado de tentativa, se encuentra dentro del listado de delitos consagrados en el artículo 68A C.P. para los cuales está prohibida la concesión de subrogados y sustitutos penales, entre ellos la prisión domiciliaria, la cual, como lo ordena el artículo 36 C.P. es una pena sustitutiva de la pena de prisión.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA

Pereira, primero (1º) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)
Aprobado por acta # 1001
Hora: 3:40 p.m.

Procesado: JABT
Delitos: Hurto calificado, en grado de tentativa
Rad. # 66001 60 00 035 2019 00165 01
Procede: Juzgado 3º Penal Municipal de Pereira con funciones de Conocimiento
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por el Procesado en contra de la sentencia que declaró su responsabilidad penal

Temas: Falta de sustentación del recurso de alzada y principio de caridad
Decisión: Confirma fallo opugnado

ASUNTO:

Se pronuncia la Sala en torno al recurso de apelación interpuesto por parte del Procesado **JABT**, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Conocimiento en las calendas del 30 de julio de hogaño, mediante la cual lo declaró penalmente responsable de incurrir en la comisión del delito de tentativa de hurto calificado.

ANTECEDENTES:

De conformidad con la información obrante en la actuación procesal, se tiene que a eso más o menos de las 21:00 horas del 19 de enero del año que transcurre, a la altura de la Cra. 6 con Cll. 24 de esta municipalidad, el ahora procesado JABT fue capturado en flagrancia por efectivos de la Policía Nacional, toda vez que dicho ciudadano, momentos antes, le había hurtado un celular Huawei P10 de color gris, avaluado en la suma de $1’500.000, al ciudadano HERNÁN DARÍO HERRERA PÉREZ, a quien intersectó cuando se dirigía a su domicilio, para luego intimidarle con causarle un daño sí no le entregaba todo lo que llevaba consigo.

SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:

1) El 21 de enero de 2019, la Fiscalía, bajo la egida del procedimiento penal especial abreviado, consagrado en la Ley # 1826 de 2017, corrió traslado de la acusación al entonces Indiciado JABT, a quien inicialmente se le endilgó el cargo de hurto calificado y agravado en calidad de autor a título de dolo. En esa oportunidad se le explicaron al Procesado las posibilidades que tenía ante el reproche enrostrado por el Ente Acusador, y las rebajas punitivas a las cuales podría hacerse acreedor en caso de aceptar su compromiso criminal en el delito investigado, ante lo cual el señor JABT decidió de manera libre, consciente y voluntaria, allanarse a dichos cargos. Es de anotar que finalmente se consignó en el acta de allanamiento que el cargo aceptado era el de *hurto calificado en grado de tentativa*, tipificado en los artículos 239 inciso 2º y 240 inciso 2º del Código Penal.

2) El conocimiento del asunto le correspondió por reparto del 23 de enero de 2019 al Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira con Funciones de Conocimiento, Despacho que convocó a las partes para la realización de la audiencia concentrada.

3) La diligencia de marras se llevó a cabo en las calendas del 16 de julio de 2019, en esa ocasión la Fiscalía hizo referencia a los términos en los que el señor JABT se acogió a la figura del allanamiento a cargos en la diligencia de traslado del escrito de acusación, y aclaró que el acusado indemnizó los perjuicios en favor de la víctima.

4) Posteriormente, el Despacho Cognoscente procedió a verificar la aceptación del cargo enrostrado, y paso seguido agotó el trámite consagrado en el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal. Finalmente anunció el sentido del fallo, que resultó ser de carácter condenatorio y fijó fecha para la audiencia de lectura de decisión el día 30 de julio de 2019.

EL PROVEÍDO CONFUTADO:

Como se anunció en párrafos precedentes, se trata de la sentencia proferida por parte del Juzgado Tercero Penal de Pereira Municipal con Funciones de Conocimiento en las calendas del 30 de julio de 2019, mediante la cual se declaró la responsabilidad penal del señor JABT, por incurrir en el delito de hurto calificado, conducta tipificada en los artículos 239 inciso 2º y 240 inciso 2º del Código Penal, en grado de tentativa, a voces del artículo 27 *Ejusdem*, decisión que se profirió en concordancia con el allanamiento a cargos al que se sometió el aludido ciudadano durante la diligencia de traslado del escrito de acusación, aceptación que fue verificada por el Despacho de instancia en la audiencia correspondiente.

Es de anotar que el Juzgado de primer nivel se abstuvo de conceder en favor del condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena reclamada por la Defensa, por estar en presencia de una de las conductas delictivas que, según lineamientos del artículo 68A del Código Penal, está excluida del reconocimiento de ese tipo de beneficios.

LA ALZADA:

Inconforme con la sentencia de instancia, el Procesado JABT presentó en término un memorial mediante el cual presentó recurso de apelación. La tesis principal de su discrepancia, gira en torno a que se le conceda la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, consagrada en el artículo 38 del Código Penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

- Competencia:

La Sala es competente para resolver la presente alzada, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P., puesto que estamos en presencia de un recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia proferida en primera instancia por un Juzgado Penal Municipal que hace parte de este Distrito judicial; sin avizorarse mácula en el procedimiento que vicie de nulidad lo actuado.

- Problema jurídico:

De los argumentos esgrimidos por el apelante en su alzada se desprende el siguiente problema jurídico a resolver:

¿Estarán reunidos en el presente asunto los presupuestos de ley necesarios para poder conceder en favor del señor JABT el mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria, consagrado en el artículo 38 del Código Penal?

De igual manera, considera la Sala que en el caso que nos ocupa surge un problema jurídico colateral:

¿Se habrá presentado una debida argumentación del recurso de alzada, que otorgue competencia a la Colegiatura para poder desatar dicha apelación?

- Solución:

Antes de entrar a dar solución al problema jurídico principal, la Sala considera que es necesario resolver la problemática coyuntural relacionada con la sustentación de la alzada, toda vez que de ello depende la posibilidad de continuar con el estudio de fondo respecto a la pretensión principal que se desprende del recurso promovido por el apelante.

En ese orden, y como punto de partida, debemos recordar que el recurso de apelación hace parte de ese cúmulo de garantías consagradas en el artículo 29 de la Constitución, como una de las manifestaciones del debido proceso, en cuya virtud, acorde con los postulados del principio de contradicción, se le permite a las partes e intervinientes en una actuación procesal, que se encuentren inconformes con una decisión que afecte sus intereses procesales, la posibilidad de poner en conocimiento dicha inconformidad a un funcionario de mayor jerarquía de aquel que emitió la decisión confutada, quien estaría habilitado para dirimir la controversia, de conformidad con los temas de disenso planteados por el apelante.

Sin embargo, el acceso a la segunda instancia no es una garantía procesal que opera *per se,* debido a que el apelante debe cumplir a cabalidad con una serie de obligaciones o cargas procesales que en caso de ser pretermitidas, le impedirían al funcionario *Ad quem* pronunciarse sobre los tópicos objeto de alzada. Recordemos entonces que entre las cargas que debe asumir el recurrente, se encuentran las siguientes:

1) La interposición y sustentación del recurso dentro de los términos o plazos establecidos para tal fin.

2) Que la decisión opugnada sea susceptible del recurso de alzada.

3) ***La correcta o debida sustentación del recurso.***

4) El interés jurídico o la legitimación para recurrir.

Al aplicar lo antes expuesto al caso en estudio, observa la Sala que el recurso de apelación fue interpuesto y sustentado dentro de los plazos legales, en contra de una providencia que en efecto era susceptible de alzada, aunado a que el recurrente tenía interés para interponer la apelación; sin embargo, en criterio de la Colegiatura, la alzada carece del cumplimiento del requisito de la debida sustentación, por lo que la misma, en principio, podría ser declarada desierta acorde con lo consignado en el artículo 179A del C. de P. P.

Lo anterior, por cuanto si bien el requisito de la sustentación de una alzada no exige ninguna técnica especial, no podemos desconocer que el recurrente, por obvias razones, tiene la carga de manifestar de manera clara, lógica, concisa y precisa las razones tanto de hecho como de derecho por las cuales se siente inconforme con la decisión opugnada, y es indiscutible que ante la segunda instancia debe expresar argumentos noveles con los cuales se pretenda rebatir lo decidido por el *A quo*, porque de lo contrario se desnaturalizaría la razón de ser de la segunda instancia, al trasladarle al *Ad quem* la misma controversia que en un principio fue puesta a consideración del funcionario Cognoscente.

Con respecto a la obligación de sustentar en debida forma una alzada, la Corte se ha expresado de la siguiente forma:

> "*Conforme se desprende de la norma transcrita, no se somete a duda alguna, la necesidad de sustentar la impugnación, pero la misma norma es clara en señalar que no basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende…*"[1].

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, la Sala observa que la discrepancia propuesta por el apelante tiene que ver con la orden dada por el Juzgado *A quo* de recluirlo en un establecimiento carcelario, como consecuencia de la no concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y para lo cual clama que en su favor se le conceda la prisión domiciliaria, beneficio del que insinúa que ha venido gozando por haber perpetrado otra delincuencia. Pero vemos que el apelante en su argumentación no expone las razones de hecho como de derecho por las que debería hacerse merecedor de la aludida pena substituta, razón por la que la Sala podría considerar que el apelante no cumplió con la carga procesal que le asistía de sustentar en debida forma el recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia condenatoria, lo que en un principio conllevaría a que en virtud de lo consagrado en el ya aludido artículo 179A del C. de P. P. se proceda a declarar desierto el recurso de apelación. Sin embargo, la Colegiatura no puede

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia 2ª Instancia del 28 de septiembre de 2011. Rad. # 37258. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

desconocer que quien acudió al recurso de alzada en este asunto es el Procesado, de quien se presume que no tiene amplios conocimientos jurídicos, por lo que en lo que atañe con la sustentación de una alzada, no se le pueden exigir los mismos rigores que se esperan de una persona versada en ciencias jurídicas.

Ante tal situación, la Colegiatura considera que las deficiencias en las que incurrió el apelante en la sustentación de la alzada, pueden ser enmendadas a través de la aplicación del principio de *"Caridad", «Bajo el entendido de que cuando no ostenta preparación jurídica y no está representada por profesional del derecho, puede admitirse la apelación superando los defectos de fundamentación en aras de garantizar el contradictorio, siempre y cuando exprese las razones del disenso con lo decidido…»*[2]. En ese sentido, de la breve argumentación con la cual sustentó la alzada el señor JABT, por lo menos se puede comprender que su propósito no es otro que el de hacerse acreedor de Prisión Domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión intramural, de tal suerte que la Sala, entendiendo cuál es el *quid* de la discrepancia, dará paso al estudio de dicho asunto.

Desde ya la Sala dirá que el procesado JABT no puede hacerse merecedor de la prisión domiciliaria porque no se cumplen con uno de los requisitos exigidos por el # 2º del artículo 38B del Código Penal, modificado por el artículo 23 de la Ley # 1709 de 2.014[3], por cuanto el reato por el cual se declaró la responsabilidad penal del encausado: hurto calificado, en grado de tentativa, se encuentra dentro del listado de delitos consagrados en el artículo 68A C.P. para los cuales está prohibida la concesión de subrogados y sustitutos penales, entre ellos la prisión domiciliaria, la cual, como lo ordena el artículo 36 C.P. es una pena sustitutiva de la pena de prisión.

Acorde con lo anterior, la Sala puede concluir sin asomo de duda que no se puede acceder a la pretensión que por vía de alzada ha sido deprecada por el procesado JABT, porque, como ya se dijo, como consecuencia del reato por el que se declaró penalmente responsable, no se cumplen con los requisitos para que la pena de prisión impuesta en su contra sea sustituida por prisión domiciliaria.

Siendo así las cosas, al no asistirle la razón a la tesis de la inconformidad expresada por el apelante, a la Colegiatura no le queda otra opción diferente que la de confirmar el fallo opugnado.

Como anotación final, acorde con lo reglado en el artículo 545 C.P.P., la Sala se abstendrá de llevar a cabo una audiencia de lectura del presente fallo de 2ª instancia, razón por la cual convocará a las partes y demás intervinientes a la Secretaría, a fin de hacerles entrega de copia de este proveído, o en su defecto, acorde con lo regulado en el artículo 546 ibídem, se procederá a remitir por correo electrónico copias del presente fallo.

---

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 19 de febrero de 2014. AP648-2014. Rad. # 42667.
[3] 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Conocimiento, en las calendas del 30 de julio de hogaño, mediante la cual lo declaró penalmente responsable al Procesado **JABT,** por haber incurrido en la comisión del delito de Hurto Calificado en grado de Tentativa.

SEGUNDO: DECLARAR que contra de la presente decisión procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en la oportunidad de Ley.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª Instancia – 24 de enero de 2017
Radicación Nro. : 66001 60 000 35 2011 03024 01
Procesados: ANDREA DE JESÚS HIGUITA QUIÑÓNEZ / JHON JAIRO VÁSQUEZ PÉREZ
Proceso: Penal - Confirma sentencia condenatoria frente a la apelación formulada por Andrea de Jesús Higuita Quiñonez y declara desierto el recurso formulado por Jhon Jairo Vásquez Pérez
Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Temas: **HOMICIDIO Y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS O MUNICIONES, A TÍTULO DE DOLO.** "[Los] testimonios no tenían otro objeto que confirmar la coartada del señor Vásquez Pérez, que se encuentra desvirtuada por el contundente señalamiento que hizo el testigo Didier Lenis acerca de la participación del acusado en el homicidio de Carlos Andrés Cardona, por lo cual se compulsarán copias para que los señores Carlos Adrián Buitrago Toro y Dagoberto Marulanda sean investigados por la conducta punible de falso testimonio. Debe agregarse igualmente que la responsabilidad del señor Vásquez en los hechos, tampoco resulta desvirtuada, por el testimonio entregado por José Plinio Flórez Marín, quien se limitó a manifestar que en ejercicio de sus labores como taxista, fue abordado por un joven en el sector de "Frailes", el 13 de agosto de 2011, para que llevara a hacia "Santa Teresita"; que el citado joven les decía a los pasajeros que si "iban bien"; que supo que habían matado a alguien en ese sitio; que se preocupó porque pensó que los autores del hecho habían sido los jóvenes que recogió; que las personas que recogió no comentaban nada raro y que le pareció "sospechosa la carrera" por el aspecto de los pasajeros, narración que como se observa no aportó ningún dato significativo para la investigación. En conclusión, la prueba presentada por la defensa de Andrea de Jesús Higuita Quiñones, no goza de mayor entidad, como para afectar el poder de convicción que generan las evidencias introducidas al juicio, por la FGN, que demuestran que la señora H.Q., fue la persona que citó a Carlos Andrés Cardona Martínez en la discoteca "La Farra", lugar donde le dieron muerte y que fue vista en sus inmediaciones en compañía del señor Jhon Jairo Vásquez Pérez, que fue la persona quien disparó en contra del ofendido, por lo cual se puede llegar la conclusión de que la procesada prestó una ayuda o contribución para la realización de dicho homicidio, mediando un acuerdo previo a la realización de las conductas investigadas, en los términos del tercer inciso del artículo 30 del C.P., por lo cual se confirmará la sentencia que se dictó en su contra en primera instancia.".

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1116 del quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)
Pereira, veinticuatro (24) de enero de dos mil diecisiete (2017)
Hora: 09:29 a.m.
.

Radicación	66001 60 000 35 2011 03024 01
Procesados	Andrea de Jesús Higuita Quiñónez Jhon Jairo Vásquez Pérez
Delito	Homicidio y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones
Juzgado de conocimiento	Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira
Asunto	Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia de fecha 29 de enero de 2014

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados Andrea de Jesús Higuita Quiñones y Jhon Jairo Vásquez Pérez, en contra de la sentencia del 29 de enero de 2014, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, en traslado temporal al municipio de Dosquebradas, Risaralda, mediante la cual se condenó a los citados, por la comisión de los delitos de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios o municiones, a título de dolo. El señor Vásquez Pérez fue sentenciado como autor de esas conductas punibles, mientras que la señora Higuita Quiñones, lo fue en calidad de cómplice.

2. ANTECEDENTES

2.1. El acontecer fáctico fue reseñado así en el escrito de acusación:

> "…*El día 12 de agosto de 2011, siendo aproximadamente las 20:40 horas, el policial de servicio de la subestación de Frailes, reporta varias detonaciones al parecer por arma de fuego, al llegar al sitio encuentran a una persona sin vida tendida en el piso frente al establecimiento comercial de razón social "La Farra", ubicado en la manzana A casa I barrio Santiago Londoño de la ciudad de Dosquebradas, la persona mencionada en vida respondía al nombre de CARLOS ANDRÉS CARDONA MARTÍNEZ.*
>
> *Realizada la indagación correspondiente se estableció con los EMP, EF e ILo, que la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones, a través de una llamada, hizo que la víctima llegara hasta el establecimiento comercial indicado, donde lo estaba esperando CARLOS ANDRÉS CARDONA MARTÍNEZ, para proceder a quitarle la vida de cuatro disparos. Se pudo establecer que las personas mencionadas obraban de común acuerdo para cumplir con el fin propuesto…"*[1]

2.2 En el caso de Jhon Jairo Vásquez Pérez, las audiencias preliminares se adelantaron el 20 de diciembre de 2011. Se le impuso medida de aseguramiento por homicidio agravado (artículos 103, 104numerales 4º y 7º) y violación del artículo 365 del C.P.[2]. En lo que tiene que ver con la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones, la imputación se realizó de igual forma, aunque en el caso del *contra jus* de homicidio, solo se incluyó el numeral 7º del artículo 104 del C.P. (arts. 103 y 104 #4 del C.P.). Se incluyó la circunstancia de mayor punibilidad por coparticipación criminal (art. 58 # 10 del C.P)[3].Se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

1 Folios 16-20
2 Folios 3 a 4
3 Folios 5 a 7

La acusación se formuló en los mismos términos, con excepción de la causal de agravación prevista en el numeral 4º del artículo 104 del C.P. y como coautores de esas conductas.[4]

2.3 El conocimiento del asunto le correspondió inicialmente al que en ese entonces era el Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas. La titular de ese despacho se declaró impedida para adelantar la etapa de juicio, debido a que había actuado como Juez de Garantías en segunda instancia[5], razón por la cual el proceso fue remitido al Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad, y allí por reparto le correspondió asumir el conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 30 de abril de 2012. Se formularon los mismos cargos del escrito de acusación[6].La audiencia preparatoria se cumplió en sesiones del 25 de junio, 13 de julio y 22 de agosto de 2012[7]. El juicio oral se efectuó durante los días 3, 4 y 5 de octubre de ese mismo año. Al finalizar se anunció sentido del fallo de carácter condenatorio, por los delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego o municiones.[8]

2.4 El 29 de enero de 2014, se dictó la sentencia de primera instancia, en la que se adoptaron las siguientes decisiones: i) condenar a Jhon Jairo Vásquez Pérez, a la pena de 230 meses de prisión por haber sido hallado responsable en calidad de autor de las conductas de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; ii) condenar a Jhon Jairo Vásquez Pérez, a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 230 meses; iii) condenar a Andrea de Jesús Higuita Quiñones, a la pena de 180 meses de prisión por haber sido hallada responsable de las conductas de homicidio y porte de armas de fuego de defensa personal en calidad de cómplice; iv) condenar a Andrea de Jesús Higuita a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 180 meses; v) negar a Jhon Jairo Velásquez Pérez y Andrea de Jesús Higuita Quiñones la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Frente a la decisión de primer nivel, los defensores de los incriminados interpusieron recurso de apelación para ser sustentado por escrito dentro del término de Ley.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROCESADOS

Andrea de Jesús Higuita Quiñones, identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.133.107, expedida en Pereira, nació el 28 de enero de 1978 en esta capital, es conocida con el sobrenombre de “La Mona”, de estado civil casada, es hija de Leticia y Jairo de Jesús.

Jhon Jairo Vásquez Pérez, se identifica con la cedula de ciudadanía No. 18.503.303 de Dosquebradas, nació el 24 de diciembre de 1969 en Santa

4 Folio 17
5 Folios 23-24
6 Folios 32-35
7 Folios 50-51, 53-55 y 60-69
8 Folios 89-104

Rosa de Cabal, Risaralda, es conocido como “Chunco”, y es hijo de Fanny y Mario.

4. SOBRE LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO.

4.1 El juez de primer grado hizo un análisis sobre cada una de las estipulaciones probatorias y las pruebas documentales y testimoniales legalmente incorporadas en la audiencia de juicio oral, concluyó lo siguiente:

- La muerte de Carlos Andrés Cardona Martínez, quedó debidamente demostrada, con el informe pericial de necropsia de fecha 13 de agosto de 2011, suscrito por el forense Jorge Federico Gartner Vargas, el cual fue introducido como estipulación probatoria; allí se consigna que la muerte ocurrió el día 12 de agosto de 2011. En el cadáver se encontraron cinco heridas producidas por proyectil de arma de fuego, con mecanismo de muerte: choque neurogénico e hipovolémico. Causa de la muerte: heridas en el cerebelo, ambos pulmones y la arteria pulmonar derecha producidas por proyectiles de arma de fuego. Manera de muerte: Violenta. Así mismo se probó el fallecimiento con el acta de inspección técnica a cadáver incorporada con el servidor de la Policía Nacional Jorge Iván Pantoja Varón.

- En el cuerpo de Carlos Andrés Cardona Martínez se encontraron orificios producidos por proyectil de arma de fuego, dos de los cuales se recuperaron, que se sometieron al estudio técnico respectivo, realizado por el perito Wilson Sanabria Sierra, quien concluyó que corresponden al calibre .38 special y son de los comúnmente disparados con arma de fuego de funcionamiento mecánico tipo revolver del mismo calibre. Ese documento fue introducido como estipulación probatoria.

- La Fiscalía probó que Jhon Jairo Vásquez Pérez y Andrea de Jesús Higuita Quiñones carecían de permisos para portar arma de fuego, según certificación emanada del batallón de artillería No. 8 “Batalla de San Mateo” de fecha 2 de noviembre de 2011, suscrito por el Mayor Abdala Avila Sudky Said, la cual se presentó como estipulación probatoria.

- Quedó probado que los acusados y la víctima se conocían no sólo por la vecindad de los barrios Libertadores y La Mariana en donde residían, sino porque como lo dijo la señora Higuita, ésta tuvo un romance con el señor Carlos Andrés y además, porque ejercían actividades relacionadas con estupefacientes. Las tres personas también eran conocidas por Didier Alejandro Lenis Moncada, quien presenció la muerte de su amigo “queco” en la discoteca “La Farra”.

- No quedó duda en el sentido de que los acusados fueron los responsables del homicidio de Carlos Andrés Cardona, pues fueron señalados directamente por el testigo Lenis Moncada, quien inicialmente vio a Andrea de Jesús “La Mona” conversando con su

amigo, cerca del establecimiento donde posteriormente fue ultimado por Jhon Jairo a. "Chunco". No hubo confusión en este testigo como lo afirmó la defensa, ya que en sus diferentes intervenciones siempre pregonó la misma versión.

- Se dijo que el móvil del homicidio se derivó del hecho de que Carlos Andrés Cardona se negaba a participar en actividades ilícitas relacionadas con el comercio de estupefacientes que realizaban personas del barrio Libertadores e impedía esos actos, por lo cual tanto el occiso, como su familia fueron víctimas de diferentes atentados en su vivienda, por lo cual el 11 y 12 de agosto de 2011 tuvieron que cambiar de residencia, tal como lo testificaron sus padres Luz Marina y Eulises, y su tía Ruby Maribel Martínez Ríos.

- El testigo directo advirtió al igual que la señora Ruby Maribel (tía del ultimado), que el día de los hechos Carlos Andrés recibió una llamada de Andrea de Jesús Higuita, quien lo citó al sector de "Frailes", en Dosquebradas, para que le colaborara con la venta de un vehículo. Sin embargo ante los diferentes atentados y la desconfianza en la acusada, aquella le sugirió a Didier Alejandro Lenis que acompañara a su sobrino y se fueron en un taxi. Primero descendió Carlos Andrés, quien dialogó como Andrea de Jesús, luego ingresó a la discoteca "La Farra" y como su amigo se demoraba, Didier Alejandro acudió al sitio, pero Jhon Jairo Vásquez se le adelantó, entró al establecimiento y le disparó a Carlos Andrés, quien se encontraba de pie.

- No puede pedirse más claridad en el caso, ya que la presencia de Carlos Andrés Cardona y de Didier Alejandro Lenis en ese sitio no fue casual. Por el contrario, acudieron en razón del llamado que les hizo la señora Higuita. Era tanta la desconfianza que había, que la propia tía del occiso, fue quien le sugirió la compañía del joven Lenis.

- No se puede decirse que se trate de un montaje para endilgar la responsabilidad a los procesados, pues todos los sucesos conducen a pregonar lo contrario.

- La declaración de Aldinever Bermúdez Hernández, administrador de la taberna, se torna imprecisa pues según las fotografías que utilizó para explicar sus dichos, manifestó que la víctima estaba sentada y que el agresor le disparó desde el andén del establecimiento, sin ingresar al mismo, Sin embargo, si se analizan los documentos usados, se puede concluir que no es posible aceptar esta explicación, porque la trayectoria de los proyectiles en el cuerpo, según lo dijo el médico legista, tenían dirección ínfero-superior, es decir de abajo hacia arriba, y si se aceptara la versión del testigo, los disparos tendrían que tener un plano horizontal, lo que representa una contradicción palmaria. Además dos de los proyectiles tuvieron orificio de salida tanto en la zona escapular derecha e izquierda, y ¿si el occiso estaba sentado junto a la pared, dando la espalda, como lo señaló el deponente, por qué motivo no figuran huellas en la pared de impactos?. Es por esto, que la exposición del testigo Didier Alejandro Lenis toma fuerza,

cuando relata que el ofendido se encontraba de pie y fue atacado en esta posición, siendo así posible explicar las trayectorias y las direcciones de los proyectiles, señaladas por el perito.

- No puede olvidarse que los padres y la tía de Carlos Andrés Cardona Martínez y Didier Alejandro Lenis Moncada, habían recibido amenazas si declaraban en este proceso, los tres primeros por parte de Andrea de Jesús Higuita Quiñones, y el último por intermedio de Ronald, un hijo de Jhon Jairo Vásquez Pérez.

- A pesar de los esfuerzos de la defensa para probar que sus representados se encontraban en lugares diferentes cuando ocurrieron los hechos, se concluye que se trata de coartadas que no prosperaron, pues el señalamiento hacia los acusados es contundente por parte de un testigo que los conocía plenamente de tiempo atrás y no hay lugar a confusión.

4.2 Luego de hacer el ejercicio de dosimetría penal, se le fijó al procesado Jhon Jairo Vásquez Pérez, una pena de 230 meses de prisión al hallarlo responsable como autor a título de dolo de los punibles de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; mientras que a la procesada Andrea de Jesús Higuita Quiñones, se le encontró responsable a título de dolo y en calidad de cómplice de idénticos ilícitos, y se le impuso una pena principal de 180 meses de prisión. Para ambos se impuso como pena accesoria, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena principal. No se les concedió la condena de ejecución condicional, ni la prisión domiciliaria, y en consecuencia, se revocó la detención domiciliaria de que venía gozando la señora Higuita Quiñones.

5. SOBRE LOS RECURSOS PROPUESTOS.

5.1 Defensor de Jhon Jairo Pérez Vásquez (recurrente)

- En un lacónico escrito se limitó a señalar que su intención era coadyuvar las pretensiones del abogado de la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones y que se debía tener como “sospechoso” el testimonio presentado por la Fiscalía General de la Nación (sin decir cuál de todos).

- Citó un aparte de la sentencia C-537 de 2006, sin hacer algún desarrollo al respecto; por último indicó lo siguiente, sin señalar el punto al que quería llegar y sin siquiera identificar si se trata de una cita textual de un precedente jurisprudencial o una manifestación de la cual es autor, y que señala lo siguiente:

  “*No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias, por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo*

plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo. No se niega el acceso a la administración de justicia, ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad…"

Para finalizar solicitó que se revocara el fallo de primer grado, para que en su lugar se emitiera fallo absolutorio.

5.2 El defensor de Andrea de Jesús Higuita Quiñones (recurrente), presentó sustentación del recurso de apelación, principalmente, atacando la valoración probatoria hecha por el juez *a-quo,* específicamente el testimonio de Didier Alejandro Lenis Moncada. Su intervención pude sintetizarse así:

- A minuto 24:23 de la audiencia de lectura de fallo se escucha cuando el Juez de instancia dice que el policía primer respondiente Luis Jerónimo Castillón (sic), halló al occiso en la parte de afuera de la discoteca y que no encontró ningún otro elemento.

- De allí surgen varios interrogantes, ya que la FGN nunca investigó lo que dijo el administrador de este establecimiento de comercio de nombre "La Farra", en el sentido de que en ese negocio habían dos hombres y dos mujeres, a pesar de tener la obligación de determinar quiénes eran esas personas que se constituían, junto con el administrador, en los únicos testigos directos de los hechos ocurridos el 12 de agosto de 2011.

- El primer respondiente dijo que varias personas habían visto quién disparó, pero que no dijeron nada por temor. Sin embargo, no se estableció de quiénes se trataba, ni fueron vinculados al Programa de Protección de Testigos, pese a que el administrador de la discoteca dijo que eran personas de ese barrio.

- En el minuto 25:33 de la misma audiencia de lectura de sentencia, el Juez manifestó que Jorge Iván Pantoja Varón, quien cumplía con funciones de policía judicial, fue quien fijó fotográficamente el lugar de los hechos, el 12 de agosto de 2011,.incluyendo el lago hemático y un ojiva achatada que se hallaron al interior de esa discoteca. No se conoció el resultado de la prueba técnica correspondiente a ese hallazgo, ni cómo responsabiliza objetivamente a su representada.
- El *A quo,* le otorgó plena credibilidad al testimonio de Didier Alejandro Lenis Moncada, quien dijo que el 13 de agosto de 2011 (sic) estuvo en la discoteca La Farra y vio los hechos en los que resultó muerto Carlos Andrés; además así quedó dicho en la entrevista del 21 de septiembre de 2011. Lo anterior indica que el joven Lenis no estuvo en ese negocio el 12 de agosto de 2011, por lo cual no pudo haber

observado el homicidio, ni mucho menos a Andrea de Jesús Higuita y a "El Chunco" cinco minutos antes de los hechos. En cambio, si estuvo allí al día siguiente, lo que le permitió conocer la ubicación de la discoteca, sus características y su número de puertas de acceso, como quedó claro al ser contrainterrogado y exponer que nunca había ido a la discoteca del barrio Frailes, lo que demuestra que se trata de un testigo falso. Haber ido a la discoteca un día después de la muerte de la víctima, también le permitió tener información sobre las vías de acceso a ese lugar.

- En consecuencia sólo quedaría por buscar a las víctimas del falso testimonio de Didier Alejandro Lenis, para poder orientar a las autoridades hacia "Edwin el duro de la olla", al decir que su defendida era "la moza" (sic) de Edwin", como lo creyó el juez de conocimiento.

- Lo que se trataba era de causarle daño al bando contrario, en asuntos de traficantes de estupefacientes, ya que el occiso "era el duro de la olla (sic) de La Mariana", y peleaba por el expendio de narcóticos en su territorio, tal como lo dijeron los testigos de su representada; el mismo Didier Alejandro e incluso uno de los Patrulleros que describió a la víctima como una persona problemática y "peleador de territorio", por negocios de narcóticos.

- El juez de primer grado, le dio veracidad de manera errónea, al plano fotográfico y a las fotografías en donde el testigo mentiroso ubicó la información que recogió un día después de los hechos, ya que no estuvo en ese sitio el 12 de agosto de 2011, y el juez le otorgó credibilidad al manifestar que conocía a su representada y al "chunco" por haber vivido en el sector, para efectos de implicar a los acusados, lo que constituye un "falso raciocinio" del fallador.

- El testimonio del señor Lenis Moncada no fue apreciado en conjunto con las demás pruebas, pese a que incurrió en contradicciones y respondió "no recuerdo" en más de 25 ocasiones. A su vez en la entrevista que rindió el 21 de septiembre de 2011 dijo que iba detrás de su amigo Keko, lo cual no era cierto ya que para el sicario, era mejor ultimarlo dentro de la discoteca y no en el andén, lo que obviamente le facilitaría la huida, máxime cuando lo esperaban una moto y un taxi.

- No entiende como pudo creer el juez de conocimiento, que la víctima se hubiera salvado de un atentado dos o tres días antes de los hechos, en el sector del "mirador de Las Camelias", gracias a una patrulla de la Policía, a donde fue por invitación de Andrea de J. Higuita según lo que dijo el testigo Lenis y que pese a ello, hubiera aceptado ir a la cita que le puso su defendida el día en que le dieron muerte.

- Nunca se probó que el motivo de la llamada que según la Fiscalía, le hizo su mandante al señor Cardona, estuviera relacionada con la venta de un carro, ya que esa no era la actividad de la víctima.

- El testigo Lenis mintió, porque pese a conocer la peligrosidad del "chunco" y saber que había herido a una señora de su barrio con un machete, dejó que su amigo fuera a encontrarse con Andrea de J. Higuita.

- La FGN no practicó las pruebas técnicas necesarias para demostrar que su representada hizo las llamadas para citar a la víctima al sitio donde fue ultimado.

- A su poderdante se le involucra por parte de la Fiscalía, por unas supuestas llamadas para sacar a Carlos Andrés para que le quitaran la vida, pero no se obtuvo la prueba técnica que demostrara ese hecho, como la ubicación de los celulares de donde se llamó, con el correspondiente link de llamadas, pese a lo cual se le otorgó credibilidad al testigo Lenis, pese a sus omisiones y contradicciones, lo cual se debe revisar con base en el concepto de testimonio articulado o adjunto, de acuerdo a CSJ SP del 9 de noviembre de 2006, Rad. 25.738 y 31001 del 21 de octubre de 2009.

- El Juez de instancia, le restó importancia al testimonio del administrador de la taberna, quien fue el único testigo directo y presencial de lo sucedido. Su versión fue descalificada porque dijo que la víctima estaba sentada y que la trayectoria de los proyectiles no coincidían con los planos del impacto en el cuerpo de la víctima. No se tuvo en cuenta, que por un acto reflejo, cualquier persona que esté en esa posición y observa que accionan un arma de fuego, lo que hace es pararse para tratar de huir o salvar su vida enfrentando al agresor. Tampoco se consideró que el citado testigo dijo que la víctima había llegado sola a la discoteca; que no había hablado con nadie y que nunca había visto a los acusados.

- Los testimonios a favor de los procesados fueron desestimados, pese a que de ellos se deducía que su representada y el señor Jhon Jairo se encontraban en otros sitios y con personas diferentes a la hora de los hechos.

- Durante la audiencia de lectura de fallo, la defensa dio a conocer que se contaba con información, en el sentido de que el verdadero homicida era un hombre identificado como José Gabriel Torres, quien se encuentra detenido en la cárcel de varones de Pereira. Esa prueba corresponde a una evidencia sobreviniente, y por ello se anexa una declaración en donde el señor Juan Pablo Arenas declara que vio cuando el citado Torres le disparó a la víctima el a 12 de agosto de 2011.

- El "testigo estrella" de la FGN mintió al manifestar que Andrea de J. Higuita estaba llamando a la víctima, desde las 6 p.m. del día de los hechos, pero como su celular se encontraba descargado, éste le prestó el suyo y le puso la simcard, lo que se debió demostrar con el "link" de llamadas de cada teléfono. Además de acuerdo con lo dicho por Bryan (sobrino de Andrea Higuita), el señor Lenis se encontraba

en el barrio Parque Industrial, ayudando en el trasteo de una tía de la víctima, por lo cual no pudo presenciar lo sucedido antes, en el momento y después del homicidio.

- No se formuló una denuncia inmediata en contra de los procesados, a fin de que se les hiciera prueba de "guantelete", como debía haber ocurrido de ser cierto que el señor Lenis le contó al padre de Carlos Andrés lo que había ocurrido, pues esa es la reacción que se asume de manera inmediata.

- La progenitora de la víctima, dijo que su hijo había recibido amenazas por parte de la banda "Libertadores" .No existen las denuncias respectivas ante la autoridad competente; no se presentó un organigrama para corroborar la existencia real de dicha organización, ni se corroboró que fuera cierto que casi todos los días se hicieran disparos contra la casa de la familia de Carlos Andrés.

- La tesis del *A quo* según la cual los procesados y el ofendido ejercían actividades relacionadas con estupefacientes, no solo es irresponsable sino calumniosa, pues no existe prueba al respecto, fuera de que desvirtúa el móvil del homicidio, consistente en el hecho de que la víctima impedía el libre ejercicio del tráfico de drogas en su barrio.

- Tanto el juez de conocimiento como el Procurador delegado intervinieron en el juicio oral, para "aterrizar" el testimonio de Didier Lenis, con un plano y unas fotografías, frente al evidente enredo del testigo, lo que contaminó esa prueba.

- La Fiscalía no logró quebrar la presunción de inocencia de la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones. Pese a ello, en una sentencia inesperada y contradictoria se le condenó a una pena de 15 años de prisión. Solicita que se revoque la sentencia de primer nivel y se absuelva a su representada.

5.3 Delegado FGN (no recurrente)

- La defensa considera que la FGN no adelantó la investigación de ciertos hechos, entre ellos, la presencia de cuatro personas que estaban en el establecimiento, quienes debieron conocer los hechos; la falta de pruebas técnicas sobre una ojiva que se halló en el lugar de los hechos y la relación de este EMP con la señora Higuita.
- Además ha cuestionado el análisis del *A quo,* sobre lo manifestado por Didier Alejandro Lenis Moncada, que en su criterio es un testigo mentiroso, ya que dijo que los hechos habían ocurrido el 13 de agosto de 2011, lo que según la apreciación de la defensa, indica que si estuvo en el lugar donde se perpetró el homicidio, pero un día después, lo que le permitió hablar con el administrador de la discoteca "La Farra"; observar detalles del sitio y la ubicación del occiso y por ello pudo dar información al respecto. Igualmente controvierte la decisión judicial por darle credibilidad al plano y a las fotografías exhibidas, lo

que llevaba a no creer lo dicho respecto de un posible atentado fraguado en días anteriores en contra de la víctima, del cual se salvó el hoy occiso.

- El apoderado de la señora Higuita Quiñones, dice que no se demostró lo referente a la llamada que su defendida presuntamente hizo al ofendido y cuestiona la credibilidad del relato del testigo Lenis sobre la manera en que ocurrieron los hechos, ya que en su criterio era más fácil para el sicario ultimar al señor Cardona en la discoteca y en el andén, donde le quedaría más fácil huir.

- El censor no le otorga credibilidad al testimonio de Luz Marina Martínez, madre del occiso, quien dio cuenta de los atentados de que fue víctima su hijo, cuestionando que estas situaciones no se hubieran puesto en conocimiento de las autoridades y que no se hubiera presentado el organigrama de dicha estructura delictiva. Además expone que en este caso no se cumplió el principio de investigación integral.

- Se solicita en el recurso, que se valore una "prueba sobreviniente", con base en el dicho de un tercero, refiriendo que el otro abogado (el doctor Mena Pino), tenía conocimiento de la misma y no la había aportado en favor de sus prohijados. Sin embargo ese profesional, que también interpuso recurso de apelación, se limitó a señalar que coadyuvaba las pretensiones de la defensa de Andrea de Jesús Higuita Quiñones.

- El recurrente considera que en este caso no se reunían los requisitos del artículo 381 del C.P.P., para dictar una sentencia condenatoria. Sin embargo, el recurrente solo hizo alusión a los apartes de los testimonios que se relacionaban con lo que pretendía demostrar, olvidando que el testimonio debe apreciarse tal y como lo estipula el artículo 404 del C.P.P. Lo mismo se predica de la prueba pericial recibida que se debe examinar en conjunto y fue así como el juez de instancia al hacer un análisis global de las pruebas practicadas, llegó a la conclusión de condena.

- No puede ser de recibo la petición de examen de una "prueba sobreviniente", proveniente de un tercero que señala a otra persona como autor del homicidio, ya que como lo afirma el recurrente, el abogado Mena Pino conocía de la misma y no la aportó. Esa petición no tiene asidero, ya que esa evidencia no fue puesta a consideración en las audiencias de acusación ni en la preparatoria y por ello no se practicó en el juicio oral, por lo que ahora no resulta posible que sea practicada y valorada.

- El defensor desconoce que si bien en ley 600 de 2.000, se obligaba a la Fiscalía a realizar una investigación integral, esa situación no es igual en el sistemas acusatorio, donde le corresponde a la defensa probar su teoría del caso, allegando los EMP correspondientes, conforme al artículo 125-8 del C.P.P.

- Al observar los registros de la audiencia de juicio oral, se podrá percibir que los testigos no solo hicieron las manifestaciones resaltadas por la defensa, y que el haber probatorio es suficiente para proferir un fallo condenatorio, por lo cual solicita la confirmación del fallo recurrido.

6. SINOPSIS PROBATORIA

6.1 ESTIPULACIONES PROBATORIAS:

6.1.1 Lo relativo a la muerte violenta de Carlos Andrés Cardona Martínez, según el informe pericial de necropsia suscrito por el médico Jorge Federico Gartner Vargas y el correspondiente registro de defunción. El perito será interrogado sobre las lesiones causadas según el protocolo de necropsia y su registro civil de defunción.

6.1.2 La plena identidad de los acusados, con informes de laboratorio de dactiloscopia.

6.1.3 Jhon Jairo Vásquez Pérez y Andrea de Jesús Higuita Quiñones, no están registrados como titulares de permisos para portar armas de fuego, según oficio emitido por del batallón San Mateo.

6.1.4 Los procesados no registran antecedentes penales, según oficio del 22 de septiembre de 2011, expedido por el DAS.

6.1.5 El testimonio de Víctor Hugo Hernández Muñoz, perito en toxicología del Instituto Medicina Legal y su informe pericial, que se refiere al estudio de muestra de orina del occiso, cuya interpretación es que la muestra analizada no reportó canabinoides, opiáceos ni cocaína.

6.1.6 El testimonio del perito Wilson Sanabria Sierra sobre su informe pericial de balística, realizado sobre dos proyectiles que fueron encontrados en el cadáver de Carlos Andrés Cardona. Se concluye que tipo de arma disparó esos proyectiles.

6.1.7 Testimonios de Wilson Martínez Borja y Juan Carlos Gómez, técnicos en fotografía y retratos hablado, respectivamente, sobre el procedimiento para elaborar álbumes fotográficos para reconocimientos. Se da por sentado que los álbumes se confeccionaron conforme a las normas legales y las técnicas del caso.

6.2 PRUEBAS DE LA FGN.

6.2.1 LUIS GERÓNIMO CASTRILLÓN ESCOBAR (funcionario de Policía Judicial).

Atendió un caso de homicidio en el sector de “Frailes” de Dosquebradas.

Se desplazaron al lugar de los hechos; realizaron labores de vecindario y entrevistaron informalmente a algunas personas.
Encontraron un cadáver en la parte externa de un establecimiento público.

Entrevistaron al administrador del local y a otras personas sobre el hecho. Les informaron que la víctima estaba dentro del establecimiento consumiendo una cerveza, cuando llegó un hombre que le propinó unos disparos y luego huyó del sitio.

Lograron identificar al fallecido que era conocido, en razón las actividades policivas que adelantaron en los barrios "La Mariana" y "Libertadores".

El finado vivía en ese sector y tenía problemas por enfrentamientos entre bandas, que les correspondía atender en ejercicio de su labor policial. El señor Cardona participaba en esos hechos.

Fueron a buscar los autores del hecho. En el cuerpo del occiso se encontró un proyectil.

El administrador del negocio les dijo que no había observado los hechos directamente, sino que la víctima se estaba tomando una cerveza cuando fue atacada por un hombre.

La información que llegó a la central de radio fue que una persona disparó y otras lo ayudaron a huir. No determinaron en el momento cuántos fueron los autores del hecho. Les dijeron en entrevistas informales que el autor del homicidio se había ido del lugar de los hechos en un taxi acompañado de otro individuo que se transportaba en una moto. Les dieron algunos datos sobre la vestimenta del asesino.

Conoció a la víctima quien tenía problemas en sector donde residía, barrios "Libertadores" y "Villamaría", ya que participaba en los enfrentamientos e intercambio de disparos que se presentaban en ese sector.

El hecho ocurrió en un establecimiento ubicado en la vía principal en el sector de "Frailes", que era un lugar abierto al público.

Le señalaron la mesa donde estaba sentada la víctima, hacia la cual había buena visibilidad. Unas personas dijeron haber presenciado los hechos, pero no suministraron información sobre las características del autor por temor a represalias, y que esa persona se paró frente a la mesa donde estaba el occiso y accionó el arma. Inicialmente llegó una patrulla uniformada. Su grupo se hizo presente a los 10 minutos de ocurrido el homicidio.

6.2.2 JOSÉ IVÁN PANTOJA VARÓN: (Funcionario de criminalística de la SIJIN)

En el mes de agosto de 2011, le correspondió atender un caso de homicidio en el sector de "Frailes". Realizaron la inspección al cadáver, la fijación y el bosquejo topográfico.[9]

[9] Folios 51 a 56

El cuerpo estaba sobre la vía al lado del andén frente a un establecimiento público, en un sitio oscuro, presentaba orificios causados por disparos de arma de fuego. Se encontró un proyectil deformado.

Reconoció el acta de inspección técnica a cadáver del 12/08/2011 a las 21:20 horas, e hizo referencia a su contenido.

Dentro del establecimiento "La farra" se encontró un lago hemático y un proyectil. Hizo referencia a otras labores relacionadas con la inspección del cuerpo de la víctima, entre ellas la elaboración de un bosquejo o dibujo del lugar de los hechos; el sitio donde estaba el cadáver; las entradas y salidas del lugar, en el cual la evidencia 1 es el cuerpo y la 2 un proyectil.

El proyectil se encontró dentro del negocio "La Farra", al lado del cuadro hemático. En el sector no había buena visibilidad.

Se relacionaron los objetos que portaba el occiso. Si se le hubiera encontrado un celular, eso se habría plasmado en el informe. Se demoraron entre 30 o 40 minutos para llegar al lugar de los hechos. Cuando transcurre cierto tiempo, es posible que muchos elementos ya no se encuentren en el cadáver.

6.2.3 DIDIER ALEJANDRO LENIS MONCADA (Testigo de los hechos, vinculado al Programa de Protección de Testigos de la FGN)

Siempre ha vivido en Dosquebradas, en el barrio La Mariana, donde conoció a Carlos Andrés Cardona Ramírez, se conocían desde pequeños.

Para el mes de agosto de 2011 conservaba su relación de amistad con la víctima, quien fue asesinado el 13 de agosto de ese año, en la discoteca "La Farra" del sector de "Frailes", hecho que pudo presenciar.

Ese día Andrea de Jesús llamada "la mona" a quien señaló en su declaración, estuvo llamando desde las 18.00 horas a Carlos Andrés Cardona.

Andrea le hizo una llamada a la mujer de Carlos Andrés, llamada Érika, quien se puso celosa y llamó a su compañero, quien le dijo que se trataba de Andrea "la tía de Bryan"
Estaba con la víctima cuando recibió esa llamada. El celular de Carlos Andrés estaba descargado. Érika le pidió que le prestara su teléfono a Carlos Andrés. Le sacó su SIM card y ahí fue que ella lo llamó.

La última llamada que recibió Carlos Andrés fue la que le hizo Andrea.

Supo que había sido ella porque su amigo le dijo que se iba a bañar para ir a hacer una vuelta de un negocio de un carro, para venderlo y reclamar un dinero.

Carlos Andrés le dijo que si le pasaba algo era por Andrea, con quien se iba a ver en una discoteca. Una tía de su amigo llamada Maribel le dijo que no fuera que eso era una trampa, y lo envió con Carlos Andrés en un taxi.

Llegaron a la discoteca del sector de “Frailes”. Entraron al barrio. Andrea de Jesús estaba afuera de ese negocio hablando con un hombre llamado Jairo, conocido como “el chunco“, a quien conocía.

Carlos Andrés Cardona se bajó a la mitad de la cuadra. Él se quedó en la esquina. El señor Jairo se fue como hacia la parte de atrás de la discoteca. Andrea se quedó ahí sola. Su amigo se quedó hablando con Andrea, quien luego se fue en la misma dirección de Jairo.

Carlos Andrés entró a la discoteca. Como se estaba demorando se preocupó y empezó a bajar.

En ese momento, Jairo “el chunco”, se vino por el lado izquierdo y pasó a su lado con un revólver en la mano. Cuando asomó su cabeza hacia la discoteca vio cuando Jairo “*le estaba impactando los tiros a Carlos Andrés ahí de frente*”.

En ese momento estaba afuera en la puerta. Jairo estaba dentro de la discoteca, cuando le propinó los tiros a Carlos Andrés que estaba de pie.

Retomando lo sucedido, dijo que Carlos Andrés se había bajado primero del taxi, porque Andrea le había dicho que fuera con nadie.

Expuso que por la confianza que le tenía, su amigo le había contado que Andrea lo había citado al mirador de “Las Camelias”, dos o tres días antes de que le dieran muerte; que se iba a ver con ella y con Andrey, que era un joven del barrio “Libertadores”.

Su amigo le dijo que lo llamaría o le colocaba un mensaje si pasaba algo, pero luego le informó que todo estaba bien; que se había salvado porque ese día pasó una patrulla de la policía, ya que le iban a hacer un atentado allá.

Carlos Andrés le cumplía las citas a Andrea porque se conocían de toda la vida y se criaron en el barrio “La mariana”. No sabe si tenían alguna relación sentimental.

Al retomar el relato sobre el suceso expuso:

Cuando Carlos Andrés se bajó del taxi se fue hacia donde estaba Andrea y conversó con ella. Después Andrea se fue en la misma dirección que Jairo “el chunco”. Los vio hablando cuando llegaron en el taxi a la discoteca.

Su amigo apodado “keko” entró al negocio. Vio cuando le dispararon a Carlos Andrés. Detrás de él y dentro de la multitud estaban Jairo y Andrea.

Después de que Jairo disparó le pasaron una chaqueta blanca y salió por otro lado. Los vio entre la gente. Sintió temor de que llegara más gente del barrio “Libertadores”, que lo conocían, que es un sector donde venden estupefacientes.

Carlos Andrés y él residían en "La Mariana". No tenían problemas con la gente de "Los Libertadores", pero esas personas querían tomarse su barrio para venderle estupefacientes a los jóvenes.

Carlos Andrés no los dejaba meter al barrio a vender drogas y por eso los amenazaron. Supo que Carlos Andrés "estaba valiendo como 4 millones". Las personas de "Los libertadores" le daban bala a la casa de Carlos Andrés. Los dos habían sufrido atentados.

Conocía al autor de los hechos, llamado Jairo, quien vivía en "Los Libertadores". Andrea vivía en "La Mariana" y tiene familia en "Los Libertadores".

Le contó al padre de su amigo sobre lo sucedido.

Luego del homicidio rindió una entrevista. Realizó un reconocimiento fotográfico de Jairo y de Andrea.

La fiscal le puso de presente al testigo un informe de investigador de campo del 26 de octubre de 2011, correspondiente a los reconocimientos fotográficos de los acusados. El testigo expuso:
No recuerda la diligencia donde le mostraron esos documentos.

Reconoció su firma en el acta de reconocimiento de Andrea de Jesús Higuita, actuación que realizó en presencia de un investigador de apellido Villota, lo cual hizo de manera voluntaria, ya que no recibió presiones ni le dijeron a quién señalar.[10]

También reconoció su firma y su huella en el acta de reconocimiento de Jhon Jairo Vásquez Perez, indicando que nadie le dijo que lo tenía que señalar.[11]

Ha sido amenazado continuamente. Las intimidaciones vienen del sector de "Los Libertadores". Una de las personas que lo amenazó fue un hijo de Jhon Jairo Vásquez, llamado Ronald.
Nunca pensó que Andrea "fuera a sacar" a Carlos Andrés Cardona para que lo mataran, ya que eran amigos desde pequeños, al igual que su familia. Andrea lo hizo por dinero, ya que era "la moza" de Edwin N. que es "el duro" de la banda de "Los Libertadores" quien maneja las armas y controla el negocio de la droga en ese sector.

El testigo señaló a los acusados, indicando que eran las personas que vio cuando mataron a Carlos Andrés y quedó constancia de que se encontraban en la sala de audiencias. No es amigo de Andrea pero la conocía como residente del barrio, ni había tenido problemas con ella ni con Jhon Jairo.

Al ser contrainterrogado por el abogado de Jhon Jairo Vásquez, expuso:

Recordaba la fecha de los hechos porque ese día estaba cumpliendo un mes con su novia.

[10] Folios 29 a 34
[11] Folios 18 a 27

Estaban acompañados de otras personas del barrio "La Mariana" cuando le hicieron una llamada. Carlos Andrés le había dado el número de su celular a su compañera Érika y luego le manifestó que "la mona Andrea", lo había citado en "Frailes" para un negocio de un carro, con el fin de que lo vendiera y se ganara un dinero. Su amigo le dijo que sentía desconfianza y le dijo que "lo iba a ligar".

Se refirió a las circunstancias en que arribó con su amigo a la discoteca de "Frailes", donde se encontró con Andrea, quien luego se fue en la dirección que tomó Jhon Jairo, y lo que sucedió cuando esta persona le disparó a su amigo.

Reiteró que vio a Jairo cuando le disparaba a Carlos Andrés. Escuchó tres o cuatro detonaciones. No alcanzó a ver si su amigo tenía algo en la mano porque estaba muy oscuro. Jhon Jairo salió normal y luego lo vio con Andrea entre la multitud. Ambos vestían ropa oscura.

Le informó al padre de Carlos Andrés llamado "Eulises" que Andrea era la que había sacado a su hijo de su barrio para que lo mataran, ya que no lo podían hacer en "La Mariana".

Conocía a Jhon Jairo, quien vivía en "Los libertadores" 7 años antes porque este había "machetiado" a una señora. Insistió en que el móvil del crimen fue el interés de la gente de ese barrio de apoderarse de "La Mariana" para vender drogas.

Al ser interrogado por la fiscal manifestó que en el momento en que Carlos Andrés recibió la llamada de Andrea estaban con varios amigos, entre ellos Bryan que era sobrino de ella y amigo de la víctima. Cuando le dieron muerte a su compañero no le dijo a Bryan que fueran a declarar sobre los hechos.

Durante el contrainterrogatorio del defensor de Andrea de J. Higuita, refirió nuevamente lo sucedido antes de que se presentara el homicidio, en lo relativo a la llamada que este recibió y las circunstancias que motivaron su desplazamiento en compañía de Carlos Andrés al sector de "Frailes" .

Se le puso de presente una entrevista de fecha 21 de septiembre de 2011.[12]

Se le dio lectura a un aparte de ese documento. Manifestó que no recordaba lo que dijo en esa oportunidad y que lo que expresó era porque estaba "azarado". El aparte pertinente dice: *"keko se bajó primero solo y yo caminé detrás de él"*

Dijo que reconocía el documento que se le puso de presente, de fecha 21/09/2011. Expuso que para ese día era posible que se acordara mejor de los hechos y que manifestó que había caminado detrás de "keko" (Carlos Andrés Cardona) a una cierta distancia y que su amigo le había contado sobre los hechos que refirió antes, sucedidos en el barrio "Las Camelias", y que recordaba si los había narrado en esa entrevista.

[12] No fue incorporada como prueba.

Explicó que Carlos Andrés desconfiaba de Andrea, pero que "le salió" en dos oportunidades, una en episodio del mirador de "Las Camelias" y otra el día de los hechos. No sabe si tenían alguna relación sentimental. No puede precisar si ellos tenían una relación sentimental.

Se le leyó otro aparte de su entrevista, donde dijo que luego del crimen se fue para su casa y que días después le había contado al señor Eulises Cardona padre de la víctima sobre el suceso. Expuso que sobre ese punto lo real fue lo que dijo en su declaración.

Sobre el mismo documento expuso que lo reconocía; que era de fecha 30/0/07/2012[13]y que le había mencionado al investigador la comunicación que hizo la mujer llamada Érika (compañera del occiso) a su celular. Dijo que en esa entrevista había narrado que Carlos Andrés desconfiaba de las llamadas de Andrea, porque ella frecuentaba el barrio "Libertadores" y hablaba con esa gente".

Manifestó que su amigo "le salió a Andrea", porque no creyó que ella "le fuera a picar arrastre" y que esa segunda cita fue por un carro que le habían regalado a Andrea y necesitaba que Carlos Andrés se lo vendiera. Igualmente expuso que el investigador de la defensa lo había hecho incurrir en confusiones.

Con base en una pregunta del delegado del Ministerio Público repitió luego de examinar un bosquejo y una fotografía, lo que había manifestado sobre las circunstancias previas al hecho. Hizo referencia a la ubicación de los procesados antes del hecho y confirmó que "el chunco" (Jhon Jairo Vásquez), fue el autor de los disparos que segaron la vida de su amigo, señalando el sitio desde donde accionó el arma.

6.2.3 JORGE FEDERICO TOMÁS GARTNER VARGAS (Médico legista adscrito al Instituto de Medicina Legal)
Hizo referencia a sus funciones y su experiencia profesional.

Reconoció el informe pericial de necropsia de Carlos Andrés Cardona Martínez e hizo mención de su contenido; las lesiones que presentaba su cadáver; su trayectoria y los daños que ocasionaron. Dijo que la víctima presentaba tres lesiones mortales que comprometieron órganos vitales, las de la cabeza y las dos del tórax, y que la del brazo y la región escapular no tenían ese carácter.[14]

Frente a una pregunta del defensor de Jhon Jairo Vásquez explicó que una trayectoria ínfero superior quiere decir de abajo hacia arriba; que no podía decir si la víctima estaba sentada o parada, ni que hubiera existido una distancia muy notable; que en la herida de la cabeza esa diferencia era muy poca; que se especificó la trayectoria pero eso no quería decir que hubiera sido disparada desde muy abajo, ya que si un proyectil encuentra un obstáculo como un hueso se puede desviar. En este caso los proyectiles

[13] No fue introducida como prueba
[14] Folios 1 a 8

ingresaron por el lado derecho del cuerpo del occiso y salieron por el lado izquierdo.

Al responder al Procurador manifestó que en este caso observó cinco heridas de derecha a izquierda salvo la primera, lo que se explicaba por la rotación de la cabeza y que el arma estaba a la derecha de la víctima, por delante de ella y ligeramente hacia abajo.

6.2.4 GIOVANY VILLOTA GALVIS: (Investigador policía judicial MEPER, le correspondió desarrollar el programa metodológico respecto del homicidio de Carlos Andrés Cardona Martínez)

Entrevistó a Eulises de Jesús Cardona, padre de la víctima, quien le manifestó que tenía conocimiento sobre la ubicación de un testigo presencial del hecho, a quien identificó como Didier Lenis Moncada, de quien dijo que había sido el mejor amigo de su hijo, y que el día en que ocurrieron los hechos habían estado juntos en el barrio La Mariana, mientras realizaban un trasteo puesto que se habían visto en la necesidad de cambiar de domicilio, y que estando allí, su hijo recibió una llamada en su teléfono celular de Andrea de Jesús Higuita Quiñones, quien lo citó para que se vieran en el sector de "Frailes", entre las 20 y 20:40 y que en vista de que la exigencia era de que fuera solo a la cita, Carlos Andrés le pidió a su amigo Didier que lo acompañara hasta ese sitio, donde estaba Andrea con otra persona del barrio "Libertadores" conocido como "el chunco" .

Según este declarante el entrevistado les dijo que de acuerdo a la información recibida su hijo se fue en un taxi hacia ese sector acompañado de Didier; llegaron hasta allí; se bajaron antes del negocio; Carlos Andrés entró a la discoteca y habló brevemente con Andrea de J. Higuita, quien luego se fue del lugar y Didier que decidió ingresar al ver la demora de su hijo, pudo observar a una persona que entró al negocio y le disparó a Carlos Andrés..

El investigador Villota dijo que el señor Eulises Cardona los puso en contacto con Didier Lenis Moncada a quien se le recepcionó su testimonio. Además se adelantaron labores de verificación, incluyendo la entrevista a este joven, que fue realizada en el ICBF con la presencia de una Defensora de Familia, ya que era menor de edad.

Hizo mención de otras actividades investigativas que se realizaron en los sectores de "Libertadores" "Villamaría" y "La Mariana" para identificar a las personas señaladas de haber participado en el hecho.

Se centraron en el barrio "Libertadores" porque el joven Didier mencionó en su entrevista que esas personas eran de ese sector, y que el homicidio de Carlos Andrés fue ordenado directamente por individuos que lideraban la organización delincuencial dedicada al microtráfico en la zona de "Libertadores" y "Villamaría".

Con base en información de fuentes no formales se estableció que "Andrea" era Andrea de J. Higuita Quiñónez y que "el chunco" era el apodo de Jhon Jairo Vásquez Pérez; que había corrido el rumor de que estas dos personas

habían participado en el homicidio de Carlos Andrés, y que ellos trabajaban para los líderes de la olla de “Libertadores” y “Villamaría”, que eran un sujeto conocido como Edwin y su madre Viviana.

Dijo que Carlos Andrés Cardona era conocido con el apodo de “keko” y que de acuerdo a la versión de su amigo Didier pretendían atentar contra él, ya que “keko” estaba obstruyendo la venta de estupefacientes entre los sectores de “La Mariana” y “Libertadores”.

Expuso que en su entrevista Didier Lenis manifestó que conocía a Jhon Jairo Vásquez a. “el chunco” quien vivía por la cancha del barrio libertadores, y tenía ese apodo ya que le habían mutilado algunos de sus dedos de una de sus extremidades en una riña y que residente en el sector.

Se hicieron las gestiones investigativas para elaborar los álbumes fotográficos, con los que se realizó el reconocimiento de los indiciados con el testigo Didier Alejandro Lenis Moncada. El funcionario de policía judicial reconoció los documentos correspondientes a las diligencias que se realizaron en compañía de un delegado del Ministerio Público y una representante del ICBF.

Cuando le mostraron los álbumes, el investigador dijo que el testigo Didier Lenis señaló a Andrea de Jesús Higuita en ambas plantillas, y manifestó que era “la mona” que vivía en “Villamaría”; que esa fue la persona que “sacó a keko” para que lo mataran; que la primera vez que trataron de darle muerte fue en el mirador “Las Camelias” y luego en la discoteca de “Frailes”, sitio a donde llegó “el chunco” a asesinarlo.

Dijo que el joven Lenis manifestó que Andrea le había mandado a decir que “si se ponía de sapo lo mataban”, por lo cual tuvo que irse de su barrio; que la citada dama también amenazó a los familiares de su amigo “keko” y que trabajaba con Viviana y Edwin, encargados de “la olla” de “Libertadores”, donde residía.

Según el investigador Villota, el testigo Didier Lenis, señaló a Jhon Jairo Vásquez Pérez. En la conclusión se plasmó lo que dijo el testigo así: “*él es quien le disparó a mi amigo keko en la discoteca, le dicen el chunco, se la pasa últimamente en una motocicleta, mantiene por los lados de libertadores, vive por la cancha de arena de libertadores, antes de matar a keko habló al lado de la discoteca con la mona, luego ella se retiró después de hablar con keko y luego llegó el chunco y le disparó varias veces lo conozco de varios años, trabaja con Viviana y Edwin que son los que manejan la olla de Villa María*”.

El investigador identificó las actas de los reconocimientos fotográficos.

Dijo que los testigos dijeron haber recibido amenazas a través de redes sociales y que el señor Eulises Cardona (padre de la víctima) dijo que una familiar de Andrea de J. Higuita había ido a amenazarlo a su lugar de trabajo y que en otra oportunidad en que acompañó al mismo ciudadano a una sesión

de la audiencia, unos sujetos lo abordaron y le dijeron que tenía que dejar la investigación quieta o le harían un atentado a él o su familia.

Al ser contrainterrogado agregó que el señor Eulises le contó lo que le había informado días después el joven Didier Lenis sobre los hechos y que el mismo Lenis lo enteró sobre el lugar de residencia de "el chunco" que era en "Libertadores" manzana 5 casa 1 A, que fue el sitio donde se hizo efectiva la captura de este procesado.

Se refirió a la información que le entregó el joven Lenis sobre lo sucedido antes del homicidio y las rencillas que se presentaron con "keko", que se originaban en el hecho de que éste no permitía que personas de los barrios "Villamaría" y "Libertadores" vendieran estupefacientes en el sector donde estos residían:

No se verificó con testimonios formales que Jhon Jairo Vásquez perteneciera a alguna banda, ni que tuviera antecedentes penales o fuera amigo de Andrea de J. Higuita.

Con las indagaciones informales que hizo supo que el señor Vásquez tenía relaciones con las bandas de "Libertadores" y "Villamaría" lideradas por Edwin N. y Viviana N. Agregó que Didier Lenis mencionó que conocía a Jhon Jairo hacia dos o tres años. No mencionó problemas entre Vásquez y la víctima.

No estuvo presente cuando fue amenazado el padre de Carlos Andrés Cardona .Se enteró de las otras amenazas por lo que dijeron los testigos, ya que los mensajes colocados en redes sociales, fueron borrados inmediatamente.

No obtuvo el número del celular de Carlos Andrés Cardona ya que se hizo la solicitud a Comcel pero nunca se obtuvo respuesta. Tampoco consiguió los números de los celulares de Érika (compañera de la víctima), ni de Andrea de Jesús Higuita, ni se verificaron las llamadas entrantes y salientes.

Las personas conocidas como Edwin y Viviana lideraban una organización dedicada al microtráfico de sustancias estupefacientes. Desde el año 2008 fueron judicializados. Viviana se encuentra en prisión domiciliaria y Edwin se evadió.

Nadie manifestó que el occiso y Andrea de J. Higuita tuvieran alguna relación. Andrea fue capturada en el barrio "Libertadores", donde vivía una hermana suya.

Las personas de ese sector no quisieron dar entrevistas por el temor hacia las bandas que lideran las personas antes mencionadas. En el sector se han incautado armas de fuego, incluso de largo alcance

Se supo que Andrea de J. Higuita tenia familia en "Los Libertadores" y "La Mariana" y que al día siguiente de los hechos salió del sector, según lo que informó Didier Lenis.

No recuerda el nombre de la hermana de Andrea de Jesús que se quedó viviendo en su casa.

En el informe se plasmó que las personas no quisieron dar información formal por miedo a retaliaciones. Los entrevistados son personas que residían en ese sector, y a raíz del suceso que se presentó estaban abandonando el barrio, luego de esto se cambiaron de domicilio, pero toda la vida vivieron ahí.

6.2.5 ALDINEVER BERMÚDEZ HERNÁNDEZ: (Administrador de la taberna "La Farra" donde ocurrió el homicidio de Carlos Andrés Cardona)

Recuerda que el día de los hechos un joven llegó solo a ese negocio, se sentó, pidió una cerveza y como a los 5 o 10 minutos lo asesinaron.

El hecho se presentó aproximadamente las 20:40 horas. En ese momento estaba en el computador situado en la barra programando una música. Desde ahí no podía ver de frente a la víctima ya que había unas paredes que se interponían y esa persona se encontraba en la parte de afuera donde hay un corredor con mesas.
La persona que fue asesinada estuvo como 5 o 10 minutos, salió, luego regresó, se tomó uno o dos tragos y volvió a entrar.

Luego escuchó 3 o 4 impactos. Fue a prestarle los primeros auxilios, lo sacó hasta el andén cuando todavía tenía signos vitales. Esperó un vehículo para trasladarlo pero falleció.

Vio a la persona que disparó, que cubría su rostro con un pasamontañas y una gorra. En el lugar donde estaba había una puerta diagonal hacia afuera. Observó que era más o menos mediano y no muy alto. El autor de los hechos salió hacia las canchas del barrio. Los disparos los hizo desde el andén.

La persona que disparó huyó hacia adentro de las canchas.

Sobre unas fotografía señaló la posición de la víctima en el establecimiento, y la posición de la persona que disparó y su ubicación al momento del suceso.[15]

Durante el contrainterrogatorio expuso que no había visto a la persona que estaba en la sala de audiencias, quien vestía una camisa a cuadros (Jhon Jairo Vásquez) antes de que llegara la persona que fue asesinada que llegó solo al negocio, en los días previos al hecho, ni la conocía. El testigo reiteró que el autor de los hechos usaba un pasamontañas, estaba solo y salió hacia la entrada al barrio.

Rindió dos o tres entrevistas ante los investigadores. Siempre ha sido coherente en sus versiones.

Reconoció una de ellas del 13 de agosto de 2011. Dio lectura al tercer párrafo. Según ese documento, en lo sustancial refirió que la víctima llegó a la discoteca en un taxi, no estaba acompañado, se sentó y pidió una cerveza,

[15] Folios 60 a 62

salió y volvió a entrar en cuestión de segundos, no lo vio hablar con alguna mujer ni por celular, su visibilidad no era buena porque no lo veía de frente, cuando salió alcanzó a ver al agresor, a la persona de sexo femenino que se encontraba en la sala de audiencias (Andrea de J. Higuita) no la vio esa noche en las afueras del establecimiento, no la había visto antes, no la conocía, ni la observó dentro de la gente que se arrimó al negocio luego del hecho.

Expuso que no conocía a la persona que fue asesinada ni a los acusados.

6.2.6 LUZ MARINA MARTÍNEZ RÍOS (Madre de Carlos Andrés Cardona)

Su hijo tenía una relación de unión libre con "Erika".Un amigo de él llamado Didier los enteró el 12 de agosto de 2011, que le habían dado muerte en el sector de "Frailes" y que los responsables fueron "la señora Andrea y el señor Jairo".

Didier fue un amigo que acompañó a su hijo a la cita que le puso Andrea, para que le vendiera un carro. La misma mujer lo había invitado dos días antes al sector de "Las Camelias" al mismo negocio, según lo que le contó su esposo.

Andrea era una vecina del barrio "La Mariana", que era amiga de Carlos Andrés.

Luego de ser informada de la muerte de su hijo llamó a Andrea y le dijo que ya sabía que ella había sido la que "había sacado al niño" para que lo mataran, conforme a lo que les contó Didier Lenis.
Su hijo había recibido amenazas de la banda del barrio "Libertadores" cercano a "La Mariana", porque no quiso trabajar con ellos. Esas amenazas se concretaron en atentados permanentes, ya que disparaban hacia su casa constantemente, por lo cual se tuvieron que ir de ese sector.

Luego del homicidio de su hijo recibieron otras amenazas, ya que Andrea envió a una hermana suya llamada Claudia donde una vecina para mandarle mensajes intimidatorios.

Su hijo no tuvo ninguna relación amorosa con Andrea de Jesús porque no le gustaban las mujeres mayores. Era una relación de vecinos, aunque era muy amigo de un sobrino de ella llamado Bryan.

Los atentados contra Carlos Andrés provenían de gente del barrio "Los libertadores" y los hacían entre otros, "Piolín", "Pillo" el sobrino de Jhon Jairo Vásquez (a quien señaló), y su hijo de nombre Ronald Vásquez, que le disparaban frecuentemente a su hijo, por lo cual no podía moverse de su casa.

Didier Lenis le contó que también había recibido intimidaciones. Dijo que la mujer a quien se refirió como Andrea era quien se hallaba presente en la sala de audiencias.

Al ser contrainterrogada dijo que al día siguiente de la muerte de su hijo estuvo en la URI, donde mostró el celular con las llamadas de Andrea donde aparecía su número al celular de Érika y las horas en que se hizo la llamada.

Conoce a Jhon Jairo Vásquez, quien reside en el barrio "Libertadores".No sabe si tuvo alguna enemistad con su hijo.

Su esposo, una tía de su hijo y muchos amigos le contaron lo de las llamadas.

Días antes de su muerte Carlos Andrés le contó que lo estaba llamando "la mona" como se hacía llamar Andrea. Érika se enojó y le preguntó por ella y le dijo que era "la tía de Bryan". Érika le dijo que la tenía que llevar a la cita, pero su hijo le dijo que "el patrón no dejaba que fuera acompañado". Aclaró que se trataba de "el patrón" de Andrea y que eso se lo había contado Érika.

El día de los hechos Carlos Andrés estaba con su amigo Didier Lenis.

Se le exhibieron dos entrevistas a la testigo.[16]Se refirió a una del 13 de agosto de 2011, o sea al día siguiente a los hechos.

En algunos de sus apartes expuso que habían comentarios de la gente en el sentido de que su hijo "vendía vicio", lo cual no era cierto. Igualmente que según lo que le dijo Érika Soler (compañera de su hijo), el día de los hechos como a las 4:30 de la tarde, Andrea Higuita "la mona" llamó a su hijo Carlos Andrés y le dijo lo necesitaba urgente, llamada que salió del número de ella o sea el 0066630; que Érika llamo a Carlos pero su teléfono estaba apagado y entonces se comunicó con su amigo Didier; que Carlos pasó y le dijo que "la mona" lo estaba llamando; que su hijo le dijo a Érika que no podía llevarla ni contarle a nadie porque esas eran las instrucciones de Andrea.

Se le puso de presente otra conferencia del 12/01/2012, donde refirió que su hermana Ruby le había contado sobre la cita que "la mona" le puso a su hijo en la discoteca "La Farra" del sector de "Frailes", a donde se dirigió en compañía de Didier Lenis.

Agregó que su hijo laboraba como taxista y que nunca había aceptado trabajar para la banda de "Los libertadores" que se dedicaba al tráfico de estupefacientes y a otras conductas delictivas; que las personas que disparaban hacia su casa eran entre otros, "piolín";" el pillo"; "Ronald"; "hulligan"; y "el bimbo".

6.2.6 EULISES DE JESÚS CARDONA SERNA: Padre de Carlos Andrés Cardona)

Carlos Andrés vivía en unión libre con Érika Soler. Trabajaba con él como conductor de un vehículo de servicio público.

Su hijo venía siendo perseguido por personas que se dedicaban al expendio de drogas en el barrio "Los Libertadores", por lo cual tuvo que abandonar su

[16] No incorporadas al juicio

trabajo y encerrarse en su casa ya que lo hostigaron y le hicieron varios atentados.

Un amigo muy cercano de Carlos Andrés, llamado Didier Alejandro Lenis, fue quien le contó que el día de los hechos se fue con “keko” (Carlos Andrés) a cumplirle a una cita que le había puesto Andrea Higuita para que recogiera un carro y que luego llegó Jhon Jairo, y le disparó a su hijo.

El día anterior a los hechos, la Policía les había prestado servicio de escolta para trasladarlos del barrio “La Mariana” en vista de los frecuentes tentados que les hacían personas del barrio “Los Libertadores”, quienes en la madrugada disparaban hacia su casa e incluso en una oportunidad a un taxi que manejaba otro hijo suyo, por lo cual les toco salir huyendo de ese sector.

El día en que le dieron muerte, su hijo estuvo haciendo el trasteo de una tía que iba a vivir con ellos, en compañía de su amigo Didier. A Carlos Andrés le pasaron el celular de su compañera adonde había llamado “la mona”, o sea Andrea de J. Higuita quien le dijo que necesitaba que le recibiera un carro del patrón de ella para que lo vendiera.

Dos o tres días antes, la misma Andrea había quedado de encontrarse con Carlos Andrés en el mirador de “Las Camelias”: Lo envió con un compañero de trabajo pero su hijo no se quiso bajar en ese sitio y fue hasta el parador donde estaba Andrea acompañada de una persona de “la olla de libertadores”, llamado Andrey
Carlos Andrés hablo con Andrea y luego regresó. Le dijo a su hijo que no volviera a ese lugar; que Andrea estaba con una persona dedicada al expendio de drogas; que esa mujer “ le iba a hacer la vuelta” ya que andaba con “ el duro de la olla” Los libertadores ; que no fuera allá porque ella “ lo iba a sacar “ , con el pretexto de que su patrón necesitaba que le vendieran un carro y que Carlos Andrés lo negociara para comprar uno más pequeño y que el resto del dinero era para Andrea, lo cual no hacia nadie , pese a lo cual su hijo, que estaba sin trabajo en ese momento, decidió asistir a esa cita.

Conocían a Andrea de toda la vida por haber vivido en el mismo barrio. Un sobrino de ella llamado Bryan Higuita se mantenía con su hijo. Andrea “se infiltró” en su casa en los días previos al homicidio de Carlos Andrés para poder sacarlo de su casa, lo que coincidió con el tiempo en que se intensificaron los atentados.

Una tía de su hijo llamada Ruby Martínez Ríos, fue quien le contó que Andrea había llamado a su descendiente para que fuera a recoger el carro del que hizo mención.

Hizo referencia a la conversación anterior que había tenido su hijo con Andrea días antes, en el sector de “La Camelia”, cuando ella estaba acompañada de Andrey que era uno de “los duros del expendio”.

Luego del asesinato de su hijo fue entrevistado por investigadores de la SIJIN y de la defensa.

Al ser contrainterrogado dijo que Didier Lenis, reiteró que era el amigo de su hijo, les había contado que Carlos Andrés había ido por Andrea y que Jhon Jairo era quien le había disparado.

Reconoció una entrevista que rindió en el mes de septiembre de 2011[17], y expuso que si habían algunas imprecisiones en un aparte donde Didier Lenis dijo que había visto luego del homicidio a Jhon Jairo Vasquez y Andrea de J. Higuita y la fecha en que le entregó Didier la información sobre la muerte de su hijo, se debían al hecho de que se la hicieron cuando había pasado algo más de un mes desde la muerte de su hijo y todavía no había asimilado su pérdida, ni el trauma que le provocó esa situación que no había podido superar para la fecha en que rindió su declaración.

Didier Lenis, que fue el amigo de su hijo que los enteró de lo sucedido, tuvo que esconderse unos días por temor a sufrir retaliaciones de la banda de "Los Libertadores". Luego le dijeron que fuera a declarar ya que era el único que podía atestiguar sobre los hechos en que le dieron muerte a Carlos Andrés.

6.2.8 RUBY MARIBEL MARTÍNEZ RÍOS (tía de Carlos Andrés Cardona).

Hizo referencia a la vida familiar de su sobrino.

El 12 de agosto de 2011, se estaban s pasando de casa porque a Carlos Andrés le habían hecho varios atentados, realizados por personas del barrio "Los Libertadores" que se dedicaban al expendio de drogas, ya que su sobrino no se quiso involucrar en esas actividades

Antes de que le dieran muerte, Carlos Andrés recibió una llamada y le dijo que se la había hecho Andrea, que era la tía de un joven llamado Bryan, quien era muy cercano a su sobrino, para que fuera a "Frailes", para ayudarle a vender un carro.

Le contó a su hermana Marina quien le dijo que previniera a Carlos Andrés para que no fuera a ese sitio, ya que le estaban tendiendo una trampa.

Su sobrino le dijo que se quedara tranquila que se iba a ver con Andrea Higuita. Entonces le dijo que se fuera con Didier y los despachó. Este joven presenció el momento en que le dieron muerte a Carlos Andrés.

Conocía a Andrea Higuita porque fueron fundadores del barrio "La Mariana". Andrea tenía una relación de amistad con su sobrino pero no eran muy cercanos ni manejaban negocios.

Carlos Andrés dijo que iba ir a ayudarle a recoger un carro y que Andrea le iba a dar una parte por ayudarle a venderlo.

Recibió amenazas de Andrea Higuita, luego de la muerte de Carlos Andrés.

[17] No incorporada

Señaló a Andrea como la persona que ayudó para que le dieran muerte a su sobrino, ya que según los que le dijo el padre de Carlos Andrés, la misma Andrea lo había citado dos días antes en el mirador "Las Camelias". Dijo que la víctima no tenía un relación tan cercana con la acusada, pero que de un momento a otro, como un mes antes de la fecha en que le estaban haciendo los atentados, Andrea empezó a acercarse a su casa, a hablar con su hermana y a "hacerse la buena amiga"

Didier Lenis le contó que "el chunco" fue el que le disparó a su sobrino. En medio de su declaración, la testigo señaló a Andrea de J. Higuita en la sala de audiencias.

El día de los hechos Carlos Andrés le estaba ayudando con su trasteo y ahí fue cuando recibió la llamada y se fue en un taxi pese a las prevenciones que le hizo su madre, quien le mandó a decir que no asistiera porque le estaban colocando una trampa. Su sobrino le dijo que se quedara tranquila que se iba a ver con Andrea, que era la tía de Bryan. Por eso le dijo a Carlos Andrés que mejor se fuera con su amigo Didier para que estuviera más seguro.

No conoce a Jhon Jairo Vásquez Pérez. Aclaró que "el chunco" es el mismo Jhon Jairo; nunca lo había visto, ni sabía que tenía problemas con la familia de su sobrino.

Reiteró que Eulises Cardona le había contado lo relativo a la ida de su sobrino en días anteriores, al sector del mirador de "Las Camelias" y que Carlos Andrés había dicho que esa cita le daba "como mala espina".

6.3 PRUEBAS DE LA DEFENSA DE ANDREA DE JESÚS HIGUITA:

6.3.1 ALEXÁNDER OBANDO ARROYAVE: (Investigador de la defensa)

Se encargó de hacer entrevistas a los posibles testigos en el juicio.

Se trasladó al barrio "Frailes", donde ubicó el lugar de los hechos en que resultó muerto Carlos Andrés Cardona Martínez, alias "keko"

Entrevistó al administrador del establecimiento en donde funciona el negocio "La Farra". Hizo una fijación fotográfica a la misma hora en que ocurrieron los hechos, con condiciones de luminosidad similares a las de la hora en que se presentaron los hechos[18]. El investigador reconoció el informe fotográfico al que hizo alusión; indicó el día y la hora en que tomó las imágenes; describió el sitio y la cámara con que tomó las imágenes; las características del inmueble donde se produjo el homicidio y la ubicación de la víctima, con base en la información que le entregó el administrador de ese local.

Indicó que con base en esa información tomó unas fotografías relacionadas con la ubicación de la persona encargada del bar, para demostrar que había una pared que dificultaba su visibilidad hacia el exterior. Hizo referencia a lo que este le manifestó sobre lo sucedido antes de que se presentara el homicidio cuando llego una persona en un taxi que ingresó al negocio; el

[18] Folios 64 a 71

momento en que escuchó los disparos; la ubicación del occiso y que la persona que accionó el arma era joven y delgado .

Luego de observar sus informes, hizo referencia a unas entrevistas que realizó así:

Didier Alejandro Lenis Moncada, le dijo que había visto cuando una persona entró a ese negocio y le disparó de frente a su amigo Carlos Andrés alias "keko". Según el investigador el mismo testigo le dijo que no sabía cuántas entradas tenía el local.

Le pareció muy importante lo que le manifestó Ángela María Cerón, ya que ella le dijo que era la amante de Carlos Andrés Martínez (sic)," keko" (víctima), agregando que la esposa del finado, llamada Érika Soler de acuerdo a esa manifestación, podía "accesar" al Facebook de ella a través de la página de Carlos Andrés, porque él tenía la clave, y después de la muerte, en el "muro" Érika escribió "gracias dios por librarme de la muerte", refiriéndose al fallecimiento de Carlos Andrés.

El señor Jhon Jairo Reyes Utima, quien fue el patrono de la señora Ruby Maribel en un almacén ubicado en la cra 7ª con 15 de esta ciudad, fue interrogado sobre las presuntas amenazas que recibió esa señora, y expuso que ella trabajaba en la parte interna del negocio; no atendía público; a él nunca le pidieron permiso para ingresar al negocio y no percibió esa situación.

Reconoció otros documentos, como el oficio 067 de 2012 con solicitud a la SIAN sobre antecedentes de Carlos Andrés Cardona Martínez, frente al cual la FGN respondió el 22 de junio de ese año, que registraba una anotación como indiciado de la Fiscalía 33, con radicado 2011-02760 por el delito de asonada , estado activo.

Igualmente hizo referencia a una certificación que expidió la firma Herbalife, el 6 de julio de 2012, donde se certifica que Andrea de J. Higuita es la representante de negocios de Herbalife, por parte de la sociedad "Constructores de Éxito", que fue consultora nutricional de Herbalife. A su vez la Liga Risaraldense de Atletismo certificó su pertenencia a esa organización.

Dijo que la citada dama venía recibiendo amenazas desde el 22 de agosto de 2011, y conforme a un documento de la inspección 2ª de Policía, donde se ordenó una medida de protección a la señora Andrea de Jesús. Igualmente mencionó que se anexaban cinco copias de la planilla de revistas de vigilancia de la Policía Nacional, CAI de "Boston".[19]

En la parte sustancial de su contrainterrogatorio reiteró que había entrevistado al administrador del establecimiento donde ocurrió el homicidio; que en la entrevista no aparecía el administrador del negocio; que no plasmó lo que este le dijo en su entrevista y que verificó lo relativo a las amenazas que sufrió Andrea de J. Higuita en la inspección del sector de "Boston".

[19] Folios 73 a 77

Aclaró que en el oficio que se introdujo decía que las amenazas provenían de Luz Marina Pineda y que verificó lo relativo a la existencia de la medida de protección. Se introdujeron los documentos enunciados.

6.3.2 ÁNGELA MARÍA CERÓN GARCÍA (dijo ser amiga de Andrea de J. Higuita)

Fue amenazada antes de venir a entregar su testimonio. Un amigo de la familia de Carlos Andrés le dijo que si declaraba en el juicio "se me iba a ir hondo", lo cual había sucedido tres meses antes.

Conoció a Carlos Andrés Cardona Martínez, en el año 2008.

Fueron novios pero sólo duraron un mes ya que Carlos Andrés la tenia de "escudo", para llevar armas y droga a otros lugares.

En ese tiempo estaba muy amenazado. Carlos Andrés le dijo que le había dado muerte a un amigo; que le había tocado hacerlo y que le dolía haber realizado ese hecho. Desde ahí empezaron a hacerle atentados, por lo cual le propuso que se fueran vivir a Medellín para que no lo mataran, pero ella no aceptó.

Carlos Andrés trabajaba con personas del grupo "La cordillera" y le contó que ese grupo se dedicaba al tráfico de armas y montar "ollas" de venta de estupefacientes, como la que tenía con un muchacho en el sector donde ella vivía, por lo cual terminaron su relación.

Luego siguieron saliendo hasta que se produjo el atentado. Carlos Andrés se quedaba en su casa y le apagaba el celular a su mujer.

Luego de la muerte de Carlos Andrés se dio cuenta que su compañera, llamada Érika Soler "le había dado arrastre" a "keko" para que lo mataran, y comprobó en su cuenta de Facebook, que la misma Érika puso un comentario diciendo "diosito gracias por librarme de la muerte amén". Aclaró que solo conocía a la citada Érika a través de esa red social.

6.3.3 ELIZABETH SUÁREZ (Amiga de Andrea de J. Higuita)

El 12 de agosto de 2011, se enteró de que estaban incriminando a Andrea en el asesinato de Carlos Andrés Cardona.

Ese día estuvo con ella cuando iba para el barrio "La Mariana". Eran como las 8 de la noche.

Estaba reunida con las hermanas de Andrea. El encuentro fue en un puesto de perros del barrio "Libertadores".

Andrea la invitó a donde ella trabajaba, en la empresa Herbalife. Hablaron sobre su oficio. Estuvieron con sus hermanas Érika y Claudia.

Se quedó en ese sitio como hasta las 9.p.m.

Andrea se quedó allí. No vio que usara celulares. Siempre estuvo al lado de ella.

Carlos Andrés Cardona era conocido en el barrio ya que manejaba una banda delincuencial que traficaba con drogas. Se la pasaba peleando por el control del territorio, del barrio “La Mariana” contra el barrio “Libertadores”.

Ha sufrido amenazas, ya que un muchacho del barrio “Venus” le dijo que a todos los que vinieran a declarar les iba a ir mal. Sin embargo se arriesgó a hacerlo para evitar que se cometiera una injusticia.

Reiteró que el 12 de agosto de 2011, estuvo con Andrea Higuita en las horas mencionadas y que la víctima manejaba una organización dedicada al expendio de drogas,en “La Mariana”.

6.3.4 CLAUDIA PATRICIA HIGUITA QUIÑONES: (hermana de la acusada)

Dijo que había sido amenazada por un joven del barrio “La Mariana” que fue integrante de la pandilla del occiso, quien le dijo que ella y su hermana habían tirado una pistola en el viaducto y que si tenía que ver en eso la iban a matar.

Dijo que había escuchado que “ella” (supone que es la madre de la víctima), se iba a desquitar con las personas que habían venido a declarar en el juicio.

Su hermana Andrea salió del barrio hace como cinco años y reside en la urbanización “El bosque” cerca a la Universidad Tecnológica “

Andrea había llegado de Panamá días antes de que se presentara el homicidio de Carlos Andrés. El 12 de agosto de 2011 la invitaron a almorzar. Luego Andrea se fue para la casa de otra hermana suya llamada Érika y luego las acompañó en la tarde. A las 18.20 se fue a recoger a su hija al colegio. Regresó como a las 18.45 y se quedaron con Andrea el resto de la noche, donde su otra hermana llamada Erika.

Se fueron a comer “un perro” a eso de las 19.30 o 20.00 horas. A esa hora se acercó una amiga de Andrea llamada Elisa, que era estilista y le arreglaba el cabello y estuvieron hablando. Luego se fueron para donde Érika y Andrea se fue para su casa como las 23.00 o 23.30 horas en un taxi.

Su hermana asumió una actitud normal .No la vio usando celulares.

Conoció a Carlos Andrés Cardona, quien tenía muchos conflictos en el barrio por cuestiones de pandillas.

Su hermana Andrea le comentó que había tenido un romance con Carlos Andrés. Le dijo a Andrea que no estaba de acuerdo con esa relación ya que Carlos Andrés era un bandolero y un pandillero, que no era ejemplo para sus sobrinas. Sin embargo esa relación perduraba para el 12 de agosto de 2011.

Al ser contrainterrogada reiteró que ese día su hermana Andrea no usó teléfonos celulares. Se le exhibió una entrevista tomada por el investigador de la defensa el 14/03/2012, donde dijo que su hermana Andrea tenía el celular apagado por falta de batería y que al prenderlo encontró unas llamadas perdidas de "Marina", que estaba buscando a su sobrino Bryan.

6.3.5 ANDREA DE JESÚS HIGUITA QUIÑONES (Procesada)

Tiene vínculos con personas de los barrios "Libertadores" y" La Mariana" donde viven dos hermanas suyas y donde residió casi toda su vida.

Hizo referencia a sus actividades profesionales y deportivas que le permitieron trasladarse a otro sector de la ciudad, cinco años antes.

La semana anterior al 12 de agosto de 2011 había regresado de Panamá.
Sus hermanas Claudia y Érika la invitaron a almorzar. Estuvo en la casa de ellas entre las 12 o 12.30 p.m y donde su hermana Érika toda la tarde.
Más tarde se fueron a comer "un perro". Habló cerca de una hora con una vecina llamada Elizabeth, quien le consultó por un problema de alopecia, luego regresaron a la casa de su hermana Erika

Su cuñado Mario Andrés López (esposo de Erika), llegó como a las 22.30 o 23.00 horas y se fue para su casa en un taxi.

Conoció a Carlos Andrés Cardona, ya que vivió muchos años en el barrio "La Mariana". Inicialmente tuvieron una relación de amistad, ya que era el mejor amigo de su sobrino.

Con el tiempo terminaron teniendo una relación amorosa, que se inició en el año 2010 y duró hasta unos días antes de que le dieran muerte.

En los días anteriores al homicidio Carlos Andrés aun la llamaba. En ese tiempo convivía vivía con Érika Soler.

La madre de Carlos Andrés la llamaba a insultarla y hacerle reclamos porque era mayor que Carlos Andrés, por lo cual se veían a escondidas los fines de semana cada 15 días.

Carlos Andrés le dijo en una oportunidad que su mujer había dicho que si él no era para ella, no era para nadie.

Su muerte le dolió más que a la esposa de Carlos Andrés. Se enteró de su muerte al día siguiente, por medio de su sobrino Bryan.

Días antes de la fecha del homicidio recibió llamadas de la familia de Carlos Andrés, cuya madre no estaba de acuerdo en que el sostuviera una relación con una mujer mayor, por lo cual la denunció en el CAI de "Boston". Esa señora le dijo que dejara en paz a Carlos Andrés o que se atuviera a las consecuencias.

Liego del homicidio, los porteros de su conjunto le dijeron que habían ido unos tipos raros en motos y en carros.

No conoce la discoteca “La Farra”, ya que por su disciplina deportiva no consume licor.

6.4 PRUEBAS DE LA DEFENSA DE JHON JAIRO VÁSQUEZ.

6.4.1 CARLOS ADRIÁN BUITRAGO TORO:

No tiene parentesco con el acusado.

Se desempeña como contratista en obras civiles, trabaja instalando piscinas en “Cerritos”

Conoció a Jhon Jairo Vásquez y lo contrató para que hiciera diversos trabajos, entre junio y agosto de 2011. En ese tiempo laboraba en un taller de carpintería en aluminio.

Para el 12 de agosto de 2011 Jhon Jairo le estaba haciendo un trabajo de carpintería de aluminio. Le revisaba el trabajo diariamente y por eso ese día lo vio en un taller a eso de las 20.00 o 20.30 horas y cree que estaba acompañado del dueño del taller llamado Dagoberto.

6.4.2 .DAGOBERTO MARULANDA

No tiene parentesco con Jhon Jairo.

Fue empleado suyo hasta que lo detuvieron.

Para el 12 de agosto de 2011, Jhon Jairo trabajaba en su taller, que se lo había prestado para que hiciera unos trabajos pendientes con el señor Adrián, que era el patrón de él en ese momento.

Nunca tuvo problemas con Jhon Jairo Vásquez, quien estuvo laborando ese día en ese sitio, como hasta las 9.30 o 10 de la noche.

Recuerda con precisión esa fecha porque sus hijos estaban de visita. Uno de ellos era muy amigo del finado a quien le decían “keko”, quien vivía en el barrio “Libertadores”

6.4.3 JOSÉ PLINIO FLÓREZ MARÍN.

No conocer a Jhon Jairo Vásquez.

Trabaja como taxista. El 13 de agosto de 2011 se acercó al comando de Policía de Dosquebradas, fue a llevar un servicio al sector de “Frailes” en ese municipio.

En ese momento se acercó un joven que transitaba en una moto, quien le dijo que si estaba libre; que lo esperara y que llevara 3 muchachos para Dosquebradas.

El joven se vino en la moto. Llevó a los tres pasajeros hacia "Santa Teresita". El de la moto le decía a los pasajeros que si "iban bien".

Supo que habían matado a alguien en ese sitio. Se preocupó porque pensó que los autores del hecho habían sido los jóvenes que recogió.

Cuando vio la noticia en el periódico le comentó a su patrón que es un sargento de la SIJIN, ya que sintió temor de que lo involucraran en esos hechos, quien le dijo que fuera al comando de la Policía y expusiera el caso.

Reconoció una entrevista donde constaba lo que expuso anteriormente.[20]
De "Frailes" a "Santa Teresita", el recorrido dura cerca de 4 o 5 minutos. Las personas que recogió no comentaban nada raro. No los reparó mucho. Entre ellos no estaba Jhon Jairo Vásquez, ni iba ninguna mujer.

No vio a ninguna persona que le disparara a la víctima. Le pareció "sospechosa la carrera" por el aspecto de los pasajeros. No escuchó ninguna conversación relacionada con el homicidio de Carlos Andrés Cardona.

6.4.4 JHON JAIRO VÁSQUEZ PÉREZ (Procesado)

Antes de su detención trabajaba en labores de arquitectura de aluminio y vidrio, con Dagoberto Marulanda y Jaime Bedoya. Luego empezó a trabajar de manera independiente.

Cuando debía hacer trabajos más grandes les pedía a ellos que lo dejaran laborar en el taller o en la misma obra.

Para el 12 de agosto de 2011 estaba haciendo una obra de ventanería para "Autopistas del Café" de parte del señor Adrián Buitrago, en el taller de Dagoberto Marulanda.

El señor Ardían Buitrago se mantenía pendiente de la realización de la obra. Se quedaba hasta tarde trabajando con ellos y como a las 8:00 u 8:30 se tomaba un refresco con Dagoberto Marulanda. El 12 de agosto de 2011 trabajó como hasta las 20.0 o 20.30 horas y subió a su casa después de las 21.00 horas.

6.5 Luego de concluido el debate probatorio la delegada de la FGN pidió que no se dictara sentencia condenatoria por el delito de homicidio agravado, mencionado en el escrito de acusación, sino por homicidio simple, en concurso con la conducta descrita en el artículo 365 del C.P. (no hizo referencia a ninguna causal de agravación para ese delito). Precisó que la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58-10 del CP, solo debía aplicarse frente al *contra jus* de homicidio. Precisó que Jhon Jairo

[20] No introducida al juicio

Vásquez Pérez debía ser condenado como autor de las conductas punibles y Andrea de J. Higuita como cómplice de las mismas.

7. CONSIDERACIONES

7.1 CUESTIÓN PREVIA

7.1 Antes de que esta Sala de Decisión Penal emita un pronunciamiento de fondo en relación con los temas objeto de debate, es necesario hacer un análisis sobre el escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto por el doctor Carlos Alberto Mena Pino, en calidad de defensor del señor Jhon Jairo Vásquez Pérez, pues al revisar el citado documento[21], se advierte una manifestación que carece de los mínimos requisitos para sustentar la alzada frente a la sentencia de primer grado, pues el citado profesional se limitó a exponer que: i) coadyuvaba el escrito presentado por el defensor de Andrea de J. Higuita Quiñonez, ya que se debía tener como "sospechosa" la declaración del testigo presentado por la FGN (sin mencionar a cuál de ellos se refería); ii) hizo una cita textual de la sentencia C-537 de 2006 en la que se estudió la exequibilidad de los artículos 226 y337 de la Ley 600 de 2000, que se encuentra totalmente fuera de contexto con el caso examinado, ya que se refiere a los eventos en que una persona que rinde indagatoria pueda ser interrogado como testigo por el coimputado; y iii) mencionó jurisprudencia (sin cita) relacionada con la garantía constitucional de la doble instancia, sin hacer referencia a que decisión o providencia corresponde, el cual, luego de ser revisado el asunto por parte de esta Corporación, se pudo establecer que se trata de un aparte de la sentencia C-365 de 1994, con ponencia del Honorable Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, en la cual se estudió la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 81 de 1993, mediante la cual se introdujeron modificaciones al Código de Procedimiento Penal, que establecía para esa época, la obligación de sustentar el recurso de apelación, so pena de ser declarado desierto; y iv) Finalmente solicitó la revocatoria del fallo de primer grado, para que en su lugar se dictara sentencia absolutoria en favor del señor Jhon Jairo Vásquez Pérez.

7.1.2 Al respecto, se debe manifestar que el artículo 179 del C.P.P. dispone que el recurso de apelación puede ser sustentado de forma oral, en el mismo acto de lectura de sentencia, o, por escrito dentro de los cinco días siguientes a la lectura del fallo.

A su turno, el canon 179 A del mismo estatuto dispone que cuando no se sustenta el recurso de apelación, éste se debe declarar desierto, mediante providencia contra la cual procede el recurso de reposición.

En ese sentido hay que manifestar que la exigencia de sustentar el recurso de apelación, encuentra su razón en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior funcional los motivos de su inconformidad, frente a la decisión que pretende que sea modificada o revocada.

[21] Folios 161-162 cuaderno principal

7.1.3 En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha expuesto que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* le permite al recurrente exponer sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, para que la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

7.1.4 Precisamente, la Corte Constitucional, en la sentencia C-365 de 1994 cuya cita omitió relacionar el defensor de Jhon Jairo Vásquez Pérez, estableció lo siguiente:

(…)

La obligación de sustentar la apelación en materia penal
El artículo acusado establece la sustentación del recurso de apelación como requisito indispensable para que a éste se le pueda dar trámite. Por eso dispone que, si el recurso no se sustenta, el funcionario competente lo declarará desierto mediante providencia de sustanciación -erróneamente denominada "sustentación" en el texto del artículo-, contra la cual procede el recurso de reposición.

El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.

Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.

(…)

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a

que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

(…)

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

(…)

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único…" (Subrayas fuera del texto original).

7.1.5 A su vez, en CSJ SP del 19 de noviembre de 2002, radicado 18619 se expuso lo siguiente:

"(…)

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales".

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido

gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.[22]

7.1.6 En CSJ SP del 16 de enero de 2003, radicado 18665 se expuso:

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.
(…)

En consecuencia, al no existir una sustentación jurídicamente atendible, lo único procedente es declarar desierto el recurso de apelación interpuesto" (Subrayas fuera del texto original).

7.1.7 En CSJ SP del 1 de febrero de 2012, radicado 36407, se manifestó:

"3. La obligación de sustentar el recurso.

3.1. Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

3.2. En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.

3.3. El recurso presentado por la defensa dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer una nueva tesis (falta de antijuridicidad) en torno a las razones por las que considera se debe precluir la investigación a favor de su representada.

[22] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.

No se ocupó -como era debido- en el sustento de la determinación tomada por el tribunal, que no fue otra que negar la preclusión por no encontrar acreditado el error de tipo como causal de ausencia de responsabilidad.

3.4. El censor no podía desatender que el objeto que convocó la decisión del a quo fue la solicitud de la fiscalía de precluir la investigación por la acreditación de un error de tipo, respecto del cual concluyó que con las pruebas acopiadas hasta el momento no se podía llegar a tal conclusión, luego el debate jurídico a cargo del impugnante debía centrarse en este aspecto, el que fue totalmente ignorado.

3.5. Así las cosas, el recurrente no controvirtió de ninguna manera los fundamentos de la providencia objeto de disenso, sino que limitó su tesis a proponer nuevas razones por las que consideró se imponía archivar la investigación, sin que resulte de recibo que acuda a plantear su solicitud a través del recurso de apelación frente a una determinación que tuvo como fundamento un debate jurídico distinto al que presenta.

En ese orden, si la sustentación del recurso irrumpe en el ordenamiento como una carga procesal de ineludible cumplimiento para el impugnante, su omisión conduce a declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor." (Subrayas fuera del texto original).

7.2 Del marco normativo y jurisprudencial citado, se advierte que en el caso *sub lite,* el defensor del señor Jhon Jairo Vásquez Pérez, no se ocupó de cuestionar la providencia recurrida, ya que se limitó a manifestar que coadyuvaba los argumentos del defensor de la señora Higuita ; a hablar de un "testigo sospechoso", sin indicar de quién se trataba y citar apartes de jurisprudencias que no guardan relación con el contexto fáctico del caso, sin detenerse a analizar por qué razón el juez de conocimiento incurrió en alguna equivocación al valorar las pruebas practicadas en el juicio, para deducir la responsabilidad de su mandante.

Por lo tanto la Sala, en aplicación del artículo 179 A del CPP, declarará desierto el citado recurso , por falta de sustentación y en consecuencia sólo se examinará la impugnación contra la sentencia que presentó el defensor de la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1. Competencia:

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

8.2. Problema jurídico a resolver:

En atención al principio de la limitación de la doble instancia, la Sala debe pronunciarse sobre las situaciones referidas por el defensor de la procesada Andrea de J. Higuita Quiñonez, para determinar si en el presente asunto, existe prueba que lleve al conocimiento más allá en toda duda, acerca de la responsabilidad penal de la procesada por el concurso de delitos por el que fue sentenciada, en atención a que el ataque del censor contra el fallo de primer grado, se centra específicamente en controvertir los fundamentos del fallo de primer grado, en especial el juicio de valoración probatoria efectuado por el *A quo,* ya que en lo esencial el recurrente pretende desestimar de plano el testimonio de Didier Alejandro Lenis Moncada, quien de acuerdo con la teoría del caso de la Fiscalía, fue testigo presencial de los hechos en los que perdió la vida el señor Carlos Andrés Cardona Martínez

8.2.1 Sin embargo, antes de realizar el correspondiente análisis probatorio, es necesario referirse a lo indicado por el defensor en el recurso, en el sentido de que en la audiencia de lectura de sentencia, se había dado a conocer la verdadera identidad de quien disparó en contra del señor Cardona Martínez, indicando que el responsable de los hechos era el señor José Gabriel Torres, por lo cual era necesario que esta Sala revisara una declaración escrita que hizo el señor Juan Pablo Arenas (anexa al recurso de apelación), en la cual manifestó que había sido testigo presencial del homicidio de Andrés Cardona[23].

En ese sentido se debe manifestar que antes de proferirse esta decisión se dio respuesta a otras peticiones del defensor de la señora Higuita, en el sentido que se tuvieran en cuenta manifestaciones contenidas en escritos dirigidos a esta Sala por Laura Alejandra Martínez Luna[24] o escritos atribuidos al testigo Didier Alejandro Lenis Moncada [25]

Al respecto se debe indicar que en su oportunidad se le dio contestación al señor Defensor, en el sentido de que el principio de preclusión de los actos procesales no permite valorar pruebas que no fueron debatidas en la audiencia de juicio oral, lo cual resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 16 del CPP, que establece el principio de inmediación, según el cual: "*En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a contradicción ante el juez de conocimiento."*

8.3 Ahora bien, como el recurso de apelación presentado a favor de los intereses de la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones se relaciona directamente con el ejercicio de valoración probatoria hecha por el Juez de primer grado, es necesario hacer un estudio pormenorizado de la prueba presentada en el juicio, a fin de pronunciarse sobre el recurso propuesto, partiendo de la base de que la señora Higuita Quiñones (en lo sucesivo AJHQ), fue condenada en como cómplice de las conductas punibles de homicidio del cual fue víctima Carlos Andrés Cardona y de porte de armas de defensa personal.

[23] Folio 177
[24] Folios 192 y 196
[25] Folios 197 a 198

8.3.1 En ese orden de ideas hay que hacer una referencia inicial al escrito de acusación, en el cual se hizo referencia a lo expuesto por la FGN en la audiencia de formulación de imputación y se indicó que el 12 de agosto de 2001 fue asesinado Carlos Andrés Cardona Martínez ,en el negocio llamado "La Farra" ubicado en la manzana A casa 1 del barrio "Santiago Londoño" de Dosquebradas y que se había obtenido prueba en el sentido de que: *"…la señora AJHQ, a través de una llamada, hizo que la víctima llegara hasta el establecimiento comercial indicado, donde lo estaba esperando CARLOS ANDRÉS CARDONA MARTÍNEZ, para proceder a quitarle la vida de cuatro disparos. Se pudo establecer que las personas mencionadas obraban de común acuerdo para cumplir el fin propuesto".*

8.4 Con base en la a prueba practicada en el proceso, hay que manifestar inicialmente que no existe ninguna duda sobre la existencia de las conductas por las que fue acusada la señora H.Q., ya que mediante estipulaciones probatorias se aceptó como hecho cierto lo relativo a la muerte violenta de Carlos Andrés Cardona Martínez, el 12 de agosto de 2011, a eso de las 20:40 horas, con base en el informe pericial de necropsia, su registro civil de defunción y otros documentos[26]. Aunado a lo anterior, las partes consintieron en considerar probado que ni el señor Jhon Jairo Vásquez Pérez, ni la señora A.J.H.Q., se encontraban registrados en el sistema nacional de control y comercio de armas, municiones y explosivos a nivel nacional, según el oficio No. 6269 DIV3-BR08-BASAM-SCCA-746 de fecha 2 de noviembre de 2011, suscrito por el Mayor Abdala Ávila Sudki Said, del batallón "San Mateo".[27].

Se introdujo también y a título de estipulación probatoria, el informe pericial de balística, elaborado por Wilson Sanabria Sierra, en el cual se plasmó el resultado del estudio practicado a dos proyectiles recuperados del cadáver de Carlos Andrés Cardona Martínez, en el que se concluyó que pertenecían al calibre .38 Special, que son de los comúnmente disparados por armas de fuego de funcionamiento mecánico tipo revolver del mismo calibre, dentro de los que se encuentran las marcas Smith & Wesson, Ruger, Ruby, entre otros.[28]

8.5 En lo que tiene que con la responsabilidad de la señora A.J.H.Q., cuyo grado de intervención en los hechos fue degradado de un supuesto de coautoría al de complicidad en la sentencia recurrida, y sobre lo cual versa el recurso interpuesto por la defensa, se hacen las siguientes consideraciones:

8.5.1 En el juicio se obtuvo la declaración del funcionario de policía judicial Luis Jerónimo Castrillón Escobar, quien hizo referencia a las labores investigativas que le correspondió adelantar inicialmente, indicando que luego de hacerse presente en el lugar donde se perpetró el homicidio de Carlos Andrés Cardona Martínez, se dedicó a realizar labores de vecindario y entrevistas informales a las personas que allí se encontraban, entre ellos, al administrador del local "La Farra", a quien le mencionó que la persona fallecida había llegado a ese sitio y se estaba tomando una cerveza, cuando

[26] Folios 1 a 8 C. Pruebas
[27] Folio 16 C. Pruebas
[28] Folios 10 a 12 C. Pruebas

apareció una persona de sexo masculino que le propinó unos disparos y huyó. Este testigo expuso que conocía a la víctima, ya que vivía en un sector problemático de Dosquebradas, como los barrios "La Mariana" y "Libertadores", pues allí se presentaban problemas por enfrentamientos entre bandas por el control del sector, donde se accionaban armas, hechos en los que participaba el occiso. Agregó que hubo otras personas que presenciaron los hechos, pero que no entregaron información sobre las características del autor del homicidio, por temor a represalias. Esas manifestaciones fueron corroboradas con el testimonio que entregó el agente de policía judicial José Iván Pantoja Varón, en lo relativo a los pormenores del hallazgo del cadáver de la víctima y las gestiones investigativas iniciales que se adelantaron.

8.5.2 Ahora bien, el eje central de la argumentación del defensor de A.J.H.Q., se centra en descalificar las manifestaciones del señor Didier Alejandro Lenis Moncada, a quien tacha de ser un testigo falso, agregando que su declaración se encuentra llena de contradicciones y respuestas evasivas, lo que afecta su valor probatorio, teniendo en cuenta que es el principal testigo de cargos contra su representada.

Sobre ese tema se debe manifestar que para la fecha en que entregó su declaración, el joven Lenis Moncada se encontraba vinculado al programa de protección a testigos de la FGN. En su declaración expuso que: i) había vivido en el barrio "La Mariana" de Dosquebradas, en donde conoció desde niño a Carlos Andrés Cardona Martínez quien era su amigo y fue asesinado el 13 de agosto de 2011, en una discoteca que se llama "La Farra", en el barrio Frailes de Dosquebradas; ii) el día de los hechos, la procesada A.J.H.Q: a quien se refirió como "la mona" se comunicó después de las 18.00 horas con Carlos Andrés, y lo citó en ese establecimiento del sector de "Frailes", de lo cual podía dar fe ya que se encontraba con su amigo cuando este recibió la llamada, quien le indicó que era la tía de su amigo Bryan; iii) la última llamada que éste recibió, provino de la citada dama, ya que Carlos Andrés le dijo que debía bañarse para ir a hacer una vuelta de una venta de un carro, para ganarse un dinero; iv) su amigo le dijo que si le llegaba a pasar algo, la responsable sería la señora A.J.H.Q.; v) que una tía de la víctima de nombre Maribel, se enteró también de la llamada y como desconfiaba de esa invitación le dijo a su sobrino Carlos Andrés, que no acudiera a la cita que le habían puesto porque era una trampa, y que le pidió que lo acompañara al sitio donde lo habían citado; vi) al llegar al sector de Frailes observó a la procesada H.Q. afuera de la discoteca, hablando con Jairo (Jhon Jairo Vásquez Pérez, apodado "el chunco"); vii) cuando Carlos Andrés descendió del taxi, se quedó en el carro y se bajó en la esquina; viii) vio que Jhon Jairo Vásquez se dirigió hacia la discoteca, mientras su amigo se quedó hablando con A.J.H.Q quien luego se retiró del lugar por el sitio donde había cruzado antes Jhon Jairo Vásquez; ix) su amigo entró a la discoteca y como se estaba demorando mucho se preocupó y se dirigió hacia ese sitio; x) en ese momento la persona conocida como "el chunco" (se refiere el procesado a Jhon Jairo Vásquez Pérez) lo sobrepasó llevando un revolver en la mano; y xi) observó cuando "el chunco" le disparó a su amigo Carlos Andrés, quien estaba de pie.

El testigo Lenis Moncada explicó que cuando se realizaron los disparos, él se encontraba afuera de la discoteca, Dijo que Carlos Andrés había ido solo ese sitio, siguiendo instrucciones de AHHQ quien le había advertido que no podía ir acompañado a la cita y que su amigo le había contado, que días antes la procesada lo había citado por el sector del mirador de "Las Camelias" y que se iba a ver con ella y con Andrey N., que era "un chino del barrio Libertadores"; que le pondría un mensaje en caso de que sucediera algo y a los 15 minutos le llegó el mensaje en el que le daba a entender que todo iba bien, ya que había pasado por allí una patrulla de la Policía. El testigo consideró que su amigo se había salvado porque "como que ese día le iban a hacer un atentado allá", y que Carlos Andrés cumplía las citas que Andrea le ponía, porque eran amigos sin saber si tenían alguna relación de tipo sentimental, aunque si era cierto que se conocían de toda la vida.

En su declaración el joven Lenis se reafirmó en los cargos que lanzó contra Jhon Jairo Vásquez y A.J.H.Q. .Dijo que luego de que Jhon Jairo accionara el arma contra su amigo, alguien le pasó una chaqueta blanca y luego lo vio al igual que a A.J.H.Q., entre la gente que se aglomeró en el lugar de los hechos, luego de lo cual se retiró del sitio, por temor a que llegara más gente del barrio "Libertadores".

El testigo fue claro igualmente al referirse al móvil del homicidio, para lo cual expuso que las personas de "Libertadores" querían coger el barrio "La Mariana" para "vender vicio", e involucrar a los jóvenes del sector en el comercio de drogas, situación que no permitía su amigo Carlos Andrés, quien había sido amenazado, indicando que "estaba valiendo como cuatro millones"; que habían sufrido atentados y habían disparado contra la casa de su amigo. Manifestó igualmente que "el chunco" (Jhon Jairo Vásquez Pérez) era del barrio "Libertadores" y que Andrea (o sea A.J.H.Q.) vivía en el barrio en "La Mariana", pero tenía familia en "Libertadores" y sostenía relaciones sentimentales con Edwin N. quien manejaba las armas de una banda dedicada al microtráfico de drogas en ese sector.

Hay que indicar que el joven Lenis dijo haber intervenido en las diligencias de reconocimiento fotográfico que fueron introducidas al juicio, donde señaló los implicados, indicando que no había recibido ningún tipo de presiones para hacer ese reconocimiento, lo cual repitió en medio de su declaración en el juicio oral, agregando que había recibido amenazas de personas del sector de Los "Libertadores", entre ellas un hijo de Jhon Jairo Vásquez Pérez, llamado Ronald.

En lo que atañe a la intervención de A.J.H.Q. en los hechos, el testigo fue claro al manifestar que nunca pensó que la citada dama "fuera a sacar" a su amigo del sector de "La Mariana"; que creía que Andrea le "había picado arrastre" a Carlos Andrés por plata y por ser "la moza de Edwin"; que estaba seguro de que la procesada fue quien hizo la llamada para citar a la víctima y que la vio en compañía de Jhon Jairo Vásquez en inmediaciones de la discoteca donde este fue ultimado, explicando que la desconfianza de la víctima para con Andrea, se originaba en el hecho de que ella subía al barrio "Libertadores" y hablaba con gente de ese sector, pese a lo cual había acudido a la cita que le puso.

8.5.3 En este caso el argumento central del recurrente se centra en el hecho de tachar de falsas las manifestaciones del testigo Didier Alejandro Lenis, en lo relativo a los cargos que le formuló a Jhon Jairo Vásquez y A.J.H.Q., lo que sustenta básicamente en que el declarante se equivocó en lo relativo a la fecha del homicidio de Carlos Andrés Cardona; en haber incurrido en algunas contradicciones en su declaración o no recordar ciertos detalles sobre el suceso.

Sin embargo, la Sala considera que en caso *sub examen*, la única persona que tiene el carácter de testigo directo de lo sucedido, en los términos del artículo 402 del CPP, viene a ser el joven Lenis, ya que el administrador de la discoteca "La Farra" no entregó ninguna información sustancial para identificar al autor del crimen .

8.5.4. En ese orden de ideas hay que advertir que el señalamiento que hizo de Jhon Jairo Vásquez, como autor material del homicidio de Carlos Andrés Cardona y de A.J.H.Q., como la persona que le tendió la trampa a su amigo para que se dirigiera a la discoteca del sector de "Frailes", donde fue asesinado, se encuentra verificado con otras pruebas practicadas en el juicio, como el testimonio entregado el funcionario de policía judicial, Giovanny Villota Galvis, quien dijo que entre otras personas había entrevistado al padre de la víctima, el cual le dijo que tenía conocimiento sobre la ubicación de un testigo presencial del homicidio de su hijo, quien se llamaba Didier Alejandro Lenis Moncada, y se dirigió en compañía de Carlos Andrés, al sector de "Frailes", luego de que su descendiente recibiera la llamada que le hizo A.J.H.Q., por lo cual se puso en contacto con Didier Alejandro Lenis Moncada, quien fue entrevistado inicialmente en las instalaciones del ICBF, ya que era menor de edad, luego de lo cual se adelantaron las indagaciones derivadas de las manifestaciones del testigo, en el sentido de que la muerte de Carlos Andrés había sido ordenada por una banda delincuencial dedicada al microtrafico de sustancias estupefacientes en la zona de "Libertadores" y de "Villamaría"; que "Andrea" era la procesada A.J.H.Q. y que "el chunco" era Jhon Jairo Vásquez Pérez; que las fuentes informales indicaron que se había corrido el rumor de que esas personas eran las responsables de la muerte de la víctima, pues trabajaban para la "olla" de "Libertadores" y "Villamaría" liderada por un sujeto conocido como Edwin y su madre llamada Viviana y que el homicidio del joven Cardona Martínez fue ordenado, porque obstruía la venta de estupefacientes provenientes del barrio los "Libertadores", en el barrio "La Mariana".

El mismo investigador manifestó que Didier aseguró conocer tanto a Andrea como a Jhon Jairo, desde hacía varios años a quienes señaló en sus diligencias de reconocimiento fotográfico y expuso que Jhon Jairo vivía cerca de la cancha del barrio Libertadores y que sabía que le decían "el chunco", porque le faltaban algunos de los dedos de una mano, pues los había perdido en una riña. Sobre este punto hay que manifestar que la referencia que hizo el testigo Lenis sobre esta característica particular del señor Vásquez, se encuentra confirmada con uno de los documentos que se estipuló en el juicio,

como el informe de identidad del citado ciudadano[29] donde se consigna que presenta amputación del dedo meñique de su mano derecha.

Según el investigador, el mismo testigo dijo que "Andrea" era la procesada A.J.H.Q., conocida como "la mona" quien vivía en Villamaría y se encargó inicialmente de invitar a Carlos Andrés al sector de Las Camelias y el día de su muerte "lo sacó" de "La Mariana" hacia el sector de "Frailes" donde luego la acusada se retiró hasta que llegó "el chunco" y lo mató, y que se trataba de la misma persona que le había mandado a decir que "si se ponía de sapo lo mataban", por lo cual se tuvo que ir del barrio y vivir escondido, y que además la acusada "trabajaba" con Edwin y Viviana para la "olla de Libertadores".

8.5.5 Debe tenerse en cuenta que la señora Luz Marina Martínez, madre de la víctima, manifestó que antes de su deceso, su hijo le había contado que "la mona" lo estaba llamando.

A su vez el señor Eulises Cardona, padre del finado, expuso que dos o tres días antes del atentado, su hijo había quedado de encontrarse en el mirador de Las Camelias con la señora A.J.H.Q. , y que lo envió a ese sitio con el conductor que le recibió el turno, quien lo dejó en la entrada de ese lugar, pero que Carlos Andrés no se quiso bajar del taxi porque vio la situación sospechosa y subió hasta el parador en donde vio a Andrea con un hombre llamado Andrey que pertenece a la "olla de Libertadores", lo cual le contó esa misma noche, por lo cual le dijo que Andrea no tenía nada que estar haciendo con un hombre de Libertadores y que esa mujer le "iba a hacer la vuelta".

8.5.6 Fuera de lo anterior para la Sala resulta sustancialmente importante el testimonio entregado por la señora Ruby Maribel Martínez Ríos, tía de la víctima, quien expuso que el 12 de agosto de 2011, su sobrino se quedó con ella ayudándole a empacar su trasteo, ya que el igual que sus padres se habían visto obligados a irse de "La Mariana", en vista de los atentados que le hacía la gente de los "Libertadores" a Carlos Andrés, y que por ello presenció el momento en que éste recibió una llamada y al preguntarle quien lo había llamado, éste le respondió que era "la mona", Andrea "la tía de Bryan" para pedirle el favor de que le ayudara a vender un carro, luego de lo cual recibió una llamada de su hermana Marina, quien le dijo que le manifestara a Carlos Andrés que no saliera porque esa era una trampa, quien le respondió que debía estar tranquila porque se iba a encontrar con Andrea Higuita, a lo cual le replicó la señora Ruby que era mejor que se fuera acompañado de Didier y Lenis entonces los dos abordaron un taxi, en el que ella "los despachó". La misma testigo dijo haber recibido amenazas de A.J.H.Q. luego de que se presentara el homicidio de su sobrino.

8.6 En conclusión para Sala lo que se demostró en el juicio oral, fue lo siguiente:

i) Que el 12 de agosto de 2011 Carlos Andrés Cardona Martínez se encontraba en la casa que hasta ese día había habitado su familia, ayudándole a su tía Ruby Maribel Martínez Ríos a terminar de empacar el trasteo, ya que su núcleo familiar y el de ésta, debieron abandonar esa casa

[29] Folio 44 vto.C. Pruebas

ubicada en el barrio “La Mariana”, debido a los problemas de seguridad que tenía la víctima, ya que se encontraba amenazado e incluso le habían hecho atentados a su casa, al parecer por personas del barrio “Libertadores”, pertenecientes a la banda delincuencial que allí lideraba el microtráfico de estupefacientes.

ii) Que el celular de Carlos Andrés se descargó y por ello, Érika Soler, compañera permanente de éste, lo llamó al móvil de su amigo Didier Alejandro Lenis Moncada, quien se encontraba con él, para que se lo pasara y en la conversación le dijo que Andrea Higuita la había llamado buscándolo, lo que incluso generó un reclamo de la señora Érika.

iii) Que Didier Lenis Moncada le prestó su celular a Carlos Andrés Cardona Martínez, quien instaló en él la SIM Card del suyo y recibió una llamada, luego de lo cual enteró a su amigo, a Didier y a su tía Ruby Maribel que la llamada la había hecho “la mona”, o Andrea Higuita, a quien se refirió como “la tía de Bryan”, que era su mejor amigo, quien le pidió el favor de verse con ella en la discoteca “La Farra” del barrio “Frailes”, para que le ayudara a vender un carro, negocio por el cual la víctima se ganaría un dinero.

iv) Que Carlos Andrés Cardona y su amigo Lenis Moncada salieron juntos en el mismo taxi desde el barrio La Mariana y con destino hacia el barrio Frailes, específicamente a la discoteca La Farra, y cuando llegaron allí, vieron por la ventana del carro a Andrea de Jesús Higuita Quiñones en compañía de Jhon Jairo Vásquez Pérez, luego el señor Vásquez Pérez se retiró de allí y caminó hacia la parte de atrás de la discoteca, Carlos Andrés Cardona Martínez se bajó solo del taxi y su amigo Didier Alejandro estuvo en el vehículo por unos minutos más, ya que descendió del él, media cuadra más adelante

v) Que Didier Lenis vio cuando su amigo Carlos Andrés sostuvo una conversación con Andrea Higuita a las afueras de la discoteca por poco tiempo y después ingresó al establecimiento, mientras que ella se fue en dirección a la parte de atrás del local.

vi) Que como Carlos Andrés se estaba tardando, el testigo Lenis se dirigió hacia la mencionada discoteca, siendo sobrepasado en ese momento por Jhon Jairo Vásquez Pérez, a. “el chunco”, quien portaba un revólver y que esta persona ingresó a ese negocio y disparó en varias ocasiones contra Carlos Andrés Cardona Martínez, lo cual pudo ver Didier Lenis pues alcanzó a asomarse en dicho lugar en busca de su amigo

vi) Que Jhon Jairo Vásquez Pérez salió del establecimiento con un buso blanco, luego de lo cual Didier Lenis se alejó de allí porque sintió temor de que atentaran también en su contra, pero luego, observó en la multitud a Andrea de Jesús Higuita Quiñones y a Jhon Jairo Vásquez Pérez.

8.6.1.Como se expuso, la argumentación de la defensa se centró en tratar de demostrar: i) que Didier Alejandro Lenis Moncada no presenció el momento en que fue asesinado Carlos Andrés Cardona, ya que éste llegó solo al establecimiento “La Farra”; y ii) que la señora A.J.H.Q. era ajena a los hechos, ya que cuando estos se presentaron estaba en un puesto ambulante de

perros calientes, acompañada de sus hermanas Érika y Claudia, una sobrina y su amiga Elizabeth Suarez y que como la acusada y el ofendido habían sostenido una relación sentimental, hasta días antes del homicidio era probable que quien citó a Carlos Andrés en la discoteca la Farra hubiera sido su compañera permanente llamada Érika Soler, quien había expresado refiriéndose a la víctima que si no era para ella, no era para nadie.

8.6.2 Siguiendo esa línea de razonamiento el recurrente consideró que como el testigo Didier Alejandro Lenis Moncada, dijo que el homicidio de su amigo ocurrió el 13 de agosto de 2011 y no el día 12 como en realidad ocurrió, ello indicaba que no había presenciado los hechos, pero que sí estuvo en la discoteca "La Farra" al día siguiente del homicidio, con el fin de enterarse de las características del lugar y sus sitios de acceso, para poder sustentar la falsa declaración que rindió en el juicio en contra de su representada y de Jhon Jairo Vásquez, para lo cual se debían tener en cuenta igualmente las imprecisiones en que incurrió el joven Lenis en su declaración y los hechos que dijo no recordar.

8.6.3 Sin embargo, la Sala considera que esa inconsistencia no tiene el alcance que le pretende dar la defensa, ya que el testimonio del señor Lenis debe ser valorado en conjunto, es decir, con las demás pruebas practicadas en el proceso.

En ese orden de ideas queda claro que con prescindencia del error en que pudo haber incurrido el declarante con respecto a la fecha en que ocurrió el homicidio, de su testimonio se desprende claramente que el testigo Lenis Moncada inicialmente ubicó el día de los hechos como aquél en que se estaba haciendo el trasteo de los enseres de la señora Ruby Martínez, tía de la víctima, que fue el mismo día en que luego de que su amigo Carlos Andrés Cardona recibiera la llamada tantas veces mencionada, se dirigieron al sector de "Frailes" de Dosquebradas a una discoteca de nombre "La Farra", en donde le dieron muerte, frente a lo cual cabe anotar que de acuerdo al certificado de defunción anexado el fallecimiento del señor Cardona Martínez ocurrió el 12 de agosto de 2011.

Lo anteriormente expuesto lleva a afirmar que el hecho de que Didier Lenis hubiera manifestado que las llamadas de la procesada A.J.H.Q y el homicidio de su amigo, se presentaron el 13 de agosto de 2011, obedeció a un error en lo relativo a esa fecha, pero no significa, como lo considera el recurrente que no hubiera presenciado esos hechos, ya que ese tipo de argumentación puede definirse como una falacia argumentativa, la cual se presenta cuando se dan por ciertos determinados hechos, con base en apreciaciones subjetivas e inferencias que no pudieron ser comprobadas en el juicio oral, como ocurre en este caso, donde no se cuenta con ninguna prueba que indique que al día siguiente del homicidio el administrador de la discoteca donde ocurrió el crimen, hubiera hablado con Didier Lenis para enterarlo sobre la ubicación del cadáver de Carlos Andrés Cardona, los pormenores del homicidio o las características del lugar donde este se presentó.

8.6.4 Además la versión entregada por Didier Alejandro Lenis Moncada, encuentra eco en otras pruebas testimoniales, específicamente, en la

declaración que entregó la señora Ruby Maribel Martínez Ríos, pues ella confirmó que tanto éste como Carlos Andrés se fueron en un taxi hasta el lugar donde su sobrino se iba a encontrar con A.J.H.Q., con el pretexto de que le ayudara a vender un vehículo, cita que se hizo mediante una llamada que ésta hizo al celular de Didier Lenis, lo que demuestra que esa comunicación si existió y que la misma víctima le dijo a Didier y a su tía que la persona que lo había llamado era "la mona" o sea Andrea Higuita, que era la tía de su mejor amigo (Bryan), lo que permite establecer claramente que esa comunicación provino de la señora H.Q.

Fuera de lo anterior, hay que recordar que Didier mencionó en el juicio que en su aparato celular y en su abonado celular, recibió la primera de las llamadas proveniente de Érika Soler, la compañera permanente de Carlos Andrés Cardona Martínez, y le pidió que le pasara el celular a Cardona Martínez, momento en el que Érika le dio la razón que le había dejado "la mona" e incluso le hizo un reclamo airado porque al parecer sintió celos de la cita que ésta le puso en una discoteca, lo cual fue confirmado por Luz Marina Martínez Ríos, madre de la víctima, quien dijo que Érika se había enojado; que había preguntado quien era "la mona", a lo cual se hijo le respondió que era "la tía de Bryan"; que Érika le exigió que la tenía que llevar a la cita, y que Carlos André se negó aduciendo "que el patrón no dejaba que fuera acompañado".

8.6.5 Adicionalmente se debe manifestar al recurrente, que el sistema procedimental penal con tendencia acusatoria, se rige entre otros, por el principio de libertad probatoria, el cual indica que los hechos relevantes para demostrar tanto la materialidad de una conducta, como la responsabilidad del acusado en ella, pueden ser demostrados a través de cualquier medio de prueba legalmente válido, que en este caso fue la prueba testimonial, sin que resultara indispensable que se allegara el estudio link de las comunicaciones que se presentaron ese día, ya que no resulta aplicable el criterio de tarifa probatoria frente a ese tipo de evidencias, fuera de que la defensa también pudo haber hecho lo suyo en el proceso, solicitando esa prueba, lo que se desprende del principio de "incumbencia probatoria".

Debe manifestarse igualmente que la credibilidad del testigo de cargos se encuentra reforzada por el hecho de que su manifestación, en el sentido de que antes del homicidio, "el chunco" lo sobrepasó por su flanco izquierdo y llevaba en su mano un revolver, fue confirmada con el informe pericial de balística introducido como estipulación probatoria, según el cual los dos proyectiles que fueron encontrados en el cadáver de Carlos Andrés Cardona Martínez, eran de aquellos comúnmente disparados por armas de funcionamiento mecánico tipo revolver del mismo calibre[30], lo que indica que el declarante sí estuvo presente en el sitio de los hechos.

En este punto de la exposición, vale la pena recalcar, que no pueden ser tenidas como válidas las apreciaciones subjetivas hechas por el defensor de Andrea de Jesús Higuita, en cuanto a que no es creíble lo dicho por Didier Alejandro Lenis Moncada, en el sentido de que no ingresó con su amigo a la discoteca, sino que se quedó esperándolo. Para el efecto se debe tener en

[30] Folio 12 C. Pruebas.

cuenta que la víctima tenía serios problemas de seguridad, lo cual fue confirmado tanto por testigos de la FGN, como de la defensa, lo que explica que el testigo Lenis hubiera acatado la sugerencia de la señora Maribel Martínez, tía de la víctima para que acompañara a su sobrino a la cita.

A su vez quedó claramente demostrado con los dichos del testigo de cargos que al llegar al sector de "Frailes", vio inicialmente a la señora A.J.H.Q. hablando con Jhon Jairo Vásquez Pérez, "el chunco" en la parte exterior de la discoteca, y que luego Vásquez Pérez se dirigió a la parte trasera del establecimiento, mientras Andrea cruzaba algunas palabras con Carlos Andrés, y luego se retiró del sitio, lo que resulta conforme con lo expuesto por el señor Aldinever Bermúdez Hernández, administrador de ese negocio en el sentido de que transcurrió un tiempo entre el momento en que la víctima ingreso a la taberna y la agresión en su contra, que se entiende fue suficiente para que regresara Jhon Jairo Vásquez Pérez y lo ultimara.

8.6.6 Las manifestaciones del testigo Lenis sobre la información que entregó luego del homicidio, fueron confirmadas con las manifestaciones de Eulises de Jesús Cardona, y Luz Marina y Ruby Maribel Martínez Ríos, quienes precisamente dijeron que Didier les había contado sobre el homicidio de su hijo y sobrino; que había visto a Andrea hablando con "el chunco" y que éste le había disparado después a su familiar, en las circunstancias ya anotadas. Los mismos testigos fueron concordantes en lo que narraron sobre las llamadas que recibió su hijo en los días previos al atentado que le costó la vida y sobre las constantes agresiones armadas que les hacían personas del barrio "Los Libertadores" que le querían dar muerte a Carlos Andrés Cardona.

Debe decirse que en el proceso se acreditó que existían rivalidades entre personas de los barrios "Libertadores", "Villamaría" y "La Mariana", por el monopolio de venta de sustancias estupefacientes en el sector, lo que de acuerdo a lo expuesto por el investigador Giovanny Villota Galvis, generaba constantes problemas de orden público, en los cuales estaba involucrada la víctima, que fue señalada por algunos testigos como el jefe de una organización delictiva del barrio "La Mariana", que tenía conflictos con la banda de "Libertadores, liderada por unos sujetos llamados "Edwin y Viviana", hasta el punto de que estaban pagando un precio de cuatro millones de pesos por darle muerte al señor Cardona .

En ese sentido, cobra especial validez el testimonio de Didier Lenis Moncada, en el sentido de que Jhon Jairo Vásquez Pérez, persona habitante del barrio "Libertadores", quien acompañado de A.J.H.Q. minutos antes del homicidio, fue la persona que accionó el arma de fuego contra la víctima, quien había ido a ese sitio precisamente a atender una cita que le puso la procesada, con el resultado fatal que se produjo la noche del 12 de agosto de 2012.

8.6.7 Pese a que el joven Lenis Moncada manifestó en diversos apartes de su declaración que no recordaba algunos hechos o situaciones, también es cierto que en varias ocasiones solicitó que le aclararan las preguntas hechas por la Fiscal y los defensores, y ello debe ser valorado también, conforme a la personalidad del declarante, que para la fecha de los hechos era menor de

edad, pese a lo cual entregó un relato consistente avalado por otros medios de prueba, sobre la intevención de los acusados, en el homicidio investigado.

8.6.8 Para terminar de apoyar los dichos de Didier Lenis Moncada, hay que advertir que el citado testigo y personas allegadas a la víctima, manifestaron que habían sido objeto de amenazas para que no incriminaran a los acusados en el hecho investigado, señalando a personas conocidas o por lo menos determinadas, ya que Didier Lenis mencionó a un hijo de Jhon Jairo Vásquez Pérez, llamado Ronald, como el autor de las amenazas en su contra; la señora Luz Marina Ramírez, madre del occiso, hizo lo propio en contra de Claudia Higuita Quiñones, hermana de la acusada y la señora Ruby Maribel Martínez Ríos, tía del finado, igualmente refirió una intimidación que le hizo la procesada en su lugar de trabajo, situación que en este último caso, trató de desvirtuar sin éxito el investigador de la defensa, quien solo atinó a decir que el jefe de dicha dama había dicho que eso nunca había ocurrido, situación que no fue corroborada, ya que esa persona no rindió declaración en el juicio.

Lo anterior indica que se trató de evitar que estas personas fueran a rendir su testimonio en contra de la procesada A.J.H.Q., y que sobre el mismo tema se presenta una notoria diferencia con los testigos de la defensa, que igualmente refirieron amenazas, quienes nunca señalaron directamente a alguna persona, sino a un joven del barrio venus, u otro de la pandilla de “La Mariana”.

8.7 En garantía del ejercicio del derecho de contradicción de la prueba, hay que hacer referencia a las pruebas practicadas a instancias de la defensa, con base en el siguiente análisis:

8.7.1 El testimonio entregado por el señor Alexánder Obando Arroyave, investigador de la defensa, en nada desvirtúa los fundamentos de la acusación, ya que se centró: i) en hacer referencia a una inspección que hizo del lugar de los hechos, acompañada de fijaciones fotográficas; ii) a referirse a lo que le manifestó Aldinever Bermúdez, administrador de la discoteca “La Farra”, quien como se expuso anteriormente no entregó ninguna información relevante sobre el autor del hecho; iii) a hacer una somera manifestación sobre lo que le dijo el testigo Didier Alejandro Lenis Moncada; iv) a manifestar que Ángela María Cerón García había visto en el facebook de Érika Soler (compañera de la víctima para el momento del homicidio), que ésta “daba gracias a Dios por librarme de la muerte”, refiriéndose al fallecimiento de Carlos Andrés; v) a referirse a una entrevista que le hizo a Jhon Jairo Reyes Utima quien era el patrono de Ruby Maribel Martínez en un almacén de la carrera 7ª con calle 15 de Pereira, donde le manifestó que nunca se enteró de una amenaza a su empleada que se presentó en ese negocio; vi) a reconocer un documento sobre una anotación que obraba en la Fiscalía 33 contra Carlos Andrés Cardona por el delito de asonada; y vii) a hacer referencia a las actividades profesionales y deportivas de la procesada y al hecho de que había recibido amenazas desde el 22 de agosto de 2011, atribuidas a “Luz Marina Pineda”, según un documento de la Inspección 2ª de Policía de Pereira, donde se le asignó una medida de protección la cual confirmó con las planillas de revista hechas por la Policía Nacional.

8.7.2 Del testimonio entregado por Ángela María Cerón García, solamente se extrae: i) que fue amenazada por un amigo de la familia de Carlos Andrés Cardona Martínez, a quien no identificó, para que no declara en el juicio; ii) que su declaración se centró en describir las actividades ilegales de narcotráfico que realizaba el finado, para la organización "Cordillera", incluyendo un homicidio, lo que motivaba los atentados que le hicieron; y iii) y a señalar que había escuchado comentarios, en el sentido de que la compañera del occiso, llamada Érika Soler, era quien "le había dado arrastre" a la víctima y además había subido al facebook el mensaje que refirió el investigador de la defensa, lo que la llevó a concluir que la misma Érika era la responsable de la muerte de Carlos Andrés.

8.7.3 La señora Elizabeth Suárez concurrió a la vista pública para exponer: i) que el viernes 12 de agosto de 2011, un viernes, advirtió que estaban involucrando a su amiga A.J.H.Q en un homicidio, y que esa noche vio a la acusada reunida con sus hermanas en un puesto de venta de "perros", después de las 8 de la noche y estuvo conversando con ella hasta las 9 p.m, sin que hubiera visto que la acusada utilizara su teléfono celular; y ii) que la víctima era conocido en el sector, ya que se dedicaba a manejar una banda delincuencial de drogas que tenía conflictos territoriales con otra organización criminal del barrio "Libertadores".

Como se observa este testimonio no desvirtúa los fundamentos de la acusación contra la procesada, ya que las llamadas para citar a la víctima a la discoteca del sector de "Frailes", se hicieron mucho antes del encuentro de que dijo haber tenido con la procesada A.J.H.Q.

8.7.4 La señora Claudia Patricia Higuita Quiñones, dirigió su declaración a manifestar que la mayor parte de la tarde del 12 de agosto de 2011, había permanecido con sus hermanas Erika y A.J.H.Q. y que esta no había usado su teléfono celular. Sin embargo, la misma testigo reconoció que se había ausentado a las 18.20 horas, cuando fue a recoger a su hija al colegio, regresando a las 19.30 o 20.00 horas cuando se reunió nuevamente con la acusada, por lo cual resulta claro que su testimonio no desvirtúa que en ese interregno se hubieran hecho las llamadas que recibió la víctima, para citarlo al lugar donde le dieron muerte.

Además llama la atención que pese a la cercanía de los barrios "Los Libertadores" y "La Mariana", ni esta testigo, ni la señora Elizabeth Suárez, hubieran hecho alguna referencia sobre el hecho de que precisamente esa noche fue que se presentó el homicidio de Carlos Andrés Cardona, pese a que se trataba de una persona que era conocida por ellas, por dedicarse a actividades delictivas, hasta el punto de que la señora Claudia Higuita manifestó en el juicio que había expresado su inconformidad con el romance que sostenía su hermana Andrea con la víctima, que era un "bandolero" y un "pandillero".

8.7.5 A su vez, la Sala debe manifestar, que en virtud del principio de accesoriedad entre autor y cómplice y pese a que se declaró desierto el recurso de apelación que interpuso el defensor de Jhon Jairo Vásquez, es

necesario manifestar que la prueba de cargos desvirtúa rotundamente las manifestaciones del procesado en el sentido de que en su calidad de trabajador independiente, estuvo laborando el día de los hechos, hasta las 20.o 20 30 horas en el taller de Dagoberto Marulanda, en una labor para la cual lo había contratado el señor Carlos Adrián Buitrago, coartada que trató de ser confirmada con lo expuesto por dos testigos presentados por la defensa así .

El señor Carlos Adrián Buitrago Toro, manifestó que se desempeñaba como contratista de obras civiles; que conocía a Jhon Jairo Vásquez a quien había empleado para le hiciera diversos trabajos, entre junio y agosto de 2011. Expuso que para la fecha del 12 de agosto de 2011 Jhon Jairo le estaba haciendo un trabajo de carpintería de aluminio, que le revisaba diariamente y por esa razón, ese día lo vio en un taller a eso de las 20.00 o 20.30 horas, acompañado del dueño de ese negocio llamado Dagoberto.

Por su parte Dagoberto Marulanda entregó una versión diversa en lo relativo a la vinculación del señor Vásquez, manifestando que éste había sido empleado suyo hasta el día que lo detuvieron, lo cual contradice lo manifestado por el acusado y el señor Buitrago en el sentido de que Jhon Jairo laboraba de manera independiente, para lo cual expuso que el 12 de agosto de 2011 Jhon Jairo le había dicho que le prestara el taller para hacer unos trabajos que le había encargado Adrián Buitrago y que el acusado permaneció en ese sitio hasta las 9.30 o 10 de la noche, versión que además difiere de lo dicho por el acusado, sobre la hora en que se retiró del citado taller.

8.7.6 Las razones antes mencionadas llevan a concluir que estos testimonios no tenían otro objeto que confirmar la coartada del señor Vásquez Pérez, que se encuentra desvirtuada por el contundente señalamiento que hizo el testigo Didier Lenis acerca de la participación del acusado en el homicidio de Carlos Andrés Cardona, por lo cual se compulsarán copias para que los señores Carlos Adrián Buitrago Toro y Dagoberto Marulanda sean investigados por la conducta punible de falso testimonio.

8.7.7 Debe agregarse igualmente que la responsabilidad del señor Vásquez en los hechos, tampoco resulta desvirtuada, por el testimonio entregado por José Plinio Flórez Marín, quien se limitó a manifestar que en ejercicio de sus labores como taxista, fue abordado por un joven en el sector de “Frailes”, el 13 de agosto de 2011, para que llevara a hacia “Santa Teresita”; que el citado joven les decía a los pasajeros que si “iban bien”; que supo que habían matado a alguien en ese sitio; que se preocupó porque pensó que los autores del hecho habían sido los jóvenes que recogió; que las personas que recogió no comentaban nada raro y que le pareció “sospechosa la carrera” por el aspecto de los pasajeros, narración que como se observa no aportó ningún dato significativo para la investigación.

8.8 En conclusión, la prueba presentada por la defensa de Andrea de Jesús Higuita Quiñones, no goza de mayor entidad, como para afectar el poder de convicción que generan las evidencias introducidas al juicio, por la FGN, que demuestran que la señora H.Q., fue la persona que citó a Carlos Andrés

Cardona Martínez en la discoteca “La Farra”, lugar donde le dieron muerte y que fue vista en sus inmediaciones en compañía del señor Jhon Jairo Vásquez Pérez, que fue la persona quien disparó en contra del ofendido, por lo cual se puede llegar la conclusión de que la procesada prestó una ayuda o contribución para la realización de dicho homicidio, mediando un acuerdo previo a la realización de las conductas investigadas, en los términos del tercer inciso del artículo 30 del C.P., por lo cual se confirmará la sentencia que se dictó en su contra en primera instancia.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por el abogado Carlos Alberto Mena Pino, en su condición de defensor de confianza de Jhon Jairo Vásquez Pérez.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2014 por el Juzgado Primero Penal del circuito de Pereira, en cuanto fue objeto de impugnación, por parte del apoderado de Andrea de Jesús Higuita Quiñonez.

TERCERO: COMPULSAR COPIAS de esta decisión, con destino a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que se investigue la posible comisión del delito de falso testimonio, por parte de los señores Carlos Adrián Buitrago Toro y Dagoberto Marulanda.

CUARTO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso ordinario de reposición, únicamente frente a la determinación de declarar desierto el recurso que se interpuso en favor de Jhon Jairo Vásquez Pérez. En contra de la sentencia de segunda instancia en el caso de Andrea de Jesús Higuita Quiñones, procede el recurso extraordinario de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

WILSON FREDY LÓPZ
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015)

ACTA DE APROBACIÓN No 204
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	Abril 28 de 2015, 3:05 p.m.
Imputado:	Jairo Morales Lamundia
Cédula de ciudadanía:	18.611.658 de Belén de Umbría (Rda.).
Delito:	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Víctima:	La seguridad pública
Procedencia:	Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Quinchía (Rda.) con funciones de conocimiento, en traslado temporal al municipio de Belén de Umbría (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra el auto proferido en marzo 9 de 2015, por medio del cual se negó la práctica en juicio de pruebas sobrevinientes. SE ABSTIENE DE CONOCER.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

1.1.- En el escrito de acusación presentado al juzgado de conocimiento se dejó consignado lo siguiente:

> "El día 18 de abril del año 2013 siendo las 16:10 horas, se procedió a hacer efectiva la orden de allanamiento y registro para el inmueble ubicado en el barrio Manantial casa 29 sector coliseo de este municipio, dispuesta por la Fiscalía 32 Seccional de Belén de Umbría, la cual se llevó a cabo en presencia del Personero Municipal, para lo cual los gendarmes de la policía judicial previamente identificados, proceden a solicitar la apertura de la puerta y al lograr penetrar a la residencia, donde son atendidos por JAIRO MORALES LAMUNDIA, identificado con cédula No. 18.611.658 expedida en Belén de Umbría, Risaralda, quien adujo ser

propietario de la residencia, leyeron la diligencia aludida y proceden a efectuar la misma, hallando en el baño de la residencia sustancia vegetal que se compadece como marihuana, en una segunda habitación se encuentra sustancia sólida que al parecer se trataba de basuco, procediendo a darle a conocer los derechos como persona capturada, sin embargo, en el momento en que trataban de sacarlo de la residencia la policía fue sujeto de asonada por los miembros de la mencionada familia e integrantes de la comunidad indígena, se vieron obligados a abandonar el lugar sin que pudiese lograrse el traslado de la persona aprehendida, es decir, no se pudo ejecutar la captura surgida como consecuencia del estado de flagrancia.

Continuando con el procedimiento de PIPH un Perito en la materia determinó que la sustancia vegetal de color verde arrojó un peso neto de 1.02 gramos siendo positivo para CANNABIS y sus Derivados y respecto del polvo de color habano resultó positivo para COCAINA y sus derivados en un peso neto de 6.87 gramos".

1.2.- A consecuencia de lo narrado se procedió a realizar la audiencia de legalización de la orden y la diligencia de allanamiento y registro (abril 19 de 2013) y posteriormente se solicitó la expedición de orden de captura en contra del señor JAIRO MORALES LAMUNDIA (octubre 9 de 2013), la que se hizo efectiva (octubre 19 de 2003) por lo que se llevó a cabo ante el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Quinchía (Rda.), las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación (octubre 20 de 2013) por medio de la cual se le atribuyó al procesado el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conducta consagrada en el artículo 376, inciso 2° del Código Penal modificado por el artículo 11 de la Ley 1453/11, bajo el verbo rector de "conservar"; cargos que el indicado NO ACEPTÓ. En la misma audiencia se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, la que posteriormente fue revocada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (diciembre 6 de 2013) y se dispuso su libertad inmediata.

1.3.- Ante esa no aceptación la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (enero 20 de 2014) por medio del cual formuló idénticos cargos al enjuiciado el que correspondiera al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Rda.), cuyo titular se declaró impedido por haber conocido la segunda instancia frente a decisión tomada en sede de control de garantías, siendo en consecuencia traslado su conocimiento al Juzgado Promiscuo del Circuito con funciones de conocimiento de Quinchía (Rda.), donde se adelantó la correspondiente audiencia de formulación de acusación (al parecer en marzo 17 de 2014), la audiencia preparatoria (mayo 19 de 2014) y la audiencia de juicio oral (septiembre 25 de 2014 y marzo 9 de 2015) fecha ésta última en la cual luego de haberse concluido la práctica probatoria de la Fiscalía, así como del único testimonio solicitado por la defensa –MARÍA

FABIOLA QUICENO- al haber renunciado a los demás testigos requeridos en juicio, el apoderado del enjuiciado solicitó -apoyado en diversas decisiones jurisprudenciales- se le aceptara como pruebas sobrevinientes los testimonios de GILDARDO LAMUNDIA -líder indígena de la comunidad Embera, y quien fuera gobernador del resguardo Flor del Monte-, y de MARÍA TERESA MORALES ONGARI -propietaria del inmueble donde se incautó la sustancia-.

Sustenta su petición en el sentido de señalar que a GILDARDO LAMUNDIA le consta que un agente de policía le informó que capturarían a JAIRO MORALES por haber estado en la minga en el sector conocido como "Remolinos", y la señora MARÍA TERESA estaba presente cuando los policiales dicen que hubo una asonada y así mismo dará cuenta de quiénes viven allí, y la costumbre y usos de uno de los residentes que no es el propietario. Aduce que ella en el momento del allanamiento y como dueña supo qué se encontró y qué se puso de presente. Indica que de tales hechos tuvo conocimiento una vez terminados los interrogatorios de los testigos de la Fiscalía.

1.4.- El delegado fiscal solicita el rechazo de los testimonios pedidos por la defensa, porque aunque indica que solo tuvo conocimiento de éstos en el juicio con ocasión de los testimonios practicados por el ente acusador, considera que ello no es cierto ya que no entiende qué tiene que ver el líder indígena con relación a la referida minga, lo cual nunca fue tratado en el juicio ni indicado por los testigos de la fiscalía, aunque es de público conocimiento que dicha manifestación sucedió años atrás y no significa que el defensor solo se dio cuenta hasta esta etapa y con los testimonios recibidos. Tampoco avizora procedente el testimonio de referencia de la señora MARIA TERESA MORALES -propietaria del inmueble-, pues la defensa tuvo oportunidad de haberla solicitado en la audiencia preparatoria y correr traslado a la Fiscalía para respetar el debido proceso.

Indica que lo manifestado no son hechos nuevos y simplemente por estrategia la defensa no los introdujo en la preparatoria, y hace referencia a la sentencia 39948 de la Corte Suprema, así como del Tribunal Superior de Neiva, para predicar que lo solicitado por la defensa no es prueba sobreviniente, es decir, que no se conociera inicialmente, dado que los hechos ocurrieron en 2013 y en ejercicio racional de la defensa se podía haber requerido el testimonio de MARÍA TERESA si era la que vivía o era la propietaria del inmueble para hacerlo valer en la preparatoria.

En cuanto al líder indígena no es prueba nueva, pues lo que se pretende dilucidar con el mismo son hechos relacionados con una minga indígena

celebrada en el sector de Remolinos, la cual es de público conocimiento y que no tiene que ver con los hechos, por lo que pide no se acceda a lo solicitado por la defensa.

1.5.- Una vez analizados los argumentos esgrimidos, la juez de la causa expresa que el canon 344 C.P.P. consagra el deber de descubrimiento y al encontrarnos en un sistema de partes y con tendencia adversarial, ello implica que cada una tiene la posibilidad de descubrir elementos materiales probatorios para no sorprender a la contraparte y respetar el principio de igualdad de armas, con el fin de mantener incólumes los principios de contradicción y defensa. Hace un recuento de las oportunidades en que tanto Fiscalía como defensa realizan el respectivo descubrimiento y la oportunidad para solicitar la práctica probatoria, que para el caso de la defensa lo es en la audiencia preparatoria. Así mismo hace alusión a la excepción que de tal descubrimiento se expresa en el inciso final del artículo antes indicado, sobre la cual la Corte Suprema fijó claramente sus requisitos en sentencia 39948 de noviembre 21 de 2012, entre ellos que la prueba se hubiere encontrado en desarrollo del juicio y que sea muy significativa por su incidencia en el resultado del proceso.

Con fundamento en ello la titular del despacho asegura que en cuanto al testimonio del señor GILDARDO LAMUNDIA no se puede establecer que fue en desarrollo del juicio que el defensor tuvo conocimiento de su manifestación, pues desde la preparatoria hizo referencia a una minga indígena que nada tiene que ver con este proceso donde se juzga el delito de tráfico de estupefacientes. Y añade que no es procedente dicho testimonio porque no fue en juicio que se tuvo conocimiento de la existencia del señor GILDARDO LAMUNDIA, dado que su nombre nunca fue escuchado en los testimonios recibidos en juicio, y los hechos que supuestamente puede aportar nada tienen que ver con lo debatido.

En relación con el testimonio de la señora MARIA TERESA MORALES se advierte que desde el inicio de la diligencia, cuando se corrió traslado a la defensa de los elementos materiales referidos en la acusación, se establece que la señora MARÍA TERESA –esposa del procesado JAIRO MORALES- estuvo presente en el allanamiento. El hecho no era por tanto desconocido por la defensa, ni tampoco se explicó la trascendencia de esa prueba para el juicio.

Concluye así que las solicitudes probatorias no se ajustan a los parámetros fijados para admitir su práctica y por ende hay lugar a su negación.

1.6.- Inconforme con la decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

2.- DEBATE

2.1.- La defensa de **JAIRO MORALES LAMUNDIA** sustentó el recurso de reposición y en subsidio el de apelación en los siguientes términos:

Se limita en su intervención a rememorar todo lo que pidió se le descubriera por parte de la Fiscalía en la audiencia preparatoria, acto procesal llevado a cabo en mayo 19 de 2014, así: (i) que se entregaran los expedientes de la acusación en contra de HECTOR TAMARIZA MORALES, lo que se aprobó; (ii) que se aportara informe de actuaciones de la policía durante la minga en el paraje remolinos; (iii) que la Fiscalía aporte proveniente de la policía, Sijin o quien corresponda, informe sobre la retención de un oficial durante la minga; (iv) que la Fiscalía aporte el nombre del oficial "a quien interrogaré durante el juicio"; (v) que pretende contrainterrogar a los testigos de la Fiscalía, e interrogar a: MARÍA TERESA MORALES -esposa del acusado-, OMAR LAMUNDIA MORALES -Gobernador del Resguardo Flor del Monte de la vereda la Florida-, y a GILDARDO LAMUNDIA MORALES -exgobernador-; (vi) entrega 54 nombres de vecinos del barrio Manantiales con identificaciones, que declararán sobre la conducta y moralidad del procesado y su compañera MARIA TERESA, y de la supuesta asonada a la que se refieren los policiales por medio de la cual se impidió que fuera arrestado su cliente el 18 de abril de 2013, y (vi) que se presente Personero de Belén de Umbría.

Agrega que en ese momento de la audiencia de juicio oral, él salió hacia la parte exterior del juzgado a averiguar por sus testigos, y se encontró con MARÍA TERESA quien le dijo que su padre era quien consumía marihuana, y también se encontró con GILDARDO LAMUNDIA, quien fue Gobernador del Resguardo y le dijo que mucho cuidado porque iban a capturar a su cliente por la participación en la minga indígena, que porque fue la persona que había señalado a un oficial de la policía que fue posteriormente retenido y amarrado a un árbol por los indígenas.

Expresa el apelante que este caso comenzó por el allanamiento a un lugar en donde se supone se comercializaban estupefacientes, pero sin embargo "no se encontró nada", que solo un cachito de marihuana que al parecer era del papá de MARIA TERESA; ni tampoco se encontró nada ilegal en los otros allanamientos que hubo y que constan en los expedientes que la Fiscalía le pasó por orden del juzgado.

2.2.- A su turno el Fiscal, como no recurrente, comienza su disertación indicando que no entendió el soporte o motivo del recurso de apelación, porque lo que hizo el abogado fue leer algo del acta de la audiencia preparatoria, donde se hace todo el tema del descubrimiento y donde se clarifica cuáles son las pruebas que se pretenden hacer valer en juicio tanto por la Fiscalía como por la Defensa. Aclara que por la cantidad de testigos solicitados pidió se limitara su número, por lo que la juez limitó a 7 testigos, de los cuales solo se recibió un testimonio pues la defensa desistió de los demás. Frente al recurso y como lo manifestó la señora juez, es claro que la prueba sobreviniente pedida no procede porque no era la etapa procesal indicada, máxime que ya para culminar el juicio no puede decir que la señora MARÍA TERESA va a aportar hechos nuevos o que no tenía conocimiento de lo acaecido pues es la esposa del acusado, estaba el día del allanamiento, y se enteró del motivo de la diligencia así como de la captura con verificación de arraigo, por lo que existe un sinnúmero de elementos que conllevan a establecer que era sabedora de lo sucedido, y de allí que no es real que el defensor diga que solo tuvo conocimiento de todo una vez culminados los interrogatorios de la Fiscalía.

En relación con el señor GILDARDO LAMUNDIA, asegura que desde la imputación y hasta la preparatoria la defensa ha querido desviar la atención en relación con hechos que se presentaron en el sitio de Remolinos a raíz de una minga indígena donde hubo problemas de orden público, lo cual es un hecho notorio, pero ningún testigo hizo relación a la misma, máxime que no tiene nada que ver con el objeto de la investigación por una posible autoría en la conservación de estupefacientes. Y aunque el defensor indica que el padre de la señora MARÍA TERESA consume marihuana, olvida que también fue encontrada otra sustancia conocida como cocaína y sus derivados con peso de 6.87 gramos.

Concluye por tanto que la decisión adoptada por la juez es correcta y pide se ratifique por esta Corporación.

2.3.- La juez negó la reposición al considerar que en desarrollo de la audiencia preparatoria la defensa al momento del descubrimiento de pruebas, hizo lectura de un escrito donde se refutaban las actuaciones de la policía en la minga indígena, a consecuencia de lo cual se advirtió que no era prueba sobreviniente la de GILDARDO LAMUNDIA.

En la preparatoria quedó consignado qué pruebas se practicarían por defensa y por Fiscalía, sin que se hubieran interpuesto recursos y por ende quedó en firme tanto el descubrimiento como el decreto probatorio, por lo

que no puede ahora retrotraerse el debate clausurado para establecer que sí mencionó dichos testigos pero que no los decretaron. En otras palabras, el togado no interpuso recurso ni efectuó aclaración en relación con que quedaron por fuera algunos testimonios.

Asegura que al no haberse establecido válidamente los requisitos para la procedencia de la prueba sobreviniente conforme al artículo 344 C.P.P., lo que corresponde es mantener la decisión adoptada y conceder el recurso de apelación, lo cual hizo en el efecto suspensivo.

2.4.- Encontrándose la presente actuación en la Sala, el defensor allegó escrito en abril 6 de 2014, con el fin de "reforzar su apelación", documento sobre el cual no se pronunciará la sala por ser abiertamente extemporáneo.

3.- Para resolver, SE CONSIDERA

De la situación fáctica mencionada con antelación, se advierte que ante la negativa de la funcionaria judicial de admitir en juicio como pruebas sobrevinientes los testimonios del líder indígena GILDARDO LAMUNDIA, así como el de la esposa del procesado, señora MARÍA TERESA MORALES OGARI, por parte del profesional del derecho se interpusieron los recursos de reposición –el cual fue despachado desfavorablemente- y en subsidio el de apelación frente a la decisión que le resultó adversa a sus intereses.

La Sala dirá desde ya que declarará desierto el recurso en cuanto la sustentación ofrecida ante la primera instancia no colma las exigencias requeridas.

Como es sabido, para el surgimiento de la competencia funcional en segunda instancia, es indispensable: la interposición oportuna del recurso de apelación en forma principal o subsidiaria, que la impugnación sea interpuesta por un sujeto procesal habilitado para el efecto, y que la providencia contra la cual se interpone admita esa clase de impugnación; pero además, que la parte inconforme presente ADECUADA SUSTENTACIÓN que dé al superior las bases suficientes para confrontar la posición del inconforme con la asumida por el inferior, porque se trata de la oportunidad única en que debe dar a conocer al ad quem los elementos de juicio en que se funda la censura.

No se trata de una requisitoria meramente formal, sino de la razón de ser del principio de la doble instancia, por cuanto no se puede pretender el examen

de una decisión judicial que se presume ajustada a derecho, sin exponer los motivos que se tienen para el disenso.

A partir de la Ley 2ª de 1984 se introdujo como exigencia legal la sustentación del recurso, y conforme a ese dispositivo doctrina y jurisprudencia han coincidido en moldear sus límites, para cuyo efecto se ha decantado lo siguiente:

> "Sustentar un recurso no significa lanzar apreciaciones de carácter general o ecuménicas, o calificaciones abstractas o vagas, o meramente corticales. No, el escrito de apelación para que merezca el nombre de tal, debe contener la pertinente crítica jurídica o probatoria mediante los correspondientes juicios de valor y los atinentes predicados axiológicos y conceptuales, de tal manera que a los planteamientos del proveído protestado se opongan razonamientos de similar peso; a sus inferencias y reflexiones otros tantos juicios combatan, contradigan o refuten el discurso dialéctico contenido en la respectiva providencia judicial. Sólo así cabe entender la naturaleza y finalidad del recurso de apelación"[1]

Significa entonces, que no suplen el requisito de la sustentación expresiones abstractas que por su imprecisión y vaguedad no expresan ni siquiera implícitamente las razones o motivos de disenso.

En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue el defensor del procesado, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por la señora juez a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó nuevamente a hacer lectura de un escrito relativo al descubrimiento probatorio que por su parte se efectuó durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, para dar a entender que los testimonios que hoy pide como prueba sobreviniente se enunciaron en la referida diligencia pero no fueron debidamente decretados; no obstante que, como bien lo explicó la titular del despacho cognoscente, durante la práctica de tal audiencia y una vez se procedió por la funcionaria a ordenar los testimonios que se harían valer en juicio -tanto los de la defensa como los de la Fiscalía-, el representante del acusado guardó absoluto silencio y por ende lo allí decidido quedó en firme en acatamiento al principio de preclusividad de los actos procesales, y no podía válidamente en etapa posterior pretender retrotraer actuaciones ya surtidas.

Dada esa particular manera de sustentar el recurso, no se halla por parte de la Sala forma de emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, porque de la alzada no se extraen razonamientos acerca de los cuales pueda surgir una confrontación o controversia efectiva con los términos en que fue

---

[1] TORRES CALERO, Miguel Angel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, Código de Procedimiento Penal. Segunda Edición, 1990, Tomo I, Editora Jurídica Colombiana, pg. 423.

despachada la decisión por parte de la a quo que resultó adversa a los intereses de la defensa.

Lo que hizo el togado, en sentir de la Sala, fue hacer alusión nuevamente a los elementos probatorios que pretendía fueran tenidos como prueba para hacerlos valer en desarrollo del juicio oral, pero no se atina por parte del mismo a enunciar alguna interpretación jurídica que diera pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento, con miras a considerar que los testimonios de MARÍA TERESA MORALES –esposa del procesado- y del líder indígena GILDARDO LAMUNDIA, debían ser admitidos como prueba sobreviniente. Vacío sustancial que impide a la Corporación cumplir con el deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por la funcionaria de primer grado.

Así las cosas, la Sala está en el deber de declarar desierto el recurso.

3.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación que fuera interpuesto de manera subsidiaria por el togado que representa los intereses del procesado; y, en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso oportunamente interpuesto.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición que de interponerse debe hacerse dentro del presente acto público y en forma oral.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

Libertad y Orden

SALA DE DECISIÓN PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, ocho (8) de junio de dos mil doce (2012)
Proyecto aprobado por Acta No. 314
Hora: 11:45 a.m.

Radicación	66001 31 04 005 2007 00127-01
Acusado	María Rosalba Vallejo Ramírez
Delito	Destrucción, supresión y ocultamiento de documento público
Juzgado de conocimiento	Quinto Penal del Circuito de Pereira
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia del cinco (5) de mayo de dos mil nueve (2009)

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante de la parte civil, contra la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira mediante la cual se absolvió a María Rosalba Vallejo Ramírez, de la conducta punible de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público por la cual había sido convocada a juicio.

2. ANTECEDENTES

2.1 Los hechos investigados fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación a través de denuncia penal instaurada por la señora Marina Gómez Franco, en la que se dio cuenta de lo siguiente:

- La denunciante le confirió poder al abogado Jhon Jairo Jiménez Franco, para obtener el pago de una deuda garantizada mediante una letra de cambio, suscrita por las señoras María Rosalba Vallejo Ramírez y Alba Lida Ramírez de Vallejo, por lo que el citado profesional del derecho, se hizo parte en la diligencia de inventarios y avalúos correspondiente al proceso sucesorio de la señora Ramírez de Vallejo, que cursaba en el Juzgado primero de familia de esta ciudad.

- El monto de la deuda fue asignado como pasivo a la denunciada –descendiente de la causante-, en la hijuela que le fue adjudicada, sin que la hubiera cancelado.

- El expediente contentivo de la sucesión de la causante fue entregado en el año 2001, al doctor Gilberto Serna López, apoderado de la señora Vallejo Ramírez, para que fuera protocolizada en la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira, sin que a la fecha se haya cancelado la deuda proveniente del crédito reconocido a favor de la denunciante.

- Cuando el apoderado de la señora Gómez Franco pretendía obtener copia del trabajo de partición y adjudicación, para demandar el pago del crédito insoluto, se dirigió a la notaría mencionada y allí le informaron que el expediente de la sucesión de doña Alba Lida Ramírez de Vallejo, no había sido protocolizado, lo que implicaba que hasta ese momento lo tenía en su poder María Rosalba Vallejo, sin poder obtener copia del mismo para realizar la demanda ejecutiva.

- La actitud poco ortodoxa de la denunciada para evitar ser demandada, fue no protocolizar el expediente, lo que se constituye en un delito, pues evadió su obligación legal de protocolizar en Notaría el expediente sucesorio.[1]

2.2 El 12 de julio de 2005 se dispuso la apertura de la investigación previa.[2] Se profirió resolución de apertura de instrucción por el delito de supresión u ocultamiento de documento público y privado el 22 de mayo de 2006, en ella se ordenó vincular mediante indagatoria a la señora Vallejo Ramírez, y se requirió el recaudo de otras pruebas.[3]

[1] Folios 1-4 cuaderno original No. 1
[2] Folio 4 cuaderno original No. 1
[3] Folio 31 cuaderno original No. 1

Finalizada la etapa instructiva, el ente fiscal profirió resolución de acusación el 12 de julio de 2007, en contra de María Rosalba Vallejo Ramírez, como presunta autora responsable de las conductas punibles de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público y destrucción, supresión u ocultamiento de documento privado, según lo dispuesto en los artículos 292 y 293 del Código Penal.[4] Esta decisión cobró ejecutoria el 17 de octubre de 2007.[5]

2.4 El 7 de noviembre de la misma anualidad, asumió el conocimiento de la causa, el Juzgado quinto penal del circuito de Pereira, despacho que realizó la audiencia preparatoria el 24 de julio de 2008[6] y la audiencia pública el 12 de febrero de 2009.[7]

2.5 La sentencia correspondiente fue emitida el 5 de mayo siguiente y a través de ella i) se absolvió a la señora Vallejo Ramírez, de todos los cargos formulados en su contra y ii) se ordenó levantar la medida de embargo y secuestro decretado por ese despacho en providencia del 24 de abril de 2009, respecto de la cuota parte que le corresponde a la mencionada en los inmuebles identificados en el numeral 2 de la parte resolutiva de ese fallo.

3. IDENTIDAD DE LA PROCESADA.

Se trata de **MARÍA ROSALBA VALLEJO RAMÍREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.950.140 de Pereira, nació el 7 de noviembre de 1952 en la misma ciudad, es hija de Honorio y Alba Lida, tiene unión libre con José Fawel Cardona, reside en la manzana 14 casa 23 barrio Monserrate de esta capital.

4. LA DECISIÓN IMPUGNADA

4.1 En la sentencia de primera instancia, el despacho de conocimiento absolvió a la procesada con base en las razones que a continuación se sintetizan:

- Para que el despacho pueda concluir acerca de la culpabilidad y el dolo de la señora Vallejo Ramírez, se deben mirar a profundidad los hechos

[4] Folios 63-67 cuaderno original No. 1
[5] Folio 71 inverso cuaderno original No. 1
[6] Folio 91 cuaderno original No. 1
[7] Folios 98-101 cuaderno original No. 1

y determinar si se tipificó la conducta por la cual se está adelantando el caso. La señora Vallejo esta siendo procesada por la pérdida de una letra de cambio original que estaba en su propiedad y dicha deuda le fue adjudicada a ella por ser una sucesión de la causante, su progenitora.

- La denunciante acerba que ese hecho es una maniobra poco honesta de la procesada, porque al ocultar dicho documento evita que se interponga en su contra una demanda ejecutiva y así poder evitar el pago del capital más los intereses de la deuda causados hasta la fecha.

- Se puede observar en este caso que no se obtuvo la prueba necesaria que demostrara la intención o el dolo de la señora Vallejo Ramírez en desaparecer el documento, aún más cuando su defensor propuso en el trámite del proceso la reposición del titulo valor en un juzgado civil con la copia original que tiene la señora Vallejo Ramírez, dado el extravío del titulo valor y otros documentos de importancia para la imvestigada.

- El concepto 2008017792-001 de la Superintendencia Financiera de Colombia del 12 de mayo de 2008 indica que nuestro ordenamiento ha fijado precisas reglas para la cancelación y reposición de instrumentos negociables, asignando a las autoridades judiciales la facultad de establecer las condiciones de pago, en curso de la demanda incoada, de los titulos valores extraviados o destruidos, ubicándose en normas del Código Civil y del Código de Comercio.

- No se puede atribuir el dolo en el extravío del titulo valor en manos de la acusada, pues se ha observado que ha asistido voluntad en el reconocimiento del crédito y propuesta de pago, por lo que se advierte que no se ha negado la deuda y lo correcto es proceder al pago de la misma, punto en el que le asiste razón a la defensa.

- Hay otros mecanismos para la recuperación del titulo para proceder a demandar ejecutivamente a la señora Vallejo Ramírez, siendo claro que al no demostrarse con prueba irrefutable de la comisión del delito por el que se le procesa ante la ausencia de dolo, la sentencia debe ser de carácter absolutorio y deben levantarse las medidas de embargo y secuestro decretadas por el despacho y que fueron inscritas en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

4.2 2 Ante esta decisión, el representante de la parte civil interpuso recurso de apelación, que fue concedido en el efecto suspensivo.

5. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON EL RECURSO

5.1 El representante de la parte civil, en calidad de sujeto procesal recurrente, en un breve escrito indicó que su disentimiento con la providencia partía de la apreciación del material probatorio, pues la procesada inscribió el trabajo de partición y de adjudicación en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pereira, acto para el cual no fue negligente, sin que pueda predicarse que si lo fue para realizar la protocolización de la escritura.

Agregó que lo que perseguía con la apelación, era que se evaluara nuevamente el material probatorio desde otra óptica.

5.2 El defensor (No recurrente)

- El recurso interpuesto debe ser declarado desierto por falta de sustentación, pues los parcos argumentos del recurrente al sustentar la alzada se limitan prácticamente a implorar la revisión del dossier y los elementos probatorios, sin discutir de manera alguna las razones jurídicas que llevaron al *a-quo* a proferir sentencia absolutoria.

- Nada dice el recurrente frente al problema jurídico planteado en primera instancia y mucho menos explica su inconformidad frente a la valoración probatoria que hiciera el juez en el cuerpo de la sentencia.

- Se comparten las razones que llevaron a la juez de primer grado a proferir sentencia absolutoria, defendiendo el principio de la buena fe, el *in dubio pro reo* y sobre todo la primacía de la realidad, cuando doña Rosalba Vallejo ha estado y está dispuesta a realizar el pago de la obligación, pero que por situaciones económicas adversas y la instransigencia de la parte civil no lo ha logrado.

6. CONSIDERACIONES LEGALES.

6.1 Esta Sala es competente para conocer del recurso propuesto en atención a lo expuesto en el artículo 76-1 de la ley 600 de 2000.

6.2 **Problema jurídico a resolver:** la Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el representante de la parte civil debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado y en caso de superar este examen, debe procederse a analizar el recaudo probatorio a fin de determinar si es viable revocar la decisión de primera instancia, al confluir los requisitos exigidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

6.3 Inicialmente debe manifestar la Sala, que en el caso objeto de estudio, se procede por los delitos de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público y destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, que han sido definidos por el legislador así:

> *Art. 292 DESTRUCCIÓN, SUPRESIÓN U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PÚBLICO. El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.*
>
> *Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.*
>
> *Si se tratare de documento constitutivo de pieza procesal de carácter judicial, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.*
>
> *Art. 293 DESTRUCCIÓN, SUPRESIÓN Y OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PRIVADO. El que destruya, suprima y oculte, total o parcialmente un documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años.*

6.4 Como en este caso, la conducta punible de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público por la que fue acusada la señora Vallejo Ramírez, recaía sobre un documento público pieza procesal de carácter judicial, al provenir del Juzgado primero de familia de Pereira, debe tenerse en cuenta la sanción descrita en el inciso *in fine* del citado artículo 292 de la ley 599 de 2000.

Es pertinente que esta Corporación indique que pese a que la Fiscalía General de la Nación, acusó a María Rosalba Vallejo Ramírez, por el concurso de ilícitos referido, la funcionaria de primer grado omitió en su sentencia hacer pronunciamiento alguno sobre el *contra jus* de destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado; no obstante lo anterior, del contexto fáctico de la actuación se desprende que la investigación giró en torno a la no protocolización en Notaría de un expediente relativo a la sucesión de doña Alba Lida Ramírez de Vallejo, expedido por el Juzgado primero de familia de Pereira, lo cual a las claras hace que corresponda a un documento público. Ante esto y la falta de interposición de recurso de apelación por parte del ente instructor, frente al olvido del *a-quo,* la Sala no hará pronunciamiento alguno en ese sentido.

6.5 El inciso 2 del artículo 194 de la ley 600 de 2000 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto. Tal disposición encuentra sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende. La jurisprudencia constitucional, ha dejado sentado que la exigencia de le debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio*

para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.

En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.

El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.

Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.

Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y

añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios

y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el

apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

*Obsérvese que, existiendo la prohibición de la **reformatio in pejus**, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.*

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…" [8]

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

"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos

[8] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.

En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.

En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los

> *motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"*[9].

Recientemente, la misma Corporación indicó que:

> *"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.*
>
> *En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.*
>
> *El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"*[10]

6.6 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que en su escrito el recurrente no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limita a mencionar que la procesada no pudo actuar de forma diligente en el registro del trabajo de partición y adjudicación en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y al mismo tiempo negligentemente en la protocolización de los documentos en la Notaría respectiva, sin detenerse siquiera a argumentar sobre el punto central de la providencia impugnada, cual fue la atipicidad subjetiva de la conducta por ausencia de dolo en la actuación de doña María Rosalba Vallejo Ramírez.

---

[9] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.
[10] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

De esta forma, no puede esta Colegiatura adoptar decisión diversa a declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por el doctor Jhon Jairo Jiménez Franco, apoderado de la parte civil, contra la decisión tomada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira el 5 de mayo de 2009.

Segundo. Contra esta decisión procede el recurso ordinario de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ALBERTO LOPEZ MORALES
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, () de octubre de dos mil doce (2012)
Proyecto aprobado por Acta No.
Hora:

Radicación	66170 60 00 066 2011 01910
Acusado	Carlos Andrés Castaño Ramírez
Delito	Hurto calificado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.
Juzgado de conocimiento	Segundo Penal del Circuito de Pereira
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia del diez (10) de septiembre de dos mil doce (2012)

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el el procesado y su apoderado judicial, contra la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira mediante la cual se condenó al señor Carlos Andrés Castaño Ramírez, como autor de los delitos de hurto calificado y fabricación, tráfico o tenencia de armas de fuego, accesorios, parte o municiones, a la pena principal de 78 meses y 3 días de de prisión.

2. ANTECEDENTES

2.1 De lo plasmado en los formatos de inicio e informe ejecutivo[1], se logra establecer que el día 24 de noviembre de 2011, a las 20:30 horas, en la carrera

[1] Folio 2 al 6.

10 con calle 40, vía pública del barrio Guadalupe del municipio de Dosquebradas, un sujeto de sexo masculino, intimidó con un arma de fuego al señor Óscar Iván Martínez Trujillo, con el fin de despojarlo de sus pertenencias (un celular marca Nokia X3-2, $5.000 en efectivo y un bolso) avaluadas en la suma de $575.000, luego de lo cual emprendió la huida en una bicicleta, siendo aprehendido momentos después por miembros de la Policía Nacional que se hallaban en el sector, a quienes la víctima les había les había informado sobre lo sucedido. En las labores de persecución, los uniformados observaron que el sospechoso había arrojado un arma de fuego. Al momento de ser detenido, se le encontró el celular referido y $45.000. El detenido se identificó como Yeison Alejandro Castaño Ramírez, quien no contaba con el permiso de autoridad competente para portar el arma de fuego.

2.2 El día 25 de noviembre de 2011 la Fiscalía General de la Nación presentó la solicitud de audiencias preliminares ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Control de Garantías de esta ciudad, dentro de las cuales se declaró legal la captura del incriminado (decisión que fue apelada por el abogado defensor), se formuló imputación por los delitos de hurto calificado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, conductas descritas en los artículos 239, 240 inciso 2º y 365 inciso 1º del Código Penal. El procesado aceptó los cargos endilgados[2]. El juzgado le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro penitenciario.

2.3 Mediante oficio fechado el 15 de diciembre de 2011, la Fiscal Treinta y Cinco Seccional radicó solicitud para que se fijara fecha y hora para la realización de audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia[3].

2.4 A través de auto del 27 de enero de 2012 la juez penal del circuito de Dosquebradas se declaró impedida atendiendo lo previsto en el numeral 13 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004[4].

2.5 El día 1 de febrero de 2012 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento del proceso[5] y convocó a las partes a audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia en diferentes ocasiones, pero la misma no se pudo llevar a cabo sino hasta el día 19 de julio de 2012[6], toda vez que el procesado no había sido identificado plenamente. En dicho acto, el fiscal informó que el verdadero nombre del acusado es el Carlos Andrés Castaño Ramírez.

---

[2] Folio 3-4.
[3] Folio 28.
[4] Folio 29 y 30
[5] Folio 38.
[6] Folio 75.

2.6 El 22 de agosto de 2012 el señor Óscar Iván Martínez Trujillo en calidad de víctima, allegó memorial en el que manifestó que había sido indemnizado de manera integral por los perjuicios morales y materiales causados.

2.7 La sentencia correspondiente fue emitida el 10 de septiembre de 2012[7] y a través de ella i) se condenó al señor Castaño Ramírez a la pena principal de 78 meses y 3 días, por hallarlo responsable en calidad de autor de los delitos de hurto calificado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones; ii) se condenó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal; iii) no concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; iv) dejó a disposición del Comando General de las fuerzas militares Departamento de Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos, en el armerio del Batallón San Mateo de Pereira, el arma de fuego incautada al señor Carlos Andrés Castaño Ramírez.

2.8 El procesado y el defensor apelaron el fallo[8].

3. IDENTIDAD DEL PROCESADO.

Se trata de **CARLOS ANDRÉS CASTAÑO RAMÍREZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.087.998.397 de Dosquebradas, nació el 12 de agosto de 1987, es hijo de Carlos Eduardo y María Martha, estudió hasta el grado once, desempleado, reside en el lote 108 del barrio Primero de Agosto de Dosquebradas.

5. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON EL RECURSO

5.1 El señor Carlos Andrés Castaño Ramírez, en calidad de sujeto procesal recurrente, en un breve escrito indicó lo siguiente: *"…De manera comedida apelo sentencia condenatoria proferida en mi contra por peligrosista, no partió de los mínimos de ley, y no tuvo en cuenta rebaja por indemnización. Además la pena es muy dura y alta…"*[9]

5.2 Por su parte, el apoderado del procesado no sustentó el recurso interpuesto.

---

[7] Folio 81 al 86.
[8] Folio 87.
[9] Folio 88.

6. CONSIDERACIONES LEGALES.

6.1 Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2 **Problema jurídico a resolver:** la Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el procesado debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado y en caso de superar este examen, debe procederse a el grado de acierto de la decisión de primera instancia.

6.3 Inicialmente debe manifestar la Sala, que en el caso objeto de estudio, se procede por los delitos de hurto calificado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, que han sido definidos por el legislador así:

> *"ARTICULO 239. HURTO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.*
>
> *La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *ARTICULO 240. HURTO CALIFICADO. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La pena será de prisión de seis (6) a catorce (14) años, si el hurto se cometiere:*
>
> *1. Con violencia sobre las cosas…"*

6.5 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, establece el trámite del recurso de apelación en contra de sentencias.

Por su parte, el artículo 179A ibídem, hace referencia a la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto. Tal disposición encuentra sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya

revocatoria o modificación pretende. La jurisprudencia constitucional, ha dejado sentado que la exigencia de le debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.*
>
> *En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.*
>
> *El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*
>
> *Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.*
>
> *Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.*

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

*Obsérvese que, existiendo la prohibición de la **reformatio in pejus**, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.*

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

> *Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…"* [10]

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

> *"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.*
>
> *Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).*
>
> *En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la*

[10] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.

En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.

En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"[11].

Recientemente, la misma Corporación indicó que:

"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.

El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser

[11] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.

fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"[12]

6.6 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

En el caso *sub-examine* se observa que si bien es cierto el señor Carlos Andrés Castaño Ramírez allegó un breve escrito que carece totalmente de técnica jurídica, en el mismo se vislumbra que el recurrente atacar la providencia en lo que se refiere al monto de la pena impuesta, ya que "*no partió de los mínimos de ley, y no tuvo en cuenta rebaja por indemnización",* manifestación que hace inferir que el error en que incurrió la funcionaria de primer grado, radica en la dosificación punitiva.

Esta Colegiatura considera pertinente garantizar el derecho de defensa que le asiste al encartado, y en razón a ello, dará trámite al recurso por él interpuesto, máxime si se tiene en cuenta que el abogado que representa sus intereses, no sustentó el mismo, motivo por el cual se le declarará desierto.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por el doctor Jhon Jairo Jiménez Franco, apoderado de la parte civil, contra la decisión tomada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira el 5 de mayo de 2009.

Segundo. Contra esta decisión procede el recurso ordinario de reposición.

[12] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ALBERTO LOPEZ MORALES
Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. LUZ STELLA RAMÍREZ GUTIÉRREZ

Pereira, cuatro (4) de octubre de dos mil trece (2013)
Proyecto aprobado por Acta No. 589
Hora: 9:30 a.m.

Radicación	66001 60 00 036 2009 01821-01
Procesado	Jorge Luis Agudelo Castaño
Delito	Secuestro simple, acto sexual violento y tentativa de hurto calificado
Juzgado de conocimiento	Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira
Asunto	Recurso de apelación contra sentencia absolutoria

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor Jorge Luis Agudelo Castaño en contra del fallo de primera instancia proferido por el Juez Tercero Penal del Circuito de esta capital, en el proceso adelantado por las conductas punibles de secuestro simple, acto sexual violento y tentativa de hurto calificado.

IDENTIDAD DEL ACUSADO

Jorge Luis Agudelo Castaño, natural de Pereira, Risaralda, nació el 18 de mayo de 1968, hijo de Alejandro y Mery, de ocupación oficios varios, e identificado con la cédula de ciudadanía 16.222.725.

ANTECEDENTES

De conformidad con lo expuesto en el escrito de acusación[1], la presente causa se inició con la noticia criminal expuesta por la señora Jennifer Santa Giraldo, en contra del señor Jorge Luis Agudelo Castaño, el 8 de mayo de 2009, toda vez que mientras transitaba por la calle 19 entre carreras 9 y 10 de Pereira, el susodicho se acercó, la abrazó, le puso en el cuello un objeto pequeño que chuzaba, le dijo que no fuera a hacer ningún movimiento porque la mataba; le dijo que necesitaba que le hiciera el favor de entregarle un paquete a dos muchachos y le pidió que se soltara el cabello para que la gente no sospechara nada, y que lo abrazara para que parecieran novios; como ella se negó a tal pretensión, él le soltó el cabello y lo echó hacia delante para que le tapara el cuello y el objeto con el cual la sometía.

[1] Folio 1-8

Caminaron por la carrera 10 hacia la calle 20 e ingresaron a un hotel donde pidió una habitación, subieron unas escaleras y atravesaron un pasillo donde la víctima empezó a llorar y se negó a entrar al cuarto. Como varias personas se percataron de la situación, el acusado decidió que debían salir de ese lugar, y al bajar por las escaleras, le tocó los senos y le pidió que le entregara el bolso. Cuando salieron del hotel la señora Santa Giraldo pidió ayuda a dos personas, el procesado se percató de tal situación y emprendió la huida, siendo perseguido por un vigilante, y capturado en la estación del Megabus de la calle 21 con carrera 10.

De los registros de audiencias preliminares se extracta que el día 9 de mayo de 2009 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En aquella oportunidad la Fiscalía General de la Nación imputó al señor Jorge Luis Agudelo Castaño, como autor de los delitos de secuestro simple descrito artículo 168 del C.P. modificado por el artículo 1º de la Ley 733 de 2003, acto sexual violento contemplado en artículo 206 del C.P., modificado por el artículo 2º de la ley 1236 de 2008, y tentativa de hurto calificado teniendo en cuenta que existió violencia sobre una persona y el mismo no se logró consumar, tal como lo enuncia el artículo 240 ibídem. El señor Agudelo Castaño no aceptó los cargos.

El escrito de acusación fue presentado 8 junio de 2009 ante el Centro de Servicios Judiciales[2] y repartido ese mismo día al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad, despacho que celebró la audiencia de formulación de acusación el 19 de junio de 2009[3].

Al término de la audiencia de formulación de acusación se fijó como fecha para celebrar la audiencia preparatoria el 17 de julio de 2009, llevándose a cabo en esa oportunidad. Durante el desarrollo de la diligencia el señor Jorge Luis Agudelo Castaño aceptó de manera libre, consciente y voluntaria los cargos formulados por la Fiscalía, motivo por el cual se procedió de conformidad con lo dispuesto en el artículo 447 del C.P.P.

El 8 de septiembre de 2009 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira profirió sentencia condenatoria en contra del señor Jorge Luis Agudelo Castaño[4], por medio de la cual lo condenó a 180 meses de prisión; le impuso una multa de 445 smlmv; lo sancionó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión; y no le concedió el subrogado de ejecución condicional de la pena. El acusado y su defensor interpusieron recurso de apelación en contra de dicha determinación.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Defensor (recurrente)

- Se adhiere a la inconformidad de su representado, considera que pese a que le fueron imputados los delitos de hurto calificado en grado de tentativa, acto sexual violento, y secuestro simple, la materialización de estos dos últimos no fue demostrada.

- Existió una aceptación de cargos o auto incriminación por parte del señor Agudelo Castaño en aras de obtener una decisión judicial más favorecedora, pero la

[2] Folio 1-8
[3] Folio 14-15
[4] Folio 21-26

imputación fáctica y jurídica no son congruentes. No obstante lo anterior, el acusado siempre estuvo interesado en aceptar el cargo por el delito de tentativa de hurto calificado.

- Ante la carencia de prueba fundamental, idónea o certera de que existieran los delitos de secuestro simple y de acto sexual violento, solicita se decrete la revocatoria de la sanción penal por esos delitos y sea condenado únicamente por la tentativa de hurto calificado.

- Como quiera que hubo una aceptación de cargos, la defensa estuvo en desacuerdo con la interposición del recurso, pero como el mismo fue incoado por el usuario, se adhirió a la solicitud.

- No tenía argumentos jurídicos para controvertir la decisión de primera instancia.

Jorge Luis Agudelo Castaño (recurrente)

- Presenta inconformidad frente a la tasación de la pena.

- No obtuvo una defensa técnica ya que su abogado ni ahondó sobre los hechos y sus circunstancias particulares, por ello solicitó un cambio de abogado.

- No pretende una absolución porque sabe que cometió un delito, pero los actos que se le están imputando no los cometió en sí. Narra la forma como sucedieron los hechos y que en ningún momento quiso abusar de la víctima, ni de secuestrarla, y desde el primer momento aceptó que la iba a robar y no lo capturaron en el acto, no hubo flagrancia. No tuvo intención de violarla.

- Espera que se reconsidere la decisión tomada.

Fiscalía General de la Nación (no recurrente)

- Pide que se confirme la sentencia por cuanto cumple con todos los parámetros constitucionales y legales.

- Los cargos que le fueron imputados al procesado desde las audiencias preliminares fueron los mismos que aceptó el procesado con todas las prevenciones que se le hicieron, para acceder a una rebaja, los cuales tienen soportes probatorios.

- El delito de secuestro si se existió, porque hubo una afectación al derecho de locomoción y libertad.

- El punible de acto sexual violento se consumó porque se hicieron tocamientos en las partes íntimas de la víctima sin autorización o consentimiento, quien además estuvo amenazada con un arma.

- El procesado es reincidente en este tipo de situaciones y tiene más de diez sentencias condenatorias con este mismo modus operandi.

- No existió falta de defensa técnica.

- Pide que se confirme el fallo en su totalidad.

CONSIDERACIONES LEGALES

Esta Sala es competente para conocer del recurso propuesto en atención a lo expuesto en el artículo 76-1 de la ley 600 de 2000.

Problema jurídico a resolver: la Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el penalmente responsable y su defensor debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado y en caso de superar este examen, debe procederse a analizar si es viable revocar la decisión de primera instancia.

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.*
>
> *En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.*
>
> *El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*
>
> *Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.*
>
> *Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para*

otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

Obsérvese que, existiendo la prohibición de la ***reformatio in pejus****, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera*

que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…" [5]

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

"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al

[5] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

> *haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.*
>
> *En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.*
>
> *En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"*[6].

Recientemente, la misma Corporación indicó que:

> *"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.*
>
> *En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.*
>
> *El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"*[7](Subrayado fuera de texto).

Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que en la argumentación de los recurrentes no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limita a mencionar que el procesado en ningún momento tuvo la intención de incurrir en dos de las conductas que le fueron atribuidas y que de manera libre, consciente y voluntaria aceptó.

Finalmente, se debe establecer que las manifestaciones realizadas por el procesado durante la sustentación del recurso de apelación no son de recibo de esta Corporación, ya que de las

---

[6] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.
[7] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

mismas se concluye que lo que pretende el señor Jorge Luis Agudelo Castaño es una retractación de la aceptación de cargos realizada, la cual aconteció de manera libre consciente y voluntaria, y para el caso concreto sólo sería procedente fundamentar la alzada respecto a la tasación de la pena o la concesión del subrogado de ejecución condicional de la pena.

Abonado a lo anterior, el señor defensor manifestó que no tenía argumentos para apelar la decisión de primera instancia y que lo hacía ante la asistencia de su representado.
De esta forma, no puede esta Colegiatura adoptar decisión diversa a declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor del señor Jorge Luis Agudelo Castaño.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por el señor Jorge Luis Agudelo Castaño y su defensor, contra la decisión tomada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira el 8septiembre de 2009.

Segundo. Contra esta decisión procede el recurso ordinario de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LUZ STELLA RAMÍREZ GUTIÉRREZ
Magistrada

MANUEL YARZAGARY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Aprobado mediante acta # 396

Pereira (Risaralda), miércoles dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014)

Procesado: Edwar Hoyos Gil
Delito: Concierto para delinquir, trafico, fabricación o porte de estupefacientes
Rad. # 66001 31 87 002 2011 00736 01
Asunto: Se inhibe de conocer recurso, declara desierto.

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación que en forma oportuna fue interpuesto y sustentado por parte del señor EDWAR HOYOS GIL, el cual obra en su propio nombre y representación, en contra de la decisión tomada el día 10 de abril del año 2014 por el señor Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Pereira Risaralda en la cual negó la redosificación de la pena impuesta.

La Jueza Tercera Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Santiago de Cali, en las calendas del 09 de Septiembre de 2011 impuso sanción penal al señor EDWAR HOYOS GIL al declararlo responsable como coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes previsto en el título XIII, capitulo II, artículo 376 inciso 1ª con la circunstancia de agravación del numeral 3 del artículo 384 del estatuto de las Penas, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 del año 2004, en concurso homogéneo y heterogéneo con el delito de concierto para delinquir.

Como sanción penal impuso la privación de la libertad por el término de 148 meses y 12 días de prisión y multa de 1.942.98 S.M.L.M.V., decisión que quedó ejecutoriada al no interponerse recurso contra la misma.

LA ACTUACIÓN PROCESAL:

Allegado el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, proveniente de la ciudad de Santiago de Cali, por reparto le correspondió la verificación al Juez Tercero de dicha modalidad, quien avocó el conocimiento y en el mes de marzo del 2014, el penado presenta una solicitud con la intención de que le sea otorgada una redosificación de la pena, para lo cual fundamenta su petición en la sentencia del 27 de febrero de 2013 (Expediente 33254) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sustenta su pretensión que en virtud de la citada sentencia, al condenársele no debió aplicársele el aumento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, por lo que solicita una redosificación.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA:

El 10 de abril de 2014 el Juez Tercero de Ejecución de penas y medidas de seguridad, niega la solicitud y sustenta el Juez *A quo* que en el pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema, se excluyó el aumento regulado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004 solo para los delitos previstos en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006[1]. Concluye que para los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y concierto para delinquir por los cuales fue condenado el señor Edwar Hoyos Gil, no hay lugar a realizar una dosificación de la pena debido a que el artículo 14 de la ley 890 de 2004 que realizó el incremento general de penas no ha sido declarado inexequible por lo tanto de es aplicación obligatoria.

LA ALZADA:

[1] Artículo 26. *Exclusión de beneficios y subrogados.* Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.

Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto

El condenado Edwar Hoyos Gil, obrando en su propio nombre y representación interpone recurso de apelación, sustenta el recurso con el señalamiento de que al momento de dictársele sentencia condenatoria, la Ley 1453 no se encontraba vigente y por lo mismo los delitos por los que se le condenó debieron de partir en su sanción sin considerar la ley 890 de 2004, Agrega además como sustento del disenso que el articulo 384 menciona incremento en la pena solo para el tipo básico, no incluye el incremento de la ley 890 de 2004, por ello solicita se aplique el incremento de la pena establecida en la ley 890 sin el agravante del artículo 384 o *contrario sensu* se inaplique el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una providencia emanada de un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de decisión penal, según las voces del # 3º del artículo 33 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

- Problema Jurídico:

Se plantea por el recurrente, ante la primera instancia, un recurso de apelación por su inconformidad con la negativa de la redosificación de la pena. En consecuencia decide la Sala si se satisface el presupuesto de la sustentación adecuada de la impugnación, como primer aspecto de procedibilidad para adquirir competencia en torno al pronunciamiento de fondo. De ser así, la Sala abordará el objeto propio del recurso, o en su defecto, habrá de declararlo desierto.

- Solución:

El recurso de apelación es un medio legal que tienen las partes para que el interesado objete, con fundamentos serios y jurídicos las providencias que resulten contrarias a sus intereses, siendo a su vez el ejercicio del derecho de defensa que garantiza el debido proceso propio de todas las actuaciones judiciales y administrativas como lo prevé el artículo 29 de la Carta Fundamental.

Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto

El recurso constituye una acción defensiva de quien estima afectado su derecho con la decisión judicial de primer grado. Este principio rector de la ley instrumental, conocido como de la doble instancia, se hace procedente en la medida que el impugnante satisfaga el presupuesto de sustentación del mismo.

La argumentación consiste en hacer una exposición razonada, lógica y suficiente de unos argumentos que pongan en evidencia su inconformidad con la decisión recurrida, es decir que la ataquen de manera frontal, para a su vez, dotar al *Ad quem* de unos elementos de juicio para pronunciarse, pero un discurso incoherente respecto del señalamiento de hechos y situaciones generales, impide a la Colegiatura asumir un estudio serio y ponderado de un posible reproche de ilegalidad o desacierto del *A quo*.

A pesar de lo difusa de la argumentación, alcanza a entrever la Sala que la defensa pide la redosificación de la pena con fundamento en la inaplicabilidad de la ley 890 de 2004, o una decisión de elección entre aplicar el incremento de la Ley 890 de 2004 sin aplicar el agravante especifico o viceversa. Esta Sala debe aclarar que no es pretensión imponer una técnica argumentativa especial para cada recurso, pero aclara que el sustento del disenso si demanda el cuidado y estudio de quien acude a esta instancia, de tal manera que su intervención presente alguna congruencia entre la decisión objeto de ataque y la exposición argumentativa, con citación si es el caso, de la norma sustantiva o procesal que tenga alguna no desfasada relación.

De suerte que en el caso en estudio, con el agotamiento del recurso, no se avizoraron elementos de juicios serios y suficientes como para desvirtuar los argumentos expuestos en el proveído de primer grado, ya que se observa que en ningún momento al ataque atiende a las razones fundadas que otorgó el *A quo* para negar la redosificación de la pena corporal infligida al hallado responsable y su disentir va encaminado a solicitar la exclusión de la inaplicación del aumento de penas de la ley 890 para después habérsele agravado la sanción conforme al artículo 384 del C.P. o subsidiariamente la inaplicación del agravante del artículo 384 de la Ley 599 de 2000.

Por último, esta Colegiatura debe ratificar que la oportunidad para aducir los factores alegados por el recurrente, está claramente

Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto

definida en la ley procesal – en el debate procesal y los alegatos de conclusión par parte del representante judicial del encartado o al momento de la dosificación de la pena- y su inconformidad debe quedar por sentada al momento del uso de los recursos.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el sancionado EDWAR HOYOS GIL en contra del proveído emanado del Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medida de seguridad el día 10 de abril de 2014.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede el recurso de reposición, el que debe ser sustentado dentro de la oportunidad legal.

TERCERO: Devuélvase el expediente al Juzgado remitente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ
Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria

Con formato: Centrado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto

DESERCIÓN DE RECURSO/ Inadecuada sustentación de la apelación al formular alegatos que no guardan consonancia con los argumentos expuestos por el juzgado para no acceder a la retractación del allanamiento

"(…) quien apeló fue el defensor del procesado, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó a expresar que precisamente como el descubrimiento probatorio no se ha efectuado, tanto él como su cliente tienen derecho a un juicio público donde además de controvertir las pruebas del órgano acusador pueda presentar otras en favor de su representado, sin que en momento alguno controvirtiera la tesis del despacho que estuvo centrada en determinar que en momento alguno al señor JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES se le vulneraron sus garantías fundamentales en la diligencia que se llevó a cabo ante el Juez de control de garantías, donde estuvo asistido de una profesional del derecho y en la que pese a las sendas explicaciones del funcionario sobre la postura que allí podía asumir respecto de los cargos endilgados -aceptarlos, no aceptarlos, o hacerlo de manera parcial-, así como la prohibición legal para ser acreedor a beneficios punitivos, decidió asumir de manera unilateral y sin coacción alguna la responsabilidad por las conductas atribuidas."

Citas: TORRES CALERO, Miguel Ángel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, "Código de Procedimiento Penal". Segunda EdiciónTomo I, Editora Jurídica Colombiana, 1990.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

ACTA DE APROBACIÓN No 706
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	Agosto 11 de 2016, 9:04 a.m.
Imputado:	José Alberto Idárraga Torres
Cédula de ciudadanía:	1.088.345.718 de Pereira
Delito:	Concierto para delinquir agravado en concurso con rebelión y extorsión agravada.
Víctima:	La seguridad pública, el régimen constitucional y legal, y el patrimonio económico de GILBERTO OSSA LEMUS y otros.
Procedencia:	Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Itinerante de Pereira (Rda.) con funciones de conocimiento.
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra el auto proferido en julio 01 de 2016, por medio del cual se negó la retractación de la imputación. DECLARA DESIERTO el recurso por indebida sustentación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

1.1.- La Fiscalía adelantó investigación contra varios integrantes del frente Aurelio Rodríguez de las Farc que delinquen en los municipios de Mistrató y Pueblo Rico (Rda.), entre ellos el cuarto cabecilla conocido como alias "ROMÁN" o "CARE BONITO" quien realiza extorsiones a comerciantes, transportadores y ganaderos de la zona conforme las órdenes impartidas por la comisión nacional de finanzas del secretario mayor central de las Farc. Luego de diversas labores investigativas, entre las cuales se cuenta con la información vertida por algunos desmovilizados de dicho frente, se estableció que alias "ROMAN" identificado como **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES** era el encargado de ejecutar las directrices de la comisión de finanzas con el fin de obtener recursos para el sostenimiento tanto militar, político, logístico y operacional de los integrantes de esa organización. El antes mencionado fue capturado por unidades del Ejército Nacional adscritos al Batallón San Mateo en noviembre 22 de 2015 en área rural del municipio de Mistrató (Rda.), en cumplimiento de la orden de captura emanada del Juzgado Séptimo Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.).

1.2.- A consecuencia de lo anterior se llevaron a cabo ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con función de garantías las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación (noviembre 23 de 2015) por medio de la cual la Fiscalía 1ª Delegada ante el GAULA le atribuyó al procesado **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES** los punibles de extorsión con circunstancias de agravación, conducta consagrada en los artículos 244 y 245.3 C.P., en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, contenido en el artículo 366 C.P., los cuales ACEPTÓ bajo la modalidad de preacuerdo -de la que luego se retractó-. Adicionalmente, se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

Con posterioridad, la Fiscalía 44 Especializada de la Unidad contra el Terrorismo, en noviembre 11 de 2015 ordenó la acumulación de dicha investigación a la presente conforme lo reglado en el canon 50 C.P.P. por existir armonía delictiva, tratarse de la misma zona, igual modus operandi, similares ejecutores, y asimismo un acervo probatorio semejante.

Como quiera que el procesado se retractó de la aceptación de dichos cargos, en abril 6 de 2015 la Fiscalía adicionó la imputación realizada con antelación donde le endilgó las conductas de concierto para delinquir agravado -con fines de terrorismo-, contemplada en los incisos 2 y 3 art. 340 C.P., en concurso

heterogéneo con el delito de rebelión consagrado en el art. 467 C.P. y homogéneo con el punible de extorsión agravada tipificado en los artículos 244 y numeral 3 art. 245 C.P., a los cuales SE ALLANÓ.

1.3.- Con fundamento en esa admisión unilateral de cargos, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (abril 18 de 2016) en la que formuló idénticos cargos a los endilgados y por ello el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pereira (Rda.) señaló la correspondiente audiencia de legalidad de verificación de la aceptación de imputación (mayo 18 de 2016) la que no se efectuó por la discrepancia suscitada en relación con el abogado que representaría los intereses del señor **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES**. Finalmente se realizó la referida audiencia (julio 01 de 2016) en la que el procesado manifestó que se retractaba de los cargos, por cuanto no contó con una buena asesoría por parte de la abogada que lo asistió, toda vez que él no entiende nada de leyes y ella solo le dijo que aceptara los delitos, sin explicarle bien, máxime que hay hechos de los cuales es inocente y por ende reclama un juicio, pues aunque allí refirió que no iba a admitir unos cargos la abogada le dijo que lo hiciera.

El defensor del encartado señaló que su cliente no comprendió los argumentos ni el momento en que estaba, pues se sentía confiado de su abogada, aunque no sabía de dónde salió en su representación la Dra. ENITH RÍOS y lo que allí dijo fue "porque estaba asustado, por desconocimiento y no tener ninguna claridad".

A su turno la delegada fiscal expresó que no es válida la justificación de retractación al no demostrarse la vulneración de garantías fundamentales ni vicios en el consentimiento como lo refiere el parágrafo del art. 293 C.P., al no haberse establecido que fue coaccionado cuando se adelantó la audiencia de imputación, donde estuvo asistido por una defensora de confianza contratada por el secretariado de las Farc y además haber sido un acto libre, voluntario y espontáneo.

1.4.- El Juzgado negó la retractación al considerar que conforme la jurisprudencia actual no basta la mera manifestación del procesado, sino que ésta debe ser justificada, y la defensa tiene la carga de demostrar un vicio en el consentimiento o violación a garantías fundamentales. Empero, lo que aquí se observa es que **JOSÉ ALBERTO** pretende hacerlo por la asesoría inadecuada de su abogada, por lo que se entiende de ello la existencia de una presunta afectación de derechos fundamentales, frente a lo cual estima que el procesado no puede excusarse en su ignorancia para señalar que por ese desconocimiento aceptó los cargos, máxime que en la audiencia de imputación

contó con todas las prerrogativas constitucionales y legales al habérsele indicado cuáles eran sus derechos, sin requerirse ser una persona versada para entender las oportunidades y posibilidades que tiene en el proceso penal.

Así mismo, del estudio de la audiencia de imputación se desprende que el juez le hizo todas las advertencias al indiciado, en especial verificó que ésta fuera libre, consciente, voluntaria y espontánea, además que por los delitos de concierto para delinquir agravado y extorsión agravada no tenía derecho a beneficios punitivos por admisión de cargos, pese a lo cual **JOSÉ ALBERTO** manifestó de viva voz entender y comprender la situación y aceptó unilateralmente lo endilgado; y si bien el procesado aduce que lo hizo por la orientación de su defensora, debe señalarse que precisamente una de las funciones del abogado es recomendar la mejor opción, sin que pueda descalificar la actividad desplegada por su anterior togada o de quien actualmente lo representa por la estrategia defensiva que cada uno de ellos creyó la más acertada, pues ninguno cuenta con elementos probatorios para determinar cuál es el rumbo del ejercicio defensivo, al no haberse descubierto los mismos por parte de la Fiscalía, y por ende las estrategias defensivas no puede ser justificación para pedir la retractación.

2.- Debate

2.1.- Defensa -recurrente-

El descubrimiento probatorio es el momento en que un abogado conoce cuál es la mejor posibilidad para defender a una persona vinculada a un proceso penal, lo que acá no se ha producido y precisamente por eso le parece que lo correcto fue el asesoramiento que él le dio a **JOSÉ ALBERTO**, y aunque hay una aceptación de cargos y sin lugar a dudas el señor juez le debió efectuar indicaciones y advertencias, se queda con su postura por aquello de que no debe ser de buen recibo que un acusado caprichosamente se retracte después de haber entendido; sin embargo insiste en que tanto su cliente como él deben tener la oportunidad de conocer las pruebas que existen y considera que de manera responsable no puede recomendarle lo que la togada le sugirió en su ocasión, y estima que la instancia superior debería darle la razón para concederle la viabilidad de que su prohijado tenga un juicio público para controvertir unas pruebas y en lo posible argüir otras en su favor.

2.2.- Fiscal -no recurrente-

Solicita se confirme la decisión al no encontrar justificación válida para una retractación, habida cuenta que no fue debidamente sustentada la vulneración

a derechos fundamentales que aduce la defensa, pues la aceptación de cargos fue libre, consciente, espontánea y voluntaria, además estuvo asistido por defensor a quien en su momento se le descubrieron los elementos de prueba con los que contaba la Fiscalía para soportar una inferencia razonable de autoría o participación, y el Juez de garantías cumplió a cabalidad con su rol al indicarle todos los derechos que tenía y las advertencias derivadas de esa aceptación.

3.- Para resolver, se considera

De la situación fáctica mencionada con antelación, se observa que ante la negativa del funcionario judicial de admitir la retractación de la aceptación unilateral de cargos que en la audiencia de formulación de imputación efectuó el señor **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES**, por parte del profesional del derecho que actualmente lo representa se interpuso el recurso de apelación frente a la decisión que le resultó adversa a sus intereses.

La Sala dirá desde ya que declarará desierto el recurso en cuanto la sustentación ofrecida ante la primera instancia no colma las exigencias requeridas.

Como es sabido, para el surgimiento de la competencia funcional en segunda instancia, es indispensable: la interposición oportuna del recurso de apelación en forma principal o subsidiaria, que la impugnación sea interpuesta por un sujeto procesal habilitado para el efecto, y que la providencia contra la cual se interpone admita esa clase de impugnación; pero además, que la parte inconforme presente ADECUADA SUSTENTACIÓN que dé al Superior las bases suficientes para confrontar la posición del inconforme frente aquella asumida por el inferior, porque se trata de la oportunidad única en que debe dar a conocer al ad quem los elementos de juicio en que se funda la censura.

No se trata de una requisitoria meramente formal, sino de la razón de ser del principio de la doble instancia, por cuanto no se puede pretender el examen de una decisión judicial que se presume ajustada a derecho, sin exponer los motivos que se tienen para el disenso.

Con la Ley 2ª de 1984 se formalizó como exigencia legal la sustentación del recurso, y conforme a ese dispositivo doctrina y jurisprudencia han coincidido en moldear sus límites, para cuyo efecto se ha decantado lo siguiente:

> "Sustentar un recurso no significa lanzar apreciaciones de carácter general o ecuménicas, o calificaciones abstractas o vagas, o meramente corticales. No,

> el escrito de apelación para que merezca el nombre de tal, debe contener la pertinente crítica jurídica o probatoria mediante los correspondientes juicios de valor y los atinentes predicados axiológicos y conceptuales, de tal manera que a los planteamientos del proveído protestado se opongan razonamientos de similar peso; a sus inferencias y reflexiones otros tantos juicios combatan, contradigan o refuten el discurso dialéctico contenido en la respectiva providencia judicial. Sólo así cabe entender la naturaleza y finalidad del recurso de apelación"[1]

Significa entonces, que no suplen el requisito de la sustentación expresiones abstractas que por su imprecisión y vaguedad no expresan ni siquiera implícitamente las razones o motivos de disenso.

En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue el defensor del procesado, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó a expresar que precisamente como el descubrimiento probatorio no se ha efectuado, tanto él como su cliente tienen derecho a un juicio público donde además de controvertir las pruebas del órgano acusador pueda presentar otras en favor de su representado, sin que en momento alguno controvirtiera la tesis del despacho que estuvo centrada en determinar que en momento alguno al señor **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES** se le vulneraron sus garantías fundamentales en la diligencia que se llevó a cabo ante el Juez de control de garantías, donde estuvo asistido de una profesional del derecho y en la que pese a las sendas explicaciones del funcionario sobre la postura que allí podía asumir respecto de los cargos endilgados -aceptarlos, no aceptarlos, o hacerlo de manera parcial-, así como la prohibición legal para ser acreedor a beneficios punitivos, decidió asumir de manera unilateral y sin coacción alguna la responsabilidad por las conductas atribuidas.

Dada esa particular manera de sustentar el recurso, no se halla por parte de la Sala forma de emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, porque de la alzada no se extraen razonamientos acerca de los cuales pueda surgir una confrontación o controversia efectiva con los términos en que fue despachada la decisión por parte del juzgado de primer nivel que resultó adversa a los intereses de la defensa, máxime cuando la postura que asumió el profesional del derecho al momento de interponer la alzada no guarda consonancia con aquella que esgrimió cuando se le concedió la oportunidad para pronunciarse en relación con la posición del señor **IDÁRRAGA TORRES** de retractarse de los cargos formulados, donde solo refirió que su cliente no comprendió los argumentos elevados en la audiencia de imputación, ni mucho menos el momento en que se encontraba, y que si bien allí admitió su

---

[1] TORRES CALERO, Miguel Angel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, Código de Procedimiento Penal. Segunda Edición, 1990, Tomo I, Editora Jurídica Colombiana, pg. 423.

responsabilidad lo hizo por cuanto estaba asustado, por su desconocimiento y no tener claridad alguna al respecto.

Se observa adicionalmente, que el juez a quo no tuvo ni siquiera la posibilidad de pronunciarse frente a lo referido por el togado al momento del recurso, porque, repetimos, lo que expuso el letrado en ésta última oportunidad no fue motivo de planteamiento ante el juez de primer nivel cuando se le concedió el uso de la palabra para alegar a su favor lo atinente a los motivos fundantes de la retractación.

Por lo anterior, estima la Corporación que por parte del abogado del señor **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES** no se atinó a enunciar alguna interpretación jurídica que diera pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento, con miras a considerar que se presentaba alguna de las circunstancias contenidas en el parágrafo del artículo 293 C.P.P. para aceptar la retractación de los cargos que realizó el procesado en la formulación de imputación llevada a cabo en abril 6 de 3016 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías. Y, ante ese vacío sustancial, se genera un obstáculo insalvable para que la Corporación cumpla su deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por el funcionario de primer grado.

Así las cosas, la Sala está en el deber de declarar desierto el recurso.

3.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación que fuera interpuesto por el togado que representa los intereses del procesado, y en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso oportunamente interpuesto.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición que de interponerse debe hacerse dentro del presente acto público y en forma oral.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

SUSTENTACIÓN DE RECURSO/ Deber de exponer los motivos concretos del disenso sobre los cuales se circunscribirá el estudio del juez de segunda instancia

"(…) quien apeló fue el defensor del denunciante, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el juez a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó a solicitar (…) que `se revise si en efecto se presentó la conducta de fraude procesal al ser ésta el origen de la preclusión adoptada pues con ello se podría dar la razón a su cliente´, sin hacer alusión alguna a los puntos de inconformidad que observó en relación con el proveído cuestionado, con lo cual dio a entender que su propósito era que de parte de esta Corporación se hiciera un `libre estudio integral de lo ocurrido´, sin indicar de manera concreta en que se basa su contrariedad frente a tal providencia."

Cita: TORRES CALERO, Miguel Ángel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, "Código de Procedimiento Penal". Segunda Edición, Tomo I, Editora Jurídica Colombiana, 1990.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA de decisión PENAL

Pereira, veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

ACTA DE APROBACIÓN No 143
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	Febrero 24 de 2016, 10:01 a.m.
Imputado:	Ana de Jesús Flórez Guerrero
Cédula de ciudadanía:	25.042.411 de Quinchía (Rda.).
Delito:	Fraude Procesal
Víctima:	La eficaz y recta impartición de justicia
Procedencia:	Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Rda.) con funciones de conocimiento
Asunto:	Decide apelación interpuesta por el apoderado de víctimas contra el auto proferido en julio 01 de 2015, por medio del cual se precluyó la investigación. SE DECLARA DESIERTO

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

1.1.- La situación fáctica que originó la investigación de la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ GUERRERO** fue puesta en conocimiento de la Fiscalía por parte del señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA, quien alude que la referida Inspectora de Policía del corregimiento de Irra de Quinchía (Rda.) presentó al

ente acusador un informe falso y fraudulento fechado enero 5 de 2012, con el cual indujo en error a la fiscal que ordenó el archivo del trámite que se adelantaba en contra de los miembros de la junta directiva de la Asociación de Usuarios del Acueducto de dicho corregimiento por la conducta de amenazas.

1.2.- La delegada fiscal solicita la preclusión de la investigación, de conformidad con lo reglado en el numeral 3 del artículo 332 C.P.P. -posteriormente lo corrige y expresa que se trata del numeral 4º-, por presentarse una causal de atipicidad del hecho, porque a su juicio la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ GUERRERO** en su calidad de corregidora de Irra no incurrió en una conducta engañosa pues su intervención se limitó a acatar el despacho comisorio emanado de la Fiscalía 29 Seccional de Quinchía (Rda.), y si bien se dieron algunas inconsistencia al indicar que no se había llevado a cabo la declaración del señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA, ello obedeció a un lapsus por cuanto el exhorto fue debidamente diligenciado, de lo cual no hay duda en cuanto a su existencia y cumplimiento. Así mismo que el comportamiento del señor QUINTANA ESTRADA fue corroborado por los testigos entrevistados y los comentarios efectuados por la señora **FLÓREZ GUERRERO** no son suficientes por sí solos para afirmar que engañó a las autoridades para proferir una sentencia, decisión o acto administrativo ni mucho menos que logró inducir en error a la funcionaria judicial.

1.3.- A su turno, el representante de víctimas expresó que de lo escuchado de la Fiscalía y lo dialogado con el denunciante, es para él imposible pronunciarse a ese respecto porque las circunstancias no se lo permiten, dado que no puede entrar a desaprobar lo esgrimido por el ente acusador porque en verdad existe una ausencia de tipificación de la conducta, y al no existir ésta no hay violación alguna; sin embargo, su prohijado le exhibió unas certificaciones de la EPS donde los médicos dan fe del estado mental en el que se encuentra y en conjunto con una serie de testimonios sobre su comportamiento y conducta, encontraríamos que su cliente pudo formular una denuncia por un fraude procesal que en realidad no está tipificado, aunque sí pudieron existir algunas fallas de la administración al no habérsele prestado la atención y colaboración suficiente, y generar un concepto con el que se prejuzga al señor QUINTANA al manifestar que tiene problemas mentales, lo que los médicos no certifican.

1.4.- El defensor de la indiciada coadyuva la petición de la fiscalía, al no observar el más mínimo asomo de duda en la actuación desplegada por su representada, quien lo que hizo fue cumplir con una orden por medio de un

comisorio que lo efectuó en forma clara y lo devolvió a la fiscalía 29 seccional; y además estima que esto no es nuevo porque en el tiempo que labora como defensor público conoce de cantidad de denuncias formuladas por el señor QUINTANA en contra de diversos funcionarios y pide se le dé aplicación al numeral 4º del artículo 332 C.P.P.

1.5.- Luego de determinar lo pertinente, y de haber manifestado el señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA que no autorizaba al abogado para su representación por no ser de la Defensoría Pública y rechazar su intervención, el juez le concede la palabra como denunciante, quien de su confusa exposición que incluso motivó en varias oportunidades la interrupción por parte del funcionario judicial para que éste direccionara su sustentación, se puede extraer como fundamental lo siguiente: (i) no es la persona que hizo ver la fiscal, en tanto no sufre de esquizofrenia, delirios de persecución o paranoia, lo que es completamente falso; (ii) se efectuó un montaje judicial con testigos falsos para precluir la investigación; (iii) la fiscal no valoró todas las pruebas pues le conviene precluir el asunto por tratarse de un montaje; (iv) la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ** es culpable del delito de fraude procesal por ocultar documentación; (v) en la orden de archivo la fiscal vio el oficio donde dice que no se le recibió la entrevista al señor ALFONSO QUINTANA y pese a que la personera y el asistente de fiscal vieron esa falla, se aguantaron en clara complicidad, y aunque allí se veía que la señora no llevó oportunamente esa diligencia, ahora se le dice que sí está y que no pasó nada; (vi) la señora **ANA DE JESÚS** en el oficio de 2012 dice cosas ajenas a la realidad e incidió en conducta engañosa por enviar un informe de hechos que no corresponden a la verdad, lo que conlleva un fraude procesal considerado como delito pues lesionó la recta impartición de justicia; (vii) el oficio de enero de 2012 que elaboró la señora **ANA DE JESÚS** fue realizado con el único fin de provocar un engaño, hacer incurrir en error a la fiscal, y lograr dejar en la impunidad a los autores de los delitos de que fue víctima; (viii) rechaza la solicitud de preclusión y pide se acuse y condene a la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ** y a sus coautores CARLOS MARIO GUTIÉRREZ y VÍCTOR CADAVID SÁNCHEZ; (ix) los hechos denunciados por él no han sido averiguados de manera seria y la petición de preclusión es producto de la precariedad probatoria por la inercia y el abuso de autoridad en las actuaciones que realizó la fiscal 29; y (x) pide se deniegue la preclusión y se investigue lo denunciado con el fin de garantizar sus derechos a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.

1.6.- Una vez analizados los argumentos esgrimidos, el juez de la causa dispuso la preclusión de la actuación al considerar que la conducta endilgada

a la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ GUERRERO** no encuadra en el punible de fraude procesal, pues no se vislumbra de las actividades por ella adelantadas la utilización de un medio fraudulento para hacer incurrir en error al funcionario, ni el propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, en tanto ella no faltó a la verdad y cumplió con la comisión que le fuera ordenada, relativa a escuchar al señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA, lo cual hizo y devolvió tal comisorio con un oficio, y aunque en éste se indicó que esa diligencia no se realizó, ello fue un equívoco, por cuanto se anexó tal interrogatorio y la decisión de archivo tomada por la fiscalía no lo fue exclusivamente por ese procedimiento, sino con fundamento en los demás elementos probatorios que se recaudaron en la actuación. Por demás, tampoco observa el despacho un tal montaje como así lo ha referido el denunciante, pues no se ve la intención de la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ** de ponerse de acuerdo con otros funcionarios para perjudicarlo.

1.7.- Adoptada la decisión, la Fiscalía, la defensa y el representante de la víctima manifestaron estar conformes con la providencia, pero como quiera que en esa oportunidad el juez no le otorgó la palabra al señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA para intervenir, éste interpuso acción de tutela cuyo conocimiento correspondió a esta misma Sala, por violación al debido proceso y derecho de contradicción, frente a lo cual la Corporación mediante sentencia de agosto 12 de 2015 tuteló los derechos fundamentales del actor, dejó sin efectos lo decidido por el a quo al declarar legalmente ejecutoriada la providencia de preclusión, y le ordenó programar nueva fecha y hora para continuar la diligencia donde se le concediera el uso de la palabra al señor QUINTANA ESTRADA para que se pronunciara.

El juzgado de primer nivel en acatamiento de lo decidido en sede de tutela, programó fecha para tal actuación y ante ello el señor QUINTANA ESTRADA elevó petición donde pidió su aplazamiento hasta tanto la Corte Suprema de Justicia se manifestara respecto de los demás derechos que no fueron objeto de protección, y a la vez recusó al funcionario para seguir con el conocimiento del caso.

1.8.- El Juez Promiscuo del Circuito por auto de agosto 24 de 2015 accede al aplazamiento de la diligencia, acepta la recusación impetrada y manifiesta su impedimento para adelantar el proceso conforme lo reglado en el numeral 5º. del artículo 56 C.P.P., por lo que remite la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, despacho que mediante decisión de septiembre 2 de 2015 avoca el conocimiento del asunto y ordena dar trámite a la

continuación de la audiencia de preclusión. No obstante las solicitudes de aplazamiento del señor QUINTANA ESTRADA, el despacho no las autoriza, aunque por situaciones administrativas hubo de aplazarse la inicial fecha y se fijó nuevamente para enero 13 de 2016.

En esta última oportunidad, la juez dejó constancia en el sentido que el señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA no comparece al acto muy a pesar de las varias ocasiones en que fue citado y notificado por el juzgado, máxime que dicha audiencia tiene como único propósito atender la tutela de la Sala Penal que ordenó conceder el uso palabra al mismo al mostrarse en desacuerdo con la preclusión adoptada, pero como inexplicablemente éste no concurrió al acto, consideró procedente otorgar el uso de la palabra al abogado que defiende sus intereses, para que se pronunciara si así lo consideraba pertinente.

2.- Debate

2.1.- El representante de la víctima sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos: No obstante la "revocatoria del mandato" (sic) que en audiencia pasada le hizo el señor QUINTANA ESTRADA, y además de encontrar algunas diferencias en relación con los conceptos que él pudo expresar y los suyos en torno a la preclusión, quiere ser solidario con él en el sentido de acompañarlo y solicitarle al Tribunal la revisión de la preclusión para que se sirva pronunciarse al respecto.

La señora juez con antelación a conceder la palabra a los no recurrentes, le solicitó al togado que se manifestara con respecto a algún punto específico en torno a la apelación, ante lo cual el profesional agrega que su deseo es que el Tribunal revise si en realidad hubo algún asomo de fraude procesal en el caso que se inició contra la señora **ANA FLÓREZ**, pues ese fue el origen de esta preclusión y la claridad que pueda encontrar la Corporación podría dar razón a su representado.

2.2.- A su turno la fiscal, como no recurrente, solicita se confirme la decisión emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía (Rda.) al acceder a la preclusión por cuanto la señora **ANA FLÓREZ** no ha incurrido en la conducta engañosa que indica el señor QUINTANA ESTRADA y que calificó como fraude procesal. Recaba que la Fiscalía al sustentar la preclusión hizo un relato de los hechos y especificó con qué elementos materiales contaba para pedirla, además de analizar el comportamiento que describe el denunciante, el que no encuadra en los hechos relatados y como quiera que las probanzas siguen

siendo las mismas, sin existir nuevas para variar su pedimento y menos la providencia de instancia, reitera los argumentos planteados en esa oportunidad.

2.3.- El defensor de la indiciada, también como no recurrente, coadyuva la petición de la Fiscalía y expresa que no hay el más mínimo asomo que su defendida haya trasgredido norma penal y mucho menos cometido un fraude, pues no se notó la intención de perjudicar a la presunta víctima. Deja constancia que hay un delirio de persecución de este señor en contra de su representada, y ello ha conllevado, sin razón, a múltiples investigaciones penales y administrativas. Solicita en consecuencia la confirmación de la determinación adoptada por el juzgado de primer grado.

2.4.- Luego de las referidas exposiciones la a quo indica que es contradictoria la postura del señor ALFONSO QUINTANA quien funge como víctima porque no asiste a la audiencia que precisamente fue reclamada en acción de tutela ante el Tribunal Superior, pues en varias oportunidades se aplazó por solicitud expresa del mismo sin que en la fecha comparezca pese a ser el interesado en este recurso, y aunque el abogado que lo defiende dejó claro que no tenía interés directo en la apelación al encontrar la decisión ajustada a derecho, en uso de la facultad de defender los derechos de su prohijado reclama del Tribunal la revisión de la preclusión, por lo que en aras de respetar el derecho de contradicción y de defensa, por cuanto esta persona ha pedido atención a unas situaciones que enfrenta y donde han sido varias las investigaciones presentadas porque él dice que no se le escucha por la judicatura, el citado despacho considera procedente con fundamento en ello conceder el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

Se agrega por la funcionaria a quo, que en la carpeta no hay constancia que el abogado de víctimas hubiera renunciado o hubiera sido relevado por un defensor público, y si bien el quejoso manifestó inconformidad con su defensa, a la fecha no ha comparecido con un abogado de confianza, ni otro sujeto procesal de la Defensoría Pública, a consecuencia de lo cual era prudente oír al abogado que lo asistió para garantizar la defensa técnica.

3.- Para resolver, se considera

De la situación fáctica mencionada con antelación, se aprecia que ante la decisión de preclusión que en su momento adoptó el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía (Rda.), esta Corporación dispuso por medio de acción constitucional que se escuchara la intervención de la víctima quien se había

mostrado inconforme con esa determinación. No obstante, cuando se reanudó el acto ante el Juzgado Penal del Circuito de Belén de Umbría (Rda.) con tal finalidad, la titular del despacho dejó constancia de la no comparecencia del señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA muy a pesar de las continuas citaciones que se le hicieron, a consecuencia de lo cual le concedió el uso de la palabra al profesional del derecho que lo representa, quien procedió a sustentar el recurso de apelación frente a la providencia que resultó adversa a los intereses de su prohijado.

Lamentablemente, la Sala se ve forzada a sostener que el recurso debe declararse desierto en cuanto la sustentación ofrecida ante la primera instancia no colma las exigencias requeridas.

Como es sabido, para el surgimiento de la competencia funcional en segunda instancia, es indispensable: la interposición oportuna del recurso de apelación en forma principal o subsidiaria, que la impugnación sea interpuesta por un sujeto procesal habilitado para el efecto, y que la providencia contra la cual se interpone admita esa clase de impugnación; pero además, que la parte inconforme presente ADECUADA SUSTENTACIÓN que dé al superior las bases suficientes para confrontar su posición con la asumida por el inferior, porque se trata de la oportunidad única en que debe dar a conocer al ad quem los elementos de juicio en que se funda la censura.

No se trata de una requisitoria meramente formal, sino de la razón de ser del principio de la doble instancia, por cuanto no se puede pretender el examen de una decisión judicial que se presume ajustada a derecho, sin exponer los motivos que se tienen para el disenso.

A partir de la Ley 2ª de 1984 se introdujo como exigencia legal la sustentación del recurso, y conforme a ese dispositivo doctrina y jurisprudencia han coincidido en moldear sus límites, para cuyo efecto se ha decantado lo siguiente:

> "Sustentar un recurso no significa lanzar apreciaciones de carácter general o ecuménicas, o calificaciones abstractas o vagas, o meramente corticales. No, el escrito de apelación para que merezca el nombre de tal, debe contener la pertinente crítica jurídica o probatoria mediante los correspondientes juicios de valor y los atinentes predicados axiológicos y conceptuales, de tal manera que a los planteamientos del proveído protestado se opongan razonamientos de similar peso; a sus inferencias y reflexiones otros tantos juicios combatan, contradigan o refuten el discurso dialéctico contenido en la

> respectiva providencia judicial. Sólo así cabe entender la naturaleza y finalidad del recurso de apelación"[1]

Significa entonces, que no suplen el requisito de la sustentación expresiones abstractas que por su imprecisión y vaguedad no expresan ni siquiera implícitamente las razones o motivos del disenso.

En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue el defensor del denunciante, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el juez a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó a solicitar -previo requerimiento de la señora juez al respecto- que "se revise si en efecto se presentó la conducta de fraude procesal al ser ésta el origen de la preclusión adoptada pues con ello se podría dar la razón a su cliente", sin hacer alusión alguna a los puntos de inconformidad que observó en relación con el proveído cuestionado, con lo cual dio a entender que su propósito era que de parte de esta Corporación se hiciera un "libre estudio integral de lo ocurrido", sin indicar de manera concreta en que se basa su contrariedad frente a tal providencia.

Dada esa particular manera de sustentar el recurso, no se halla por parte de la Sala forma de emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, porque de la alzada no se extraen razonamientos acerca de los cuales pueda surgir una confrontación o controversia efectiva con los términos en que fue despachada la decisión por parte del a quo que resultó adversa a los intereses del señor QUINTANA ESTRADA.

No puede pasar por el alto esta Corporación que de conformidad con lo dispuesto en la acción de tutela que conoció quien ahora funge como ponente, se debía dar la oportunidad a la víctima, esto es, al señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA para que expusiera los argumentos respecto a la preclusión, máxime que como se avizoró en ese diligenciamiento la postura de quien allí lo representó estuvo en contravía de lo que pretendía, por lo que ahora no se entiende la posición asumida por el quejoso de negarse a asistir para sustentar el recurso que reclamó insistentemente, muy a pesar que según lo refirió la juez a quo fueron diversas las citaciones que se le enviaron, pero aun así se mostró reacio a comparecer a dicha audiencia.

Y frente a tan palmaria situación, lo que observa la Sala es que el abogado del señor QUINTANA ESTRADA, quien ya había soportado su inicial posición

---

[1] TORRES CALERO, Miguel Angel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, Código de Procedimiento Penal. Segunda Edición, 1990, Tomo I, Editora Jurídica Colombiana, pg. 423.

ante la preclusión adoptada a favor de la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ GUERRERO**, en el sentido de no mostrar inconformidad alguna -como así se desprende de los registros de audio de la actuación-, se vio en la imperiosa necesidad de tratar de sustentar un recurso con el cual no estaba de acuerdo, y el resultado obtenido es evidente, en cuanto no se atina por parte del mismo a enunciar alguna interpretación jurídica que diera pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento, con miras a considerar que en efecto la conducta endilgada a la señora FLÓREZ GUERRERO tuvo ocurrencia. Siendo así, lo esperado procesalmente era que la carga argumentativa corriera por cuenta del señor QUINTANA ESTRADA, quien como ya se indicó no quiso comparecer al acto público.

En síntesis, ese vacío sustancial impide a la Corporación cumplir con el deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por el funcionario de primer grado.

Así las cosas, la Sala está en el deber de declarar desierto el recurso.

3.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación que fuera formulado por el togado que representa los intereses del señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA; y, en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso interpuesto.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición que de interponerse debe hacerse dentro del presente acto público y en forma oral.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

TRIBUNAL SUPERIOR

DISTRITO JUDICIAL DE PEREITA

SALA DE DECISION PENAL

Magistrado

LEONEL ROGELES MORENO

Pereira, veintiséis (26) de enero de dos mil diez (2010)

Hora: 04:00 p.m.

Aprobado por Acta No. 027

Sindicado: *William de Jesús Flórez Estrada*
Conducta Punible: *Abuso de Confianza*
Procedencia Juzgado: *Segundo Penal del Circuito de Pereira.*

ASUNTO

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda en relación con el recurso de apelación interpuesto por el representante de la víctima contra la decisión mediante la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, decretó la cesación de procedimiento en favor de William de Jesús Flórez Estrada por caducidad de la acción penal.

ANTECEDENTES

Los hechos materia de investigación se dieron a conocer a través de denuncia presentada por la ciudadana Ruby de Jesús Taborda Atehortúa, quien confirió poder al abogado William de Jesús Flórez Estrada para que la representara en dos diligencias; la primera, para que le vendiera un local que tenía en la ciudad de Medellín y para tal efecto le entregó los documentos respectivos, posteriormente se percató que el inmueble lo había vendido hacía cuatro años, y no le hizo entrega del dinero producto de la venta. Y el segundo, porque le suministró una letra de cambio por valor de $100.000.000 para su respectivo cobro jurídico contra la Empresa Saldarriaga y Carrillo, para

ello elaboró contrato de prestación de servicios profesionales, mas no sabe los resultados de la tarea encomendada.

Realizada la fase correspondiente al ciclo instructivo, la Fiscalía profirió Resolución de Acusación en contra del procesado como presunto autor responsable de la conducta delictuosa de Hurto Agravado, decisión que fue recurrida y confirmada por la Fiscalía Delega ante el Tribunal Superior del Distrito.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, adelantó la etapa del juzgamiento y una vez culminada la audiencia pública, profirió providencia por medio de la cual decretó la cesación de procedimiento por cuanto la ofendida no presentó la respectiva denuncia dentro del término establecido en el artículo 34 de la Ley 600 de 2000, aclarando para ello que la situación fáctica y jurídica corresponde al punible de Abuso de Confianza.

El representante de la víctima acude a esta instancia con el propósito de que se revoque la decisión de primer nivel, argumentando que el delito cometido es permanente y continuo y ha perseverado en el tiempo y por lo mismo no puede dársele el tratamiento de delito instantáneo.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

De conformidad con el artículo 194 de la Ley 600 de 2000, el derecho de impugnación impone de manera correlativa a quien lo ejercer la carga procesal de sustentarlo, es decir, de expresar en forma clara y suficiente las razones por las cuales está inconforme con una determinada providencia, so pena de sufrir las consecuencias inherentes a esa omisión como lo es la declaratoria de desierto del recurso.

En tal orden, en materia penal no sustentar debidamente es como no hacerlo y como aquí se advierte esa omisión, el Juzgado de instancia ha debido declarar desierta la impugnación, ya que en esas condiciones, la Sala no está habilitada para asumir la segunda instancia. Veamos porque:

Sobre el tema de sustentación del recurso de apelación, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

> *"(...) El recurso de apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no sólo debe ser interpuesto oportunamente, sino, también, sustentado por escrito ante la primera instancia, de manera que la fundamentación de la apelación, se constituye en acto trascendente en la composición del rito, pues no es suficiente con que el recurrente exteriorice inconformidad general con la providencia que impugna sino que le es imperativo, además, concretar el tema o aspectos de los que disiente, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada, al punto que si no se sustenta debidamente el disentimiento se declara desierto y no se abre a trámite la segunda instancia, pues en tal evento el juzgador no podría conocer sobre qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio.*
>
> **Así, entonces, la sustentación de la apelación es carga para el impugnante y constituye presupuesto ineludible para acceder a la segunda instancia (...)"[1].**

La inconformidad simplificada o generalizada que exponga el recurrente, frente a la providencia atacada, va contra la esencia controversial del proceso penal y le resta a la segunda instancia razones o motivos para decidir respecto de las deducciones lógico-jurídicas del pronunciamiento de primer grado.

Como se decía, el apelante solamente expone que el delito cometido es permanente y continuo, pero no especifica los temas o aspectos en que está en desacuerdo, tampoco presenta argumentos fácticos ni jurídicos que lo lleven a controvertir la decisión primigenia, de suerte que el Juez de instancia ha debido dar aplicación al inciso segundo del artículo 194 de la Ley 600 de 2000, -declarar desierto el recurso- ya que sin una adecuada argumentación de las razones por las cuales no se comparte la determinación que se impugna, el superior funcional no

[1] C.S.J. Casación Penal. Sentencia del 2 de mayo de 2002. Rad. 15.262. M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

adquiere competencia para revisar la decisión que por este medio se ataca y es por eso que la Sala se abstendrá de acometer el estudio respectivo.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

RESUELVE:

Abstenerse de conocer el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de origen, fecha y contenido relacionados en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LEONEL ROGELES MORENO
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretaria

ALEJANDRO DECASTRO

Abogados y expertos

Honorables Magistrados
Sala Penal
Corte Suprema de Justicia
E.S.D.

Ref.: Poder especial para presentar acción de tutela en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira.

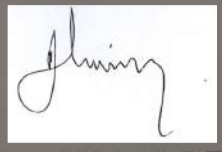
JOSE MANUEL GARCÍA VÉLEZ, identificado como aparece al pie de la firma, actualmente detenido en las instalaciones de la URI de Puente Aranda (Bogotá), manifiesto que confiero poder, amplio y suficiente, al abogado ALEJANDRO DECASTO GONZALEZ, identificado como aparece al pie de su firma, exclusivamente para que en mi nombre y representación presente y tramite hasta su culminación una Acción de Tutela en contra de la **Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira** a fin de que logre la protección de mi derecho fundamental a la *Igualdad en la Aplicación de la Ley*, el cual ha sido vulnerado por el referido Tribunal al proferir la sentencia condenatoria de segunda instancia fechada 28 de junio de 2021, dentro del proceso penal adelantado en mi contra identificado con el radicado 2013-0535003.

Atentamente,



JOSE MANUEL GARCIA VELEZ.
C.C. 98'671.851

Acepto el poder,



ALEJANDRO DECASTRO GONZÁLEZ.
T.P. 71.031 C.S.J.
C.C. 98'557.980

Calle 16 No. 41-210 edificio La Compañía - Oficina 701
Tel/Fax: 448 32 55 Móvil: 3104252785 info@decastroabogados.com
Medellín – Colombia

ALEJANDRO DECASTRO

Abogados y expertos

Honorables Magistrados
Sala Penal
Corte Suprema de Justicia
E.S.D.

Ref.: Poder especial para presentar acción de tutela en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira.

MAURICIO VELEZ ARBOLEDA, identificado como aparece al pie de la firma, manifiesto que confiero poder, amplio y suficiente, al abogado ALEJANDRO DECASTO GONZALEZ, identificado como aparece al pie de su firma, exclusivamente para que en mi nombre y representación presente y tramite hasta su culminación una Acción de Tutela en contra de la **Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira** a fin de que logre la protección de mi derecho fundamental a la *Igualdad en la Aplicación de la Ley*, el cual ha sido vulnerado por el referido Tribunal al proferir la sentencia condenatoria de segunda instancia fechada 28 de junio de 2021, dentro del proceso penal adelantado en mi contra identificado con el radicado 2013-0535003.

Atentamente,

MAURICIO VELEZ ARBOLEDA.
C.C. 10'010.361

Acepto el poder,

ALEJANDRO DECASTRO GONZÁLEZ.
T.P. 71.031 C.S.J.
C.C. 98'557.980

Calle 16 No. 41-210 edificio La Compañía - Oficina 701
Tel/Fax: 448 32 55 Móvil: 3104252785 info@decastroabogados.com
Medellín – Colombia

ANEXO 2

República De Colombia

Rama Judicial

Juzgado Cuarto Penal Municipal de Garantías

ACTA DE AUDIENCIAS PRELIMINARES
LEGALIZACIÓN DE CAPTURA
LEGALIZACIÓN DE ELEMENTOS INCAUTADOS
FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN Y
MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Pereira Risaralda, trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013)
Radicación No. 660016000035201305350 **NIT:27123**
Delito: Secuestro Simple Agravado.
Inició: 8:15 a.m. Terminó: 2:00 p.m.

INTERVINIENTES:

Dr. OMAR RICARDO OJEDA HOLGUIN, Fiscal 7 Local URI.

INDICIADO: JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ, titular de la cédula de ciudadanía número 98.671.851 de Envigado, fecha de nacimiento 03-03-80, hijo de Marco Tulio y María, residente en la en la carrera 30 NO. 8B-25 barlo el Poblado de Medellín, Antioquía.

INDICIADO: MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA, titular de la cédula de ciudadanía número 10.010.361 de Pereira, fecha de nacimiento 14-03-79, hijo de Òscar y Ruby, residente en la en la calle 17 No. 40 B-320 el Poblado, de Medellín, Antioquía.

DEFENSORA PRIVADA PRINCIPAL: Dra. NATALIA ZULUAGA RIVERA.
Carrera 43 No. 33-37 Bloque 4 Of. 218 CC Plazuela de San Diego – tel, 3104177298 de Medellín.

DEFENSOR PRIVADO SUPLENTE: Dr. JOSE LEÓN ARANGO ARANGO.
Carrera 25 No. 12 sur 59 Of. 224 B, Complex los Balsos de Medellín.

MINISTERIO PÚBLICO: Dra. DIANA ROCÍO LÓPEZ LÓPEZ.

CONTROL DE LEGALIDAD DE CAPTURA

Los señores **JOSE MANUEL GARCÍA VELÉZ y MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA,** fueron capturados el día once (11) de noviembre del presente año, a eso de las 21:00 horas, por un agente de la policía en la calle 18 con carrera 8ª vía pública de esta ciudad, cuando al parecer momentos antes había secuestrado al señor JORGE LUIS VALDIVIESO LUCAS y lo trasladaban en el vehículo de placas HEX-941, marca Toyota. Al indiciado se le respetaron sus derechos y fue puesto disposición de las autoridades respectivas.

La señora Defensora se opuso a la legalización de la captura.

DECISIÓN ADOPTADA: EL JUZGADO RESUELVE **DECLARAR LEGAL** la captura de los señores **JOSE MANUEL GARCÍA VELÉZ y MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA,** aprehendido en situación de flagrancia de conformidad con lo contemplado en el art. 301 numeral 1º del C.P.P. y además con la garantía de sus derechos legales y constitucionales. Decisión notificada en estrados. Proceden los recursos de reposición y apelación, no se interponen recursos quedando en firme la decisión.

DURACIÓN DE LA AUDIENCIA: Dos horas y Treinta y Siete (de las 8:15 a.m., a las 10:52 a.m.)

LEGALIZACIÓN ELEMENTOS INCAUTADOS

DECISIÓN ADOPTADA: EL JUZGADO RESUELVE **NO IMPARTIRLE LEGALIDAD A LOS ELEMENTOS INCAUTADOS.** Decisión notificada en estrados. Proceden los recursos de reposición y apelación, el señor Fiscal **interpone recurso de apelación el cual sustenta** y acto seguido se le concede la palabra a la defensa y Ministerio Público cono no recurrentes. Se concede el recurso de **APELACIÓN EN EL EFECTO DEVOLUTIVO, ANTE EL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO- REPARTO- DE LA CIUDAD- AL TENOR DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 177 NUMERAL 2º DEL C. DE P.PENAL, A DONDE SE ENVIARÁN LOS REGISTROS RESPECTIVOS.**

DURACIÓN DE LA AUDIENCIA: Once Minutos (de las 10:53 a.m., a las 11:04 a.m.)

FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN.

La Fiscalía formula IMPUTACIÓN, a los señores **JOSE MANUEL GARCÍA VELÉZ y MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA,** como presuntos coautores delito de **SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO,** consagrado en los arts. 168, 170 numerales 2 y 5 del Código, con una circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el artículo 58 Numeral 10 de la misma obra, a título de dolo. Les hizo un ofrecimiento de una rebaja de la pena del 12.5% en caso de aceptar los cargos y aclarándoles que queda supeditado a la decisión que tome el Juez de Conocimiento. Los indiciados manifestaron entender los cargos y **NO LOS ACEPTARON.**

DECISIÓN ADOPTADA: El Juzgado declara LEGALMENTE COMUNICADA la imputación efectuada a los señores **JOSE MANUEL GARCÍA VELÉZ y MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA,** a quienes se les informa que han adquirido la calidad de **IMPUTADOS** en la investigación que adelanta la Fiscalía en su contra, y que por virtud de lo dispuesto en el art. 97 del C.P.P, no puede enajenar bienes sujetos a registro durante los seis (6) meses siguientes a esta diligencia. Decisión notificada en estrados, contra la cual no procede ningún recurso.

DURACIÓN DE LA AUDIENCIA: Veintisiete Minutos (de las 11:05 a.m., a las 11:32 a.m)

Se suspendió y se reinició a las 11:44 a.m.

SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

DECISIÒN ADOPTADA: EL JUZGADO RESUELVE **NO IMPONER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO** a los señores **JOSE MANUEL GARCÍA VELÉZ y MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA y POR TANTO, SE ORDENA LA LIBERTAD INMEDIATA.** Decisión notificada en estrados, contra la cual el Fiscal y el Ministerio Público interpusieron recurso de **APELACIÓN,** quienes lo sustentaron y acto seguido se le concedió la palabra a la defensa como no recurrente. Se concede el recurso de **APELACIÓN EN EL EFECTO DEVOLUTIVO, ANTE EL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO- REPARTO- DE LA CIUDAD- AL TENOR DE LO DISPUESTO EN EL**

ARTÍCULO 177 NUMERAL 1º DEL C. DE P.PENAL, A DONDE SE ENVIARÁN LOS REGISTROS RESPECTIVOS.

DURACIÓN DE LA AUDIENCIA: Dos horas y dieciséis minutos (de las 11:44 a.m., a las 2:00 p.m)

Esta audiencia quedó registrada en la Sala de Audiencias No. 3, del Palacio de Justicia.

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES
Juez

MARÍA DEL SOCORRO RAMÍREZ RAMÍREZ
Secretaria Ad Hoc

JUZGADO SEXTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO.

ACTA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN
16 de mayo de 2014.

Hora de iniciación: 10:00 a.m.
Hora de finalización 10:45 a.m.
Rad. No. 66001600003520130535O
Acusados: José Manuel García Vélez y Mauricio Vélez Arboleda (detenidos)
Delito: Secuestro
N.I. 27.123

Nombre de los intervinientes:

FISCAL:	MARIA LUISA HENAO MARIN
DEFENSA:	JOSE LEON ARANGO ARANGO
AP. VICTIMA:	JHON JAIRO GARCIA HOLGUIN
VICTIMA:	JORGE LUIS VALDIVIESO LUCAS

En la fecha y hora indicada se llevó a cabo la audiencia enunciada. La Fiscalía formuló acusación y realizó el descubrimiento de las pruebas. Se ordenó que dentro del término de tres (3) días le hiciera entrega a la defensa de todo lo que consta como anexo en el escrito de acusación.

Se fija como fecha y hora para celebración de audiencia **PREPARATORIA DE JUICIO ORAL,** el día **VIERNES TRECE (13) DE JUNIO DE 2013, A LAS DOS Y TREINTA (02:30) DE LA TARDE.**

Se deja constancia que se grabó la diligencia de conformidad con el artículo 146 del C. de P. Penal mediante el sistema de audio y video, en la Sala Nº 7 del Palacio de Justicia.

Leída la presente acta es aprobada y firmada tal como aparece.

El Juez,

JOSÉ HÍLDER HERNÁNDEZ BURITICÁ.

ANEXO 3

49

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA PENAL
ACTA: LECTURA DE DECISIÓN
M.P. DR. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Caso: 660016000035 2013 05350

Pereira, dieciséis (16) de diciembre de dos mil catorce (2014)
Hora de iniciación: 03:11 p.m

INTERVINIENTES

FISCALÍA:	Dr(a). MARÍA LUISA HENAO MARÍN
DEFENSA:	Dr(a). JORGE LEÓN ARANGO ARANGO
ACUSADO:	**JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ** (no asistió)
	MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA (no asistió)
MIN. PÚBLICO:	Dra. MARÍA PATRICIA SANTA COLOMA VILLA

1.- **INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO:**

JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ identificado con cédula de ciudadanía Nº 98.671.851 expedida en Envigado Antioquía

MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA identificada con cédula de ciudadanía Nº 10.010.361 expedida en Pereira Risaralda

2.- **TIPICIDAD DE LOS HECHOS:**

Secuestro simple

3.- **AUTORIDAD QUE PROFIRIÓ LA DECISIÓN:**

Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira

4- **DECISIÓN:**

Instalada la audiencia y verificada la presencia y previa citación de los intervinientes, el Magistrado J.E.S en reemplazo del ponente, procedió a dar lectura de los argumentos por los cuales la Sala decidió:

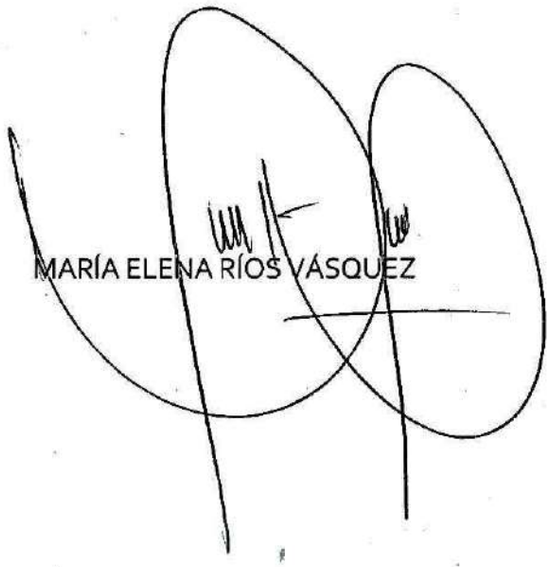
CONFIRMAR PARCIALMENTE la providencia objeto de apelación, en el sentido de excluir de la actuación la información que se pretendía introducir de parte de la Fiscalía al juicio, en lo atinente a las indagaciones preliminares que se adelantan por hechos supuestamente similares en la ciudad de Medellín (Antioquia); empero la **REVOCA** en cuanto: (i) se admiten los testimonios de EZEQUIEL GARCÍA, CLAUDIA JIMÉNEZ y MAICOL GARCÍA, para ser presentados en juicio a favor de la teoría del caso de la Fiscalía; y (ii) los testimonios de EZEQUIEL GARCÍA y ÁNGELA PATRICIA JIMÉNEZ MONTIEL serán decretados a favor

de la teoría del caso de la Fiscalía y no como pruebas comunes; en consecuencia, la defensa deberá colmar sus expectativas probatorias en cuanto a esos testimonios se refiere, por medio del contrainterrogatorio.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

La diligencia fue grabada en audio y video en la Sala de audiencias Nº5 del Palacio de Justicia de Pereira, y los registros reposan en el Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad.

La Secretaria,



MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

ANEXO 4

154

JUZGADO SEXTO PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO.

ACTA DE LECTURA DE SENTENCIA JUICIO ORAL
Pereira, ocho (08) de Agosto de dos mil dieciséis (2016).

Hora de iniciación: 02:13 p.m.
Hora de finalización 03:00 p.m.
Rad No. 660016000035201305350
Acusados: José Manuel García Vélez y Mauricio Vélez Arboleda
Delito: Secuestro Simple
N.I.27.123

Nombre de los intervinientes:

FISCAL:	MARIA LUISA HENAO MARIN
FISCAL DE APOYO:	JORGE MARIO ARIAS DAVILA
DEFENSA:	JORGE LEON ARANGO ARANGO
ACUSADOS:	JOSE MANUEL GARCIA VELEZ
	MAURICIO VELEZ ARBOLEDA

En la fecha y hora indicada se llevó a cabo la audiencia enunciada constatándose la presencia de los intervinientes. Procede el Despacho a dar lectura a la sentencia que en derecho y en primera instancia corresponde, **ABSOLVIENDO** a **JOSE MANUEL GARCIA VELEZ y MAURICIO VELEZ ARBOLEDA,** de condiciones civiles y personales conocidas dentro de la presente actuación, del cargo que por la conducta punible de Secuestro Simple habían sido acusados por la Fiscalía General de la Nación.

Esta decisión es notificada en estrados y contra la misma no se interpuso recurso alguno y contra la misma al representante del ente investigador interpone el recurso de apelación, indicando que sustentará por escrito dentro del término establecido en la ley 1395 de 2010 .

Se deja constancia que esta diligencia se grabó de conformidad con el artículo 146 del C. de P. Penal mediante el sistema de audio, en la sala de audiencia Nº 7 del Palacio de Justicia.

Leída la presente acta es aprobada y firmada tal como aparece.

El Juez,

JOSÉ HILDER HERNÁNDEZ BURITICÁ.

ANEXO 5

REPUBLICA DE COLOMBIA
Rama Judicial

Juzgado Sexto Penal del Circuito
Pereira - Risaralda

Rad. 66001600035201305350
Implicados: José Manuel García Vélez y Mauricio Vélez Arboleda
Delito: Secuestro Simple
Sentencia Nº 204

JUZGADO SEXTO PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO
Pereira, ocho (8) de Agosto de dos mil dieciséis (2016)

Procede el juzgado a dictar sentencia en la causa de la referencia. No se observan motivos de nulidad que impidan este pronunciamiento.

IDENTIFICACIÓN DE LOS ACUSADOS

JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ: Identificado con cédula de ciudadanía No. 98.671.851 expedida en Envigado Antioquia, nació en Ibagué el 3 de marzo de 1980, hijo de María Patricia y Marco Tulio, 1.76 de estatura, tez trigueña, contextura delgada, reside en la carrera. 37B No. 13 sur–40 de Medellín.

MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA: Cédula de ciudadanía No. 10.010.361, expedida en Pereira, allí nació el 14 de marzo de 1979, hijo de Ruby Mery y Oscar, 1.73 de estatura, tez trigueña, contextura media, reside en Medellín en la calle 17 No. 40 B 320.

ANTECEDENTES

El día 11 de noviembre del año 2013 fueron capturados en la carrera 8ª con calle 19 de esta ciudad los señores JOSE MANUEL GARCÍA VÉLEZ y MAURICIO VÉLEZ por miembros de la policía nacional al considerar que los mencionados habían secuestrado momentos antes a una persona que salía de su residencia ubicada en la calle 3 No 17-04 edificio "El Portal del Café", quien fue subido con violencia a un vehículo automotor conducido por JOSE MANUEL. La presunta víctima responde al nombre de JORGE LUIS VALDIVIESO LUCAS o JUNIOR como también se le conoce.

ACUSACIÓN

La fiscalía acusó a las personas antes identificadas como autores responsables del delito de Secuestro Simple definido en el artículo 168 del código penal, modificado por el art. 1º de la ley 733 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004 a partir del 1º de

enero de 2005. Agravado con el agravante genérico de la coparticipación, art. 58 numeral 10, con el agravante específico enunciado en el art. 170, numeral 2, someter a la víctima a tortura física o moral y 5 el sujeto activo es servidor público.

JUICIO

Como testigos de la fiscalía comparecieron a la audiencia de juicio oral, las siguientes personas:

GONZALO OLAYA PULIDO, patrullero de la policía nacional, básicamente sostuvo:

.No vio evidencia de la comisión de un secuestro.
.No presenció en ningún momento una situación de flagrancia.
.No vio a los dos procesados capturados ni esposados.
.No vio si les habían leído derechos.
.Percibió que en ese momento había conjeturas, diferentes puntos de vista y una duda donde se trataba de determinar si en realidad se daban las condiciones para tipificar un secuestro.

Declara NELSON ACELAS LÓPEZ, integrante de la policía nacional, adscrito a la dirección antisecuestro, quien afirma:

.Vio que la situación en ese momento no era clara, era confusa.
.Reconoce que cuando hay una flagrancia de un secuestro se debe capturar inmediatamente a los sospechosos, y que en ese caso ninguno de los ahora procesados estaba capturado.
.No encontró evidencia física o elementos probatorios que le indicaran que, ahí acababa de pasar un secuestro.
.Refirió que la escena no estaba acordonada.

Rindió testimonio PAUL ANDRES GARCÍA CARDONA y aseguró:

.Registraron el vehículo en el lugar de los hechos y no hallaron nada.
.Llevaron el vehículo a la Uri y al inspeccionarlo se encontró un arma de fuego en su interior.
.No incautó el arma, no la embaló, no la rotuló, no la fijó, ni la sometió a cadena de custodia.
.El acta de incautación del arma no aparece firmada por nadie.

.No escuchó decir nada a la supuesta víctima en el lugar de los hechos donde fue detenido el vehículo.

GONZALO ARBEY ARIZA SAMPEDRO, es patrullero de la policía nacional, sobre el particular dijo:

.Cuando interceptó el vehículo, no trató de huir, acató la orden de orillarse y parar.
.Nadie dijo en ese momento que había un secuestrado, ni percibió algún secuestro.

CALEB RODRÍGUEZ SOTO, funcionario del CTI adscrito al GAULA. Sostiene:

.Entrevistó a Valdivieso y a Wilches, el primero dijo en su denuncia que unas personas lo estaban buscando en una camioneta y que se iba a reunir con Wilches en la plaza de Bolívar, lo tomaron de los brazos, lo estrujaron y lo montaron en una camioneta y que dentro de la misma estaban Michael y Ezequiel.
.Valdivieso no dijo en la denuncia que iba secuestrado dentro de ese carro, o que estaba en peligro.
.Valdivieso no menciona en la denuncia la palabra amenazado.

JOSÉ ALFREDO REYES CÁRDENAS, intendente de la policía nacional, manifiesta:

.Revisó la puerta del pasajero en el vehículo constatando que se puede abrir desde afuera.
.Considera que el pasajero va amarrado porque tiene puesto el cinturón de seguridad.
.Aduce que la plaza de Bolívar de Pereira es un sitio público, con permanente vigilancia policial y por allí transitan personas masivamente.
.El carro fue inspeccionado dos veces y no hallaron nada.
.Niega ser el primer respondiente.
.El secuestrado interactuó con los secuestradores por espacio de 70 minutos en el lugar donde se detuvo el vehículo.
.La escena no fue acordonada.
.No firmó el acta de incautación del arma porque sería una falsedad firmar algo que él no incautó.

CLAUDIA PATRICIA JIMÉNEZ, declara:

.Un mes antes de ocurrir los hechos tuvo contacto telefónico con JOSÉ MANUEL GARCÍA quien le preguntó si era la esposa de WILCHES ya que éste le debía un dinero.
.Pasados esos 30 días hicieron presencia en su casa JOSE MANUEL y otra persona preguntando por VALDIVIESO y por WILCHES a lo que respondió que ellos no vivían allí.
.Dice que su esposo y su hijo se fueron con esas dos personas para indicarles el sitio donde residía VALDIVIESO y a los siete minutos regresaron a la casa.

MICHAEL GARCÍA JIMÉNEZ, aduce:

.Accede con su padre a mostrarles donde vive Junior o Valdivieso.
.Estaban asustados pero no fueron obligados ni intimidados.
.Cuando llegan donde Valdivieso, él iba saliendo.
.Le metieron un jalón.
.él nada más forcejeó una vez.
.Le dijeron "vamos, pues, a hablar".
.Junior se fue caminando normal.
.Cuando vio a Michael y Ezequiel él se subió al carro normal.
.Subió por sus propios medios.
.Cuando salió del edificio no lo vio asustado.
.En ningún momento intenta devolverse para entrarse al edificio.
.No hace algún gesto para pedir ayuda.
.No pidió ayuda dentro del carro.
.No hizo repulsa para que le pusieran el cinturón.
.No dijo me quiero bajar del carro.
.En su casa hay teléfono, sabe cómo llamar a la policía y nadie se lo impidió.
.Cuando llegó no llamó a la policía. "No lo vi tan riesgoso. Si van a hacer algo cómo nos van a dejar a nosotros ahí a plena vista".

Sobre la retractación expuso:

.Había dicho que lo subieron al carro contra su propia voluntad, pero no es la verdad.
.La verdad es que él se subió por su propia voluntad.
Él me dijo- se refiere al investigador- que si yo no hablaba, que a mí me podían implicar en un caso de secuestro.
.Que porque Junior había dicho que a mí me habían dado una plata ahí por yo no sé qué, por llevarlo allá a la casa donde él vivía.
.Entonces yo me asusté y entré en pánico.
.Ellos eran una gente muy peligrosa de Medellín.

.Como ese José Manuel nos había dicho que nos iba a recoger los electrodomésticos y que eran un grupo de extorsión, entonces yo actué fue como con rabia.
.Los que me estaban metiendo temor eran los investigadores.
.Cuando dio la entrevista se sentía muy tenso, muy presionado.
.Al describir a Valdivieso o Junior manifiesta que dicho personaje es un ladrón, un enredador, que abusó de la confianza que le dieron en su hogar, que se le gastó el capital a su prima.
.Dice además que Valdivieso sabía que venían a cobrarle.

LUIS FERNANDO WILCHEZ NARVAEZ, narra:

.Trabajaba en sociedad con el señor Valdivieso.
.Tuvo problemas con José Manuel García por un negocio de unas sim cares.
.Que como no pudo pagar, José Manuel empezó a presionarlo para que pagara a las buenas o a las malas.
.Le contó al sargento Reyes que habían venido unas personas de Medellín y que llevaban dos personas dentro de un carro a la fuerza.
.La policía detuvo el vehículo.
.Se acercó al carro, en él iba José Manuel, se saludaron y cuadraron las cuentas por las buenas.
.Dice que Valdivieso en momento alguno le dijo que iba secuestrado, o que su vida corría peligro, o que lo hubieran subido al carro por la fuerza.
.No percibió hechos que indicaran que estaba secuestrado.
.El sentido de todo esto fue el de solucionar un problema de plata.

JOHN HERRERA, portero del edificio del café donde se afirma fue secuestrado Valdivieso, señala:

.No vio un forcejeo entre Valdivieso y los dos procesados.
.Valdivieso en ningún momento gritó o pidió auxilio de ningún tipo y tenía al lado al portero del edificio donde vivía.
.Valdivieso no intentó meterse al edificio.
.Valdivieso no hizo repulsa a las dos personas que salieron con él.
.No llamó a la policía porque no vio armas, no vio nada raro.

Citados por la defensa declararon en el juicio las siguientes personas:

MARCO TULIO GARCIA CABELLO, es el padre de José Manuel García Vélez, expresa:

.Informó que fue contactado en la ciudad de Medellín por un sujeto que inicialmente dijo llamarse John Jairo, pero después aseguró ser William Cardona y que venía de parte de Valdivieso el cual quería arreglar el problema pero como se encontraba mal económicamente pedía una contribución de tres millones de pesos y dio un número de cuenta para que le consignaran.

RUBINEY ARBOLEDA CANO, es la madre de Mauricio Vélez, relata:

.Fue abordada en la ciudad de Medellín por un sujeto que se hacía llamar John Jairo que venía de parte de Valdivieso afirmando que éste estaba arrepentido por haber comprometido a Mauricio en ese asunto y que como se encontraba mal económicamente requería de una ayuda. También sostiene que el propio Valdivieso la visitó en la ciudad de Medellín diciéndole que cómo podían arreglar las cosas ya que él estaba muy arrepentido.

Alegatos de conclusión

La fiscalía solicita una sentencia de condena para los acusados por la conducta punible de secuestro simple agravado. Mauricio Vélez Arboleda detentaba la condición de servidor público. En este caso se presenta un conocimiento más allá de toda duda razonable para emitir condena. Es bien cierto que una condena no puede sustentarse exclusivamente sobre prueba de referencia, pero en este caso debe hacerse un análisis y valoración de esa prueba de referencia y examinarse en conjunto con las restantes pruebas. El señor Valdivieso fue muy explícito en su denuncia al exponer los motivos de su injusta retención. Tanto José Manuel como Mauricio aseveraron que eran de una oficina de cobro, que tenían que entregar las escrituras de la casa, esto se lo dijeron a Michael y a Ezequiel y los intimidaron para que suministraran información acerca del paradero de Valdivieso. Michael es claro cuando relata inicialmente que a Valdivieso lo sacaron en forma violenta de su casa, a empujones y le propinaron una cachetada. El dicho de Valdivieso por lo visto no está ausente. Michael vio un arma de fuego que portaba el capitán, o sea, Mauricio Vélez.

En este caso, sostiene la fiscalía, hubo una clara limitación del derecho a la locomoción del señor Valdivieso. Desde el momento que lo sacaron de su casa a empellones es privado del derecho a la libertad de locomoción, no se requería que lo amarraran ya que la locomoción de una persona no se limita por lazos o cadenas, existen medios sicológicos intimidantes

como el arma de fuego, arma que Valdivieso dijo existía y en efecto se encontró.

Las fallas de los protocolos que se observan no desdibujan la existencia de un arma de fuego. Hubo retención ilegal, arrebatamiento en la persona de Valdivieso y existe prueba de esa retención. Valdivieso le dijo a Reyes que se encontraba secuestrado cuando éste se acercó al vehículo. La demora en el procedimiento policivo pudo deberse a que se averiguaba en ese momento si el capitán del Gaula efectivamente pertenecía a la policía o no y qué se encontraba haciendo en ese lugar.

La defensa afirma que, el problema jurídico a resolver en este asunto, es si la fiscalía demostró que Jorge Luis Valdivieso fue retenido en algún momento el día de los hechos y la respuesta es que no lo demostró, que no hubo retención. Secuestro no es simplemente sentirse atemorizado, el secuestro va más allá. El procedimiento policivo relacionado con la captura de los acusados es lo más raro que se haya visto. Valdivieso a unos les dijo que se encontraba secuestrado y a otros no. Y muy raro resulta que Valdivieso se hubiera ido a Medellín a buscar a la mamá de la víctima y eso pasa cuando no hay secuestro. La situación que se presenta con Ezequiel y Michael es similar a la de Valdivieso cuando se sube al carro, la situación es muy parecida y cuál fue la razón que tuvo la fiscalía entonces para no acusarlos también por el secuestro de estas dos personas. El celador del Edificio "Portal del Café" no corrobora lo que dijo Valdivieso, éste dice en el video cosas diferentes a las que dijo en su denuncia. Si se analiza la prueba en detalle y en conjunto no se encontrará tipificado el delito de secuestro.

Finalmente realiza la defensa un análisis de cada uno de los testimonios allegados tanto por la fiscalía como por la defensa arribando a la conclusión que no puede emitirse un fallo condenatorio sólo con prueba de referencia. Que el testimonio de referencia de la presunta víctima no es confiable y no está corroborado por los que él llama testigos presenciales del secuestro. El empujón del edificio del café que aparece en un video no es un secuestro.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico.

Los señores JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ y MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA fueron acusados como probables autores de la conducta punible de secuestro simple y en esa condición sometidos al rigor de un

juicio oral, exigiendo la fiscalía en su alegato de conclusión sentencia condenatoria tras sostener que las pruebas allegadas al juicio los señalan indefectiblemente como responsables de la enunciada conducta criminal.

Opinión contraria plasma la defensa de los acusados porque en su criterio la prueba ofrecida por la fiscalía y practicada en el juicio no conduce a probar la existencia del delito de secuestro simple y mucho menos permite arribar a la conclusión de la participación de los acusados en tal injusto dado el origen y forma como se desarrollaron los hechos. Aduce además que no se puede condenar sólo con prueba de referencia. Que el testimonio de referencia de la presunta víctima no es confiable y no está corroborado por los que él llama testigos presenciales del secuestro.

Corresponde en consecuencia al juzgado dar solución al problema que se plantea.

Examen del caso.

Recuérdese que el día de los hechos se presentaron a la casa donde habitaban el señor Ezequiel García, su esposa Claudia Jiménez y su hijo Michael García, los señores José Manuel García Vélez y Mauricio Vélez Arboleda. Estos procedían de la ciudad de Medellín y su estadía en Pereira, según se infiere de lo probado en el juicio, obedecía a que debían cobrar o recuperar un dinero que a José Manuel García Vélez le adeudaban Luis Fernando Wilches Narváez y Jorge Luis Valdivieso Lucas o Junior como también es conocido. Dinero producto de la comercialización de unas sim cars que García Vélez vendió a los personajes acabados de citar, cuyo reiterado incumplimiento en el pago exaltó el ánimo del vendedor quien debió desplazarse desde Medellín buscando una solución a su problema.

Ahora, los acusados llegaron a la casa de Ezequiel porque sabían que allí podían encontrar a Jorge Luis Valdivieso o al señor Wilches, o por lo menos se les indicaría acerca del paradero de estos dos personajes, y no se equivocaron porque Jorge Luis Valdivieso había vivido en ese lugar y estuvo casado con una familiar de la señora Claudia Jiménez. No hubo despliegue de cortesía o de mesura del par de forasteros hacia Ezequiel y su familia, situación que en cierta medida debió intimidarlos; sin embargo, Ezequiel y su hijo Michael decidieron acompañar a los recién llegados al lugar donde residía Jorge Luis Valdivieso. Allí los acusados descendieron del vehículo, se dirigieron a la portería del edificio y en ese preciso instante salía el señor Valdivieso a quien le preguntan por su nombre y si moraba en ese lugar. Al cerciorarse que se

trataba efectivamente de Jorge Luis Valdivieso, lo empujan hacia el carro, éste sube y emprenden la marcha. En el camino, bajan del carro a Ezequiel y a Michael, les entregan $10.000 para que retornen en un taxi a su casa y continúan el recorrido con Valdivieso a bordo del vehículo, pues éste debía indicarles el paradero de Luis Fernando Wilches.

Se afirma que Valdivieso estando dentro del carro se comunicó con Wilches y fijaron como punto de encuentro la plaza de Bolívar.

Como la policía ya había sido advertida de un probable hecho irregular que se estaba cometiendo y hallándose enterada de las placas y las características del automotor, éste fue inmovilizado en la carrera octava con calle diecinueve de esta ciudad. Y es precisamente a partir de ese momento que los funcionarios que participaron en las diligencias de aprehensión de los probables autores de un delito, del registro del vehículo, de la incautación de elementos, del manejo de la escena o lugar de los hechos, incurren en notorios errores y contradicciones, al punto de no poder aclarar si el hecho constituía o no delito, transcurriendo más de una hora, entre conversaciones y consultas para finalmente trasladar a los implicados a las instalaciones de la URI vinculándolos en la comisión de una conducta punible de secuestro.

La intervención policial en la preservación del lugar de los hechos es de suma importancia, toda vez que su actuar será relevante para la integración de la investigación, por eso la policía debe establecer en primer lugar la probable comisión de un delito, y de ser el caso, aprehender al autor. Si existen testigos presenciales se debe recabar la mayor información posible que permita conocer de qué manera se realizó el hecho delictivo. Se debe asegurar y acordonar la zona impidiendo que personas ajenas a la policía o autoridades puedan acceder o acercarse a ella. Debe proporcionar seguridad a víctimas y/o testigos. Ubicar y descubrir indicios, huellas o vestigios del delito, así como instrumentos, objetos o productos del mismo. Debe impedir que se dificulte la averiguación de los hechos, procediendo a la detención de los que intervinieron en la comisión del delito, en caso de presentarse flagrancia.

En el presente asunto, nada de lo anterior se hizo. Los policías que asistieron al lugar de los hechos, numerosos por cierto, actuaron como rueda suelta, cada uno por su lado. Basta con observar el registro fílmico aportado como evidencia al juicio para comprender que ninguno de los uniformados tenía claridad sobre lo que allí acontecía. El presunto ofendido (Jorge Luis Valdivieso) por fuera del vehículo, recostado a una pared. Wilches, hablando de negocios con uno de los supuestos secuestradores, (José Manuel García) al punto que en el mismo lugar del hecho, cuadran cuentas, se dan la mano y quedan de amigos. Mauricio

Vélez Arboleda, otro de los hipotéticos secuestradores, caminando de aquí para allá, con plena libertad.

No se acordonó el área, no se evidencia en el registro protección a la víctima. No se procede de inmediato a la detención de los probables autores del hecho y recordemos que aquí se habló de una captura en flagrancia.

La obligación legal de la fiscalía consiste en establecer más allá de toda duda la responsabilidad o participación atribuida en la teoría del caso al procesado, así lo expone la Corte en los siguientes términos:

"La Fiscalía tiene el deber ineludible de demostrar la realización de la conducta punible, así como la participación y responsabilidad del procesado. En otras palabras, su obligación consiste en presentar una teoría del caso idónea para tal fin, de la cual no sea posible advertir o descubrir algún tipo de error fáctico o jurídico inmanente. Si ésto último ocurre, la actividad del defensor puede reducirse a criticar las proposiciones de hecho y de derecho que integran la hipótesis acusatoria, así como las aserciones de prueba de los cuales surgió, como se indicó en precedencia". (C.S.J. 26 oct. 2011, rad. 36357).

Y no puede un fiscal demostrar lo prometido, cuando las mismas falencias en el proceso investigativo y de aducción probatoria al juicio impiden una teoría de acusación sólida, coherente. Lamentablemente en el presente caso, desde las mismas diligencias preliminares, se observa que no hubo rumbo, método, aplicación de esfuerzos, estrategia, autoridad, dinamismo, ni elemental sentido crítico para ordenar los fines en los cometidos sociales de una investigación criminal. El tino, la capacidad de observación, la selección de asuntos que han de acometerse, no los regula la intuición ni los garantiza la audacia. Qué falta de preparación se aprecia en los uniformados a cuyo cargo estuvo la verificación de las primeras pesquisas y de los miembros del Gaula quienes conformándose con el vacilante dicho de la víctima, deducen sin ningún esfuerzo que lo acaecido es un tipo de secuestro.

Pero revísense una a una las pruebas aportadas por la fiscalía para solicitar condena y se encontrará en ellas con mayor o menor precisión el sustento del despacho para anunciar de una buena vez que las mismas no conducen a demostrar la existencia del delito de secuestro simple y por ende está ausente la responsabilidad de los acusados en tal conducta.

-Testimonio de los policías

Gonzalo Olaya Pulido, es funcionario del Gaula, estuvo presente en el lugar del hecho. Señala que al llegar al sitio no estaba claro en ese momento la situación que se presentaba.

Escuchó cuando la víctima dijo que venía presionado en el vehículo. Afirma que los implicados fueron capturados en situación de flagrancia. Dice que a su arribo al lugar no vio esposados a los indiciados. La víctima no estaba separada de su victimario, había conjeturas acerca de lo sucedido, diferentes puntos de vista en cuanto a lo acaecido, pues no se tenía claro si era delito o no. El fiscal de la URI si dijo que era un secuestro. Manifiesta que oyó decir a la víctima que estaba contra su voluntad en el vehículo. Del lugar de los hechos a la URI fueron llevados como capturados.

NELSON ACELAS LÓPEZ; lleva 12 años en el Gaula, aduce que al llegar al lugar del hecho se encontraban todos por fuera del vehículo, la situación no era clara en ese momento, para él todo era confuso, era una situación fuera de lo común porque no había personas capturadas. Sólo el testimonio de la víctima permitió suponer que era un secuestro, sólo por eso. No había nadie amarrado, ni dentro del carro; la escena no estaba acordonada. Aclara que frente a una situación de flagrancia, cuando él llega ya debían estar capturados y existir una visión clara de los hechos. Refiere que cuando llegó no halló una escena normal de secuestro. La víctima estaba junto a una pared y los indiciados se encontraban libres.

PAUL ANDRÉS GARCÍA CARDONA, es patrullero de la Policía Nacional, inspeccionó el vehículo en la URI y encontró en la parte trasera dentro de un compartimento el arma de fuego con un cartucho en la recámara. El acta de incautación del arma no la firmó nadie. Los implicados no fueron trasladados a la URI en condición de capturados, ellos lo hicieron voluntariamente. Asegura haber escuchado que a la víctima no la subieron al carro contra su voluntad.

MAURICIO ALEJANDRO DÍAZ AGUDELO, es funcionario del C.T.I. adscrito al Gaula, realizó labores investigativas relacionadas con éste caso, entrevista a víctimas y testigos. No fue posible hacer comparecer a la víctima a la audiencia de juicio oral porque al parecer se encuentra fuera del país. En el video que corresponde al edificio "Portal del Café" se aprecia cuando empujan a la víctima y lo llevan hacia el vehículo. Recibió entrevista al patrullero PAUL ANDRÉS quien aseguró que la víctima no había sido subida a la brava al carro. El acta de incautación del arma no aparece firmada. Afirma que el vehículo no realizó maniobra de evasión. No hubo cierre de vías, no acordonaron el lugar, no se aprecia una captura en flagrancia en el video. No hubo hallazgos dentro del carro en ese momento, pues el arma fue encontrada posteriormente

en las instalaciones de la URI. Se observa en el video que hay trato directo entre víctima y victimario.

En el video se ve a Valdivieso hablando con Juan Manuel García. Dice el testigo que la escena de este secuestro es bastante informal de cara al protocolo en materia de secuestro. La víctima en el edificio del café, lugar de su residencia, camina por sus propios medios.

GONZALO ARBEY ARIZA SANPEDRO es patrullero de la policía Nacional, participó en la inmovilización del vehículo utilizado en el supuesto secuestro, al ser contrainterrogado es enfático en afirmar que no vio si el vehículo se detuvo o no ante la señal de pare de la policía; cundo lo interceptó no trató de huir, acató la orden de orillarse y parar, nadie dijo en ese momento que había un secuestrado, ni percibió algún secuestro.

CALEB RODRIGUEZ SOTO, es investigador del C.T.I., adscrito al Gaula, afirma haber entrevistado a Valdivieso y a Wilches. Valdivieso dijo en su denuncia que unas personas lo estaban buscando en una camioneta y que se iban a reunir con Wilches en la Plaza de Bolívar, que los acusados le dijeron que necesitaban a Wilches, lo tomaron de los brazos, lo estrujaron y lo montaron en una camioneta y que Michael, Ezequiel y otra persona se encontraban dentro del carro. Refiere el testigo que lo que aparece escrito en la denuncia es tal y como Valdivieso lo dijo. En ninguna parte de la denuncia, Valdivieso expresa que el carro donde iba presuntamente secuestrado no atendía la señal de tránsito. Valdivieso no dijo en la denuncia que iba secuestrado o que estaba en peligro. Valdivieso no menciona en la denuncia la palabra amenazado.

JOSÉ ALFREDO REYES CARDENAS es intendente de la Policía Nacional, fue quien hizo el reporte del caso ante una llamada que le hacen indicándole el secuestro de una persona y suministran las características del vehículo donde llevan al presunto secuestrado. Dice que al arribar al sitio donde habían interceptado el vehículo se encontraban dos personas dialogando con la policía y se estaba verificando si había un secuestro. Vio a uno de los trabajadores de Wilches, se refiere a Valdivieso, quien le dijo que lo tenían secuestrado.

Asegura que Wilches llegó al sitio de los hechos y ahí se enteró que se trataba de un problema de dinero. Valdivieso dijo que lo habían amenazado con un arma. Vio a la víctima en la silla del tripulante, adelante, con el cinturón puesto, estaba como paralizado. Rindió un informe, pero no anotó que observó a la víctima en estado de shock. Afirma que la escena del delito no se acordonó y no ofreció ninguna dificultad quitarle el cinturón de seguridad al señor Valdivieso. Afirma que

las personas sospechosas del secuestro no estaban aisladas del resto de la gente.

MAURICIO ALEJANDRO DÍAZ AGUDELO es investigador del C.T.I., tomó entrevista a Valdivieso, Michael García y Ezequiel. Aduce que el procedimiento con el vehículo duró más de una hora al frente de Surtimax.

La precedente síntesis de la prueba testimonial ofrecida por los policías, unos que estuvieron presentes cuando se inmovilizó el vehículo, otros que en su condición de investigadores tomaron entrevistas a víctimas y testigos, permite apreciar algunas contradicciones producto de la improvisación y falta de preparación en cuanto al manejo de la escena de los hechos. Hay quien afirma que la captura fue en situación de flagrancia, hay quien diga que no, pues los indiciados se trasladaron voluntariamente a la U.R.I., y sólo allí se les judicializó. No falta quien asegura haber escuchado decir a la víctima que estaba secuestrado; pero también hay quien afirma que éste nada dijo al respecto. Sin embargo, hay concordancia cuando describen unos hechos y una escena que dista mucho de convertirse en un episodio de secuestro; al punto de coincidir que todo era confuso, sólo se hacían conjeturas acerca de lo sucedido.

Por eso toda investigación por delitos debe estar a cargo de una policía técnica y científica, que utilizando las artes de la criminalística permitan comprobar que un hecho ilícito, causado por una persona ha tenido repercusiones sociales y porque es típico merece una sanción punitiva.

Otro grupo de testigos

La señora CLAUDIA PATRICIA JIMÉNEZ PINEDA es la esposa de Ezequiel, madre de Michael y una sobrina suya estuvo casada con Jorge Luis Valdivieso. Señala que un mes antes de ocurrir estos hechos había tenido contacto telefónico con José Manuel García Vélez quien le preguntó si era la esposa de Wilches y que éste le debía un dinero. A los treinta días se presentaron en su casa preguntando por Valdivieso y por Wilches a lo que respondió que estos no vivían allí. Y afirma que su esposo y su hijo salieron con esas dos personas a mostrarles el lugar donde vivía Valdivieso y a los siete minutos estaban de regreso en la casa. Es enfática en afirmar que su esposo Ezequiel se subió con su hijo al vehículo de los forasteros y lo hicieron normalmente. No vio armas.

LUIS FERNANDO WILCHEZ NARVAEZ narra que trabajaba en sociedad con el señor Valdivieso y que efectivamente tuvo problemas con el señor

José Manuel García por el negocio que realizaron de unas sim cars, que como no pudo pagarle, éste comenzó a presionarlo. Que tenía que pagarle a las buenas o a las malas. Le contó al sargento Reyes Comandante del CAI de la plaza de Bolívar que habían venido unas personas de Medellín y llevaban a dos personas dentro de un carro, a la fuerza. La policía detuvo el vehículo, dice que se acercó, estuvo hablando en ese lugar con José Manuel y cuadrando las cuentas por las buenas. Asegura que Valdivieso cuando iba dentro del carro lo llamó a su celular pero en momento alguno refirió estar secuestrado, ni que su vida corriera peligro, ni que lo hubieran subido al carro a la fuerza. No percibió hechos que indicaran que estaba secuestrado, tampoco vio armas. Aduce que al final se dio la mano con José Manuel García, pues llegaron a un acuerdo sobre lo que le debía. El sentido de todo esto fue solucionar un problema de plata.

JHON EDGAR HERRERA BRAND, es celador del edificio Portal del Café. Afirma que el señor Valdivieso vivió en ese edificio, pero se fue después de lo sucedido. Agrega que Valdivieso iba a salir, lo acompañó hasta la entrada y en ese momento venía un señor se paró de frente y le preguntó su nombre, llegó otro de camisa negra, se hizo por detrás y lo cogieron, el de camisa negra lo empuja. No vio forcejeos, Valdivieso no pidió ayuda ni auxilio, ni hizo repulsa, ni intentó regresar al edificio. Dice el testigo que no llamó a la policía porque no vio armas, no vio que la vida de Junior corriera peligro en ese momento.

MICHAEL GARCÍA JIMENEZ es hijo de Ezequiel y de Claudia. Manifiesta que la noche de los hechos hicieron presencia en su casa dos personas cobrando una plata que debía Luis Fernando, uno de los acusados decía que Claudia tenía que pagar, por lo que llamó a Valdivieso y le dijo que sacara a esas dos personas, pues él no tenía nada que ver con esa deuda. Voluntariamente su padre Ezequiel y él se subieron al carro de los implicados y les mostró donde vivía Valdivieso. Estos se bajaron del carro y se encontraron a Valdivieso y le metieron un jalón.

Uno de los acusados, de quien supo después era un capitán iba armado, vio el arma, pero no los amenazó. Dice que su papá y él se subieron con toda normalidad al carro. El de camisa blanca haló a Valdivieso y éste se subió normal al vehículo, por sus propios medios y ellos decían que necesitaban hablar con Wilches. Asegura que a Valdivieso no lo cogieron de malas maneras; éste caminó normal hasta el vehículo, le metieron una cachetada. Asegura que su papá y él se bajaron en la 40 con 18 y le regalaron $10.000 para pagar el taxi.

Manifiesta el testigo que en su declaración en el juicio está diciendo la verdad, que si en la entrevista que le tomó la policía sostuvo que

Valdivieso fue subido a la fuerza al carro, lo hizo porque estaba asustado ya que el investigador le contó que esa gente de Medellín era peligrosa y que en esa ciudad tenían otros casos por lo mismo; sin embargo aclara que ahora está más crecido y está diciendo la verdad. Valdivieso no fue cargado, ni arrastrado, no trató de devolverse para el edificio, ni hizo ningún gesto de pedir ayuda. No hizo repulsa, tampoco dijo que estaba secuestrado. Sostiene que en lo que apreció eso no era un secuestro, porque no lo amenazaron con armas, ni con nada. No llamó a la policía porque no vio un riesgo. Valdivieso y Luis Fernando Wilches sabían que estas personas iban a venir de Medellín. La verdad de todo es que Valdivieso se subió al carro por su propia voluntad.

El grupo de testigos, cuya forzada concentración acaba de reseñarse, no consolida la teoría del caso de la fiscalía, por el contrario, permite reafirmar al despacho la tesis de la inexistencia de un delito de secuestro en este evento. Ninguno de los declarantes acepta que los acusados hubieran arrebatado, sustraído, retenido u ocultado al señor Valdivieso en una clara configuración de un delito de secuestro. Que lo empujaron y trataron mal son acciones que no alcanzan la connotación de una privación de la libertad de locomoción. Ni siquiera Michael o Ezequiel quienes estaban dentro del carro de los acusados cuando se sube Valdivieso, vislumbran que éste fuese objeto de alguna retención ilegal o de amenazas mientras permanecieron en el interior del rodante. Tampoco ellos fueron obligados a subir al carro de manera forzada o violenta. El vigilante del edificio donde residía Valdivieso si bien relata el empujón aplicado a dicha persona, no columbró porque no vio armas, porque no advirtió peligro para la vida de Valdivieso que se estuviera perpetrando un delito.

La prueba de referencia

La denuncia de Jorge Luis Valdivieso o Junior y las entrevistas que hubiese dado son prueba de referencia ya que su aporte a la audiencia de juicio oral se dio a través de los investigadores del Gaula que las recibieron. Era obligación de la fiscalía si pretendía exitosamente obtener la condena de los responsables de este delito comprometer a la víctima, asegurar su comparecencia al juicio; de tal suerte que al no haberse logrado ese propósito, dicha prueba siguiendo el derrotero de la Corte Suprema de Justicia *"su excepcionalidad se fundamenta en su poca confiabilidad*", por eso en razón del escaso mérito que arroja, el inciso 2º. Del art. 382 del C.P.P prescribe que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia, introduciendo así, como lo ha expresado la Corte, una tarifa legal negativa para menguar el valor probatorio de esa clase de elemento.

Pero no exclusivamente por tratarse de prueba de referencia habría en este caso que restarle valor a la denuncia de la víctima, sino que no asoma en parte alguna del juicio otra prueba que la complemente o corrobore, todo lo contrario los policías como ya se examinó se muestran confusos y vacilantes en torno a la configuración de un secuestro. Claudia, Ezequiel, Michael, Wilches y el celador del portal del café no enmarcan por la forma como sucedieron los hechos, la conducta de los acusados dentro de algunos de los verbos rectores que definen el delito de secuestro.

Valdivieso asegura en su testimonio de referencia que son testigos de su secuestro el celador del edificio JHON EDGAR HERRERA y éste lo desmiente porque no vio forcejeo entre Valdivieso y los procesados. La víctima en momento alguno gritó o pidió auxilio; no intentó resguardarse en el edificio; no hizo repulsa.

También afirma que MICHAEL GARCIA corrobora su testimonio de referencia, lo cual no es cierto ya que éste claramente índica que sólo le metieron un jalón; se subió al carro normal, por sus propios medios, no hizo gestos de ayuda, no lo solicitó. No hizo repulsa. El testigo no dio aviso a la policía porque no apreció una acción peligrosa para la vida de Valdivieso.

Por lo visto, no sólo era conveniente sino indispensable y necesario que JORGE LUIS VALDIVIESO hubiera asistido a la audiencia de juicio oral y sólo en dicho escenario y frente a un Juez y las partes pudiera explicar verdaderamente lo acontecido aquella noche.

El delito de secuestro.

La fiscalía ante los hechos presentados y desde su óptica, decidió acusar a las personas mencionadas por el delito de secuestro simple contenido y definido en la norma 168 del C.P., modificado Ley 733 de 2002 art. 1º., que reza: "El que con propósitos distintos a los previstos en el art. siguiente arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona; incurrirá en prisión..."

En suma, el secuestro es una privación de libertad para conseguir cualquier fin.

En el caso que nos concierne, desde el punto de vista material u objetivo podría decirse que nunca se retuvo o se sustrajo a Jorge Luis Valdivieso, o al menos no existe prueba de ello conforme se analizó precedentemente porque tan solo hay prueba de referencia como la denuncia. Podría afirmarse entonces que no se afectó la libertad de

locomoción de la víctima, es decir, su facultad de estar donde se desea y hacer lo que se quiere. Ello se demuestra fácilmente cuando la policía que arriba al lugar donde se inmovilizó el vehículo no advierte una escena propia de secuestro, según se analizó acápites atrás, como tampoco lo apreciaron los restantes testigos de la fiscalía.

Pero vamos más allá. El delito de secuestro requiere que sea cometido con intención, así que es doloso, entonces el responsable necesariamente debe conocer todos los elementos del tipo penal y aceptar su realización.

No basta la adecuación de la acción u omisión del tipo previsto en la disposición legal, o que lesione o ponga en peligro sin justa causa el interés jurídico. Es indispensable que se establezca la forma de culpabilidad de quien incurrió en una conducta, pues la responsabilidad objetiva está erradicada hace ya mucho tiempo de nuestro ordenamiento penal.

No se puede entonces calificar apresuradamente como secuestro la conducta del agente que priva de la libertad a alguien llenando así el requisito de tipicidad y de contera afirmando la antijuridicidad, sin calificar el aspecto de la culpabilidad (el dolo), lo cual deviene en una violación del principio de legalidad.

No puede el despacho en éste caso concreto conformarse con una adecuación típica mecánica, donde la motivación del fallo se limita casi en su totalidad a descubrir someramente los hechos constitutivos del delito en su parte dogmática, es decir, cayendo en el error de emplear objetivamente una especie de silogismo jurídico en el cual, dadas las premisas del caso (supuesto de hecho), es asignada sin argumentos su respectiva consecuencia jurídica, dejando de lado la verdadera problemática del caso. No se puede pasar por alto el estudio y análisis de los elementos subjetivos que hacen parte del mismo (dolo, culpa y preterintención), pues se estaría desconociendo la finalidad con la que el sujeto activo retiene a la víctima; o es más, si era consciente que esa retención configuraba el delito de secuestro.

Volviendo al caso, aquí no existe prueba que predique sin temor a equívocos que los acusados obraron con la intención de privar de la libertad a Jorge Luis Valdivieso. Aceptemos que José Manuel García llegó a esta ciudad a cobrarle por las malas a Valdivieso y a Wilches el dinero que estos adeudaban y que se hizo acompañar de Mauricio Vélez seguramente para causar mayor temor en sus deudores. Éste hecho a lo sumo estará demostrando una situación distinta, en donde se constriñe a una persona, obviamente mediante una conducta ilícita a realizar el pago de una obligación. Estaríamos hablando de un cobro extra – proceso, en

donde participaron dos personas, el señor José Manuel García a quien le debían el dinero y el ex – capitán del Gaula Mauricio Vélez, cuya intervención tenía por finalidad intimidar a la víctima obligándola a pagar la deuda. Pero no se diga aquí que existió secuestro; primero, porque no se estructura objetivamente dicha conducta, pues no hubo retención de la víctima y, segundo, porque no asoma el dolo en la conducta de los acusados, es decir, la conciencia y voluntad contenida en la condición exigida.

Completamente válido y aplicable para este asunto resulta el precedente resaltado por la defensa, esto es, la sentencia de enero 23 de 2008, radicado 17186, donde se destaca:

.No siempre que se ejecuta una constante e indebida presión sobre una persona hay secuestro.
.Para que haya secuestro debe predicarse de alguna manera una restricción relevante a la libertad de locomoción.
.Afectación trascendente al bien jurídico de la libertad individual en la forma de arrebatamiento, sustracción, retención u ocultación.
.La retención como verbo rector del secuestro debe tener cierta entidad para que afecte el bien jurídico que se protege con este delito.

"Es de destacar que el hecho de que Carlos Enrique Jaramillo Correa haya expresado que experimentó haber sido secuestrado por EDGAR ALEXANDER CORREA LEÓN y GUIILEMO LEÓN VALLEJO CASAS, o que temió por su vida hasta el punto que decidió entregarse a las autoridades y confesar su participación en delitos asociados con el tráfico de estupefacientes, no es razón suficiente para estimar que se configuró la conducta punible de secuestro extorsivo en el caso estudiado, pues la adecuación típica de dicho delito, en virtud del principio del derecho penal del acto consagrado en el artículo 29 del código penal , no depende de lo que esté en cabeza de la presunta víctima, sino de la exteriorización en el mundo de lo físico de una conducta que desde el punto de vista objetivo y subjetivo constituya una afectación trascendente al bien jurídico de la libertad individual en la forma de arrebatamiento, sustracción, retención u ocultación, según los términos descritos en el artículo 169 del código penal"

Es cierto finalmente que el señor Mauricio Vélez portaba un arma de fuego, de dotación oficial, porque la misma fue observada por Michael y si bien es verdad esta fue hallada por la policía no en su poder sino en un compartimiento del vehículo ubicado en la bodega, dicho artefacto no se usó para amedrentar a la víctima porque de ello no existe corroboración seria dentro del proceso.

La sentencia es por consiguiente absolutoria para ambos acusados.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira Risaralda administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: Se **ABSUELVE** a los señores JOSE MANUEL GARCIA VELEZ y MAURICIO VELEZ ARBOLEDA, de condiciones civiles y personales conocidas dentro del proceso, de los cargos formulados por la Fiscalía consistentes en los delitos de Secuestro Simple, de conformidad con lo expuesto a lo largo de esta sentencia.

SEGIUNDO: Contra la presente decisión procede el recurso de apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ HILDER HERNÁNDEZ BURITICÁ
JUEZ

ANEXO 6

155

Pereira, Agosto 15 de 2016

Señores.
HONORABLES MAGISTRADOS SALA PENAL.
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA.
CIUDAD.

REFERENCIA SUSTENTACION RECURSO DE APELACION.
RADICACION NRO. 66001600003520130535O

Cordial saludo,

Con todo comedimiento me dirijo ante ustedes en calidad de recurrente, apoyándome en el artículo 179 del código de procedimiento penal, modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 12 de julio de 2010, con el fin de sustentar la apelación interpuesta en contra de la Sentencia de Primera Instancia, que fuera proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito, en el caso de la referencia que se adelantó en contra de JOSÉ MANUEL GARCIA VELEZ y MAURICIO VELEZ ARBOLEDA, en calidad de COAUTORES, a título de Dolo del secuestro del señor JORGE LUIS VALDIVIESO LUCAS.

El desarrollo del disenso consiste señores Magistrados en los siguientes temas:

1.- Respetuosamente considero que el Juez de Conocimiento NO AGOTO UN DEBIDO PROCESO, y no permitió la práctica del testimonio adjunto conforme los establece la jurisprudencia, pese a que la declaración anterior que se pretendía utilizar estaba documentada en un cd, con la entrevista fílmica del testigo MICHAEL GARCIA JIMENEZ, pese a que fue objeto de descubrimiento y fue enunciado en la preparatoria, incluso a fin de ser utilizada como prueba de referencia, ante lo reacio que se mostraba el testigo a colaborar con la Administración de Justicia, según la labor del investigador, cuando se iba a solicitar su comparecencia de manera coercitiva, hizo presencia al juicio oral, sin embargo el relato dado en audiencia era distante a lo narrado en la entrevista fílmica con la que se contaba, se le dio a conocer los apartes correspondientes, donde en la entrevista manifestó la forma violenta en que fue llevado al vehículo el señor VALDIVIESO, vehículo en el cual él iba y su

progenitor EZEQUIEL, no de una forma tan pacifica como lo menciono la judicatura, y en efecto cuando el señor VALDIVIESO observa a los señores Ezequiel y Maicol se subió en el lugar donde los procesados lo ubicaron, pues atrás iba MAURICIO, con EZEQUIEL y con MAICOL, y le pusieron cinturón de seguridad a VALDIVIESO, de igual manera se mencionó de la existencia de un arma de fuego.

Si la judicatura hubiera dado cumplimiento a las normas rectoras del código, que desarrollan el Derecho fundamental del debido proceso, las formas propias de cada juicio, si hubiera permitido la incorporación de la entrevista fílmica para ser valorado en su integridad el testimonio de MAICOL, muy seguramente otra habría sido la decisión de la judicatura, de tal manera que impidió el cumplimiento con su obrar arbitrario y caprichoso, donde solo atendía a las exigencias de la defensa, y donde tomo decisiones casi de manera parcializada, dejando de lado la objetividad que debe de tener un juez, que es lo que permite tener la certeza de una recta administración de justicia, no contento con no permitir la utilización de la entrevista como lo ordena la corte ni siquiera permitió su incorporación al juicio, obedeciéndole al defensor cuando dijo que resolviera mediante ORDEN, así me resolvió mi petición de practica e incorporación de prueba, negándome incluso los recursos, no motivando en debida forma su decisión ,por algo muy sencillo no contaba con razones jurídicas para su negativa.

EXISTIO UNA IRREGULARIDAD SUSTANCIAL CON INCIDENCIA PROCESAL:

Esa falencia en el desarrollo de la audiencia afecto notablemente el resultado del proceso, e impide incluso que la segunda instancia entrara a valorar las manifestaciones del testigo MAICOIL, al no contar con esa declaración anterior. Por ello considero humildemente se afectó la VALIDEZ del juicio oral, se afectó sin forma de subsanar, el debido proceso, se afectó la igualdad de armas, el principio de la doble instancia en materia de autos que resuelven sobre pruebas; no hubo objetividad ni imparcialidad por parte del Juez.

En éste orden de ideas, considero se afectó el DEBIDO PROCESO y se tomó una decisión errónea. Estando incurso en la causal

La Fiscalía entiende la admiración que el señor Defensor despertó en el señor Juez, pero, no puede llegar a límites de darle gusto a la defensa en todo, dejando de lado el principio de legalidad, de imparcialidad, de objetividad de igualdad de armas.

El ideal de un proceso es que se debatan todas las pruebas ordenadas y se efectué una confrontación seria y dentro del marco del debido proceso, de El Derecho de Confrontación, de la interpretación conjunta (Art. 380 del C. de P. Penal) y sistemática de la prueba practicada en Juicio. La valoración del testimonio al tenor del articulo 404 del C. de P. Penal. La credibilidad del Testigo. La jurisprudencia nos indica cómo se allega el testimonio de una persona que cambia su versión en juicio, y se debe de tener en cuenta la declaración anterior para efecto de una valoración en conjunto, no basta con descartar y mencionar una supuesta retractación como la admite el juez, pero, no permitió el ingreso de la declaración anterior para efecto de una valoración a la luz de las reglas de la sana critica, por ello, considero que se vulnero el principio de lealtad, legalidad, imparcialidad y objetividad. Situación irregular que afecto el proceso, máxime cuando el Juez resolvió conforme y mediante una ORDEN, como se lo dijo la defensa, al parecer el Director en el juicio oral fue el Defensor, en este orden de ideas que garantías puede tener la Fiscalía como interviniente?, que garantía para la comunidad en el sentido de que este tipo de situaciones no se presenten? Ocurrió en Pereira lo mismo que viene ocurriendo en Medellín? Donde los procesados actúan así, obran múltiples denuncias por supuestos constreñimientos ilegales y por estar un Capitán Gaula involucrado nada se hace? Ese es el mensaje que debemos remitir a la sociedad, que la justicia depende en su aplicación del sujeto pasivo? De su calidad y vínculo con las autoridades?, depende de lo cotizado de un defensor?, la idea entonces es hacer lo que el defensor cotizado indica dejando de lado los principios que nos rigen?.

El Juez emitió una ORDEN como se lo dijo la defensa, sin tener en cuenta que afectaba las formas propias del juicio oral, que afectaba l testimonio pese a que todo se descubrió y que en la preparatoria se mencionaron dichos documentos para ser tenidos en cuenta en el juicio oral, el disciplinario fue utilizado en la audiencia de juicio oral como lo depreco la defensa, y la declaración anterior de un testigo que dijo haber cambiado de versión en el juicio porque4 estaba más crecido y más maduro, lo que indica que el relato dado en juicio obedece a una valoración o análisis de la versión que daría en juicio, no a lo que evidencio y observo, de tal manera que era importante se allegara dicha declaración como testimonio adjunto al juicio, algo que no se puede corregir con nada y don el juez afecto el principio de la doble instancia, negándome la posibilidad de recurrir, constituyendo su obrar en y una vía de hecho, en un obrar arbitrario, no asumiendo el reto de una decisión motivada, como tenia que ser y someterla a los recursos, era el ideal y lo legal.

En mi criterio se afectó el principio de trascendencia, pues, se afectó contra el juicio, hubo imposibilidad de ejercer derechos como interviniente, la Fiscalía, al impedir cumplir su rol, no permitió la

incorporación de una prueba al juicio, impidió la interposición de recursos, tratándose de la negativa de una prueba, ya anunciada, descubierta, y ordenada; y con ello: genero de igual manera la imposibilidad de una decisión justa, ajustada a Derecho.

La Fiscalía siempre obro de Buena fe, con lealtad, desde el inicio se mencionan falencias respecto algunos te4stigos y la necesidad de utilizar declaraciones anteriores, y el derecho como Fiscal interviniente se me vio restringido, menoscabado, generando sensación de parcialidad y subjetividad de la judicatura o temor , no logre establecerlo frente al obrar del Señor Juez, obrar por demás extraño cuando yo observo la labor realizada por todos los jueces del Departamento donde he intervenido, y donde se permite un debate jurídico, Digno y con igualdad de armas, en este caso, extrañamente no se evidencio, y es allí donde radica mi indignación, donde digo se evidencian las irregular¿idades que afectan el debido proceso

El señor Juez resolvió teniendo en cuenta única y exclusivamente en las supuestas manifestaciones efectuadas por los testigos, en lo que favorecía a los procesados, amparándose en un no cumplimiento a los protocolos iniciales por parte de la policía de vigilancia; por el colegage que se evidencio entre los agentes de policía, cuando MAURICIO exhibió su documento que lo acreditaba como Policía Gaula, y un capitán frente agentes de policía, tuvieron muy seguramente en cuenta la jerarquía, y se mostraron dubitativos en el procedimiento a seguir, incluso en la audiencia se referían a él como Mi Capitán, respecto a errores de policía judicial, q2ue incautaron el arma en la Uri, que no firmaron acta de incautación, pero, independiente de todo era el arma de dotación del capitán Mauricio eso establece la mismidad. que en nada desdibujan la materialidad de la conducta, es tan parcializada la decisión del señor Juez, que manifestó que los procesados desconocían que cobrar a la fuerza era un delito, y uno de los procesados detentaba la calidad de capitán Gaula Medellín, dedicado y capacitado y preparado por el Estado para atacar el tipo de conductas por el protagonizadas y que era su deber, que tenía la calidad de garante ,para atacar ese tipo de obrar, utilizo su arma de dotación para afectar la libertad y la autonomía personal, pero, para el señor Juez el no conocía que era delito y que su finalidad era cobrar, así haya limitado el derecho de locomoción de una persona y haya utilizado su arma de dotación en ello; arma que así no obre acta de incautación existió y correspondía reitero al arma de dotación del capitán y que extrañamente no llevaba en su poder porque la guardo en el compartimiento del vehículo, y que fue vista por el ofendido y dijo haber sido amenazado con él, curiosamente en materia disciplinaria el capitán Gaula que no conocía de su ilicitud, según el juez, pero, que por los mismos hechos, fue sancionado, y destituido.

Es por lo anterior que frente al obrar de la judicatura se evidencia afectación grave al debido proceso, que amerita por ende se declare la nulidad en lo atinente a la negativa de incorporar la versión anterior como fue la entrevista fílmica de MAICOL, y no es posible la valoración en conjunto de dicha versión, como lo exige la Jurisprudencia, máxime que en la versión inicial, teniendo más frescos los hechos sin muchas prevenciones, manifestó la forma violenta en que sacaron al ofendido del edificio, como lo tomaron los procesados de los brazos y lo llevaron al vehículo, manifestando angustia en su relato y en varias oportunidades que fue agredido y empujado, lo que se evidencia con lo observado en el video y con el dicho del vigilante HERRERA.

De tal manera que es de vital importancia la incorporación de dicha declaración anterior que la judicatura por orden y sin recurso, no dejo incorporar. Incurriendo en la causal de nulidad consagrada en el Artc. 457 NULIDAD POR VIOLACION A GARANTIAS FUNDAMENTALES. Cumpliéndose con el principio de amatividad, se violo el debido proceso en aspectos sustanciales.

Son varios los pronunciamientos de la C.S de Justicia que tocan el tema e indican el trámite, como son: la 32.595/09; 28.257/08 entre otras, sin embargo en el caso que nos ocupa el juez no permitió la incorporación de la declaración anterior para su evaluación, afectando el debido proceso, sin otorgar recurso para ello.

Hemos de tener en cuenta: que el DEBIDO PROCESO, Tiene Una Finalidad,

"El fin del proceso está determinado por la búsqueda de la verdad material dentro de la confrontación ideológica establecida por las partes. Esa meta sólo se puede cumplir, si el juez y las partes, adecúan su proceder a unos trámites previos y obedecen unos principios fundamentales constituídos como garantías universalmente reconocidas para que el juicio sea eficiente e idóneo y el fallo produzca efectos en derecho." (T-442-92)

Desde otra perspectiva, "su finalidad es obtener, mediante la intervención del poder público, la protección jurídica de un bien o derecho de conformidad con la ley. En materia administrativa, la definición de derechos subjetivos se asegura mediante el procedimiento dispuesto en la ley, el cual debe adelantarse ante las autoridades competentes. Iniciado un trámite administrativo a petición de un particular, le corresponde a la autoridad pública, en desarrollo de sus funciones legales, tomar las medidas necesarias que permitan llegar a la concreción de los derechos o a su negación en debida forma." (T-419-94)

"Cuando el juzgador no aplica rigurosamente las reglas procesales consignadas en la ley, diseñadas precisamente para la garantía y efectividad de los derechos sustanciales de las partes, el proceso pierde su función tutelar, es decir, su razón de ser. Y no sólo la violación grosera de la ley procesal mediante su ignorancia o su aplicación maliciosa consagra el quebrantamiento del debido proceso, sino también con su desconocimiento sutil, que se da cuando el juez cumple con marcado desgano ciertas actividades procesales dilatando, por ejemplo, la práctica de diligencias o retardando la disposición y ejecución de algunas medidas destinadas a concretar o preservar el derecho de cualquiera de las partes o de un tercero con un interés legítimo, omisiones que entrañan un proceder contrario al deber del juez, cual es la de velar por la rápida solución de los procesos, adoptando oportunamente las medidas conducentes que impidan su paralización y procuren la mayor economía procesal." (T-027-98)
El derecho al debido proceso cumple los siguientes fines:

a.- El de "defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional." (C-214-94)

b.- Propender "por una debida administración de justicia, la cual, a su vez, constituye una de las más importantes garantías para el amparo de los intereses legítimos de la comunidad y contribuye a la permanencia del Estado social de derecho, que tiene señalado en el artículo 2o. de la Constitución política como uno de sus deberes, el de proteger en su vida, honra, bienes, derechos y libertades a todos los ciudadanos." (T-073-97)

c.- "Proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino en las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellas." (C-214-94)

d.- "La protección del individuo en el proceso, de manera tal, que "le aseguren a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia, al igual que la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales proferidas conforme a derecho." (T-431-93)

e.- "Asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones jurídicas. Desde luego los medios para llegar a la objetividad pueden cambiar -en cuanto son susceptibles de mejoría-, pero la forma en sí es, en principio inalterable, por cuanto es la que da estabilidad y adecuación proporcionada a las partes dentro del proceso, de tal manera que hace que éste sea el debido. (.....) ..la forma jurídica indicará el componente material de juridicidad expresado de modo estable y ordenado." (T-140-93)

f.- "Garantizar a todas las personas que en los procesos que se adelanten ante las autoridades judiciales y administrativas, se de cumplimiento a la observancia de las formas propias de cada juicio, con respecto a las actuaciones tanto judiciales como administrativas." (T-157-96)

Ell debido proceso participa de las siguientes condiciones que lo caracterizan:

a.- Es un derecho Fundamental: "La institución del debido proceso aparece señalada como derecho fundamental por lo que ha significado para el desarrollo del hombre, como ser social.

El hombre es el principio y fin de todo sistema de organización estatal, de ahí que el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de él son en el presente el primer objetivo del constitucionalismo actual.

El principio de autoridad de los gobernantes, está limitado por ciertos derechos de la persona humana, que son anteriores y superiores a toda forma de organización política.

Esa limitación de los gobernantes constituye el punto de partida de todas las doctrinas que se ocupan de reivindicar para el hombre unos atributos esenciales que el Estado se halla en la obligación de respetar." (T-442-92)

"El carácter fundamental de este derecho proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es pues una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

Además, el derecho al debido proceso comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino, también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran, en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver." (T-516-92)

"Sobre el debido proceso ha señalado la Corte que, como derecho fundamental, incorpora un conjunto de garantías esenciales a toda actuación judicial o administrativa y que, por tanto, resultan indispensables para que el Estado aplique una sanción, adopte una medida o derive una consecuencia jurídica a favor o en contra de alguien.

Se trata de elementos que aseguran no solamente la pre-existencia de la ley con arreglo a la cual han de juzgarse las conductas sancionables, el imperio de unas formalidades mínimas previamente consagradas y la imparcialidad del juez o funcionario competente, sino la integridad de las posibilidades de defensa, que no pueden ser negadas a persona alguna, restringidas ni recortadas, por cuanto, si ello ocurre, se atenta de modo directo contra la justicia y se desconoce la dignidad del ser humano. De allí se deriva, en el plano constitucional, con proyecciones en los niveles legal y administrativo, la nulidad de lo actuado de espaldas al debido proceso." (T-043-96)

"El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, instituido para proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino en las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellas." (C-214-94)

b.- Corresponde a un criterio garantista: Ejemplo de la expresión garantista encontramos en los siguientes apartes jurisprudenciales:

"La disposición del art. 29 de la CP "corresponde con el modelo garantista clásico, inspirado en los postulados de la ilustración y el liberalismo (legalidad, necesidad, lesividad, materialidad, jurisdiccionalidad, verificación, contradicción, etc.), y con los principios consagrados en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia." (T-604-95)

"El debido proceso es un derecho fundamental de la persona que reúne un haz de garantías judiciales aplicables a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas." (C-070-93)

"El juez en su función de administrar justicia, posee una serie de atribuciones encaminadas a garantizar a toda persona la efectividad de un debido proceso, de manera que para este fin tiene la facultad de decretar y practicar aquellas pruebas que considere necesarias para adoptar la decisión que ponga fin al proceso, y que lleve al esclarecimiento de los hechos. Así entonces, su determinación será producto del análisis de la verdad procesal, la cual siempre deberá ser lo más cercano posible a la verdad real." (C-541-97)

"El debido proceso, considerado por la doctrina y la jurisprudencia como un principio constitucional de todo Estado de derecho, constituye entonces la garantía instrumental que posibilita la defensa jurídica de los derechos subjetivos u objetivos de los individuos, mediante el trámite de un proceso ajustado a la legalidad." (C-093-98)

"El debido proceso se entiende como el conjunto de garantías que pretenden asegurar a los interesados que acuden ante la administración pública una recta y cumplida resolución sobre sus derechos e intereses." (C-095-98)

Es de obligatorio cumplimiento: "El artículo 29 de la Carta, por expresa voluntad del Constituyente plasmada en su mismo texto, es de obligatoria e ineludible observancia en toda clase de actuaciones tanto judiciales como administrativas, de tal modo que, ante la meridiana claridad del precepto, ninguna autoridad dentro del

Estado está en capacidad de imponer sanciones o castigos ni de adoptar decisiones de carácter particular encaminadas a afectar en concreto a una o varias personas en su libertad o en sus actividades, si previamente no ha sido adelantado un proceso en cuyo desarrollo se haya brindado a los sujetos pasivos de la determinación la plenitud de las garantías que el enunciado artículo incorpora." (C-007-93)

"Dicho en otras palabras: ninguna actuación de un servidor del Estado queda librada a su arbitrio, sino que debe sujetarse a los procedimientos contenidos en ley o reglamento. Al fin y al cabo esas actuaciones judiciales o administrativas implican la intervención de autoridades del Estado que no pueden ejercer "funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley" (art. 121 C.P.); funciones que tienen que estar, por lo mismo, "detalladas en ley o reglamento", como lo ordena el artículo 122 de la misma Constitución. (T-404-93)

"El debido proceso se aplica, en su concepción genérica a toda clase de actuaciones y procedimientos judiciales y administrativos. Los principios establecidos en la Carta constituyen fundamento para todas las actuaciones que se surtan ante las autoridades públicas, pero estas disposiciones constitucionales del debido proceso se desarrollan y concretan mediante la incorporación legal, pues es la ley la que se encarga de realizar las previsiones procesales que permitan a todas las personas el acceso a la justicia y la definición de derechos bajo el amparo de este principio constitucional." (T-445-92)

-Se ajusta al principio de juridicidad: "El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás funciones del estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia." (T-001-93).

- Se materializa a través de procedimientos: "El debido proceso como conjunto de garantías establecidas como medios obligatorios, necesarios y esenciales para el ejercicio de la función jurisdiccional y aún administrativa, se materializa, a través de los procedimientos judiciales y legales para el cabal cumplimiento de administrar justicia. Todo asunto llevado ante las autoridades judiciales y administrativas para su decisión, requiere de un mínimo conjunto de reglas dentro de las cuales se actúe de conformidad con la Constitución y la ley, y es tan solo dentro de ese orden establecido, que se llevan a cabo los

actos procesales, se atienden y resuelven los intereses en conflicto." (T-347-95)

En materia penal: El juicio sobre la conducencia de las pruebas solicitadas, reúne elementos evaluativos y técnicos, pero también racionales. El juez debe sopesar la aptitud del medio de prueba invocado en relación con los hechos objeto de verificación y con la responsabilidad que pueda deducirse al inculpado, prestando especial atención a aquellas peticiones que pudieran encubrir estrategias dilatorias. Por otra parte, está en la obligación de garantizar la efectividad del derecho de defensa del acusado, decretando y practicando las pruebas que puedan tener alguna relación sustancial con los hechos investigados. La Corte se pronunció anteriormente sobre los efectos constitucionales de la omisión en decretar una prueba objetivamente conducente para el esclarecimiento de los hechos.

No basta que el funcionario encargado de administrar el debate probatorio niege, en forma indefinida, la relación de la prueba solicitada con los hechos investigados. Por el contrario, debe exponer las razones que sustentan su aserción, a fin de que la parte interesada pueda, si lo considera necesario, controvertir dichas razones ante otra autoridad mediante el ejercicio de los recursos de ley.

La negativa a la práctica de pruebas sólo puede obedecer a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas; pero a juicio de esta Corte, la impertinencia, inutilidad y extralimitación en la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por el investigador y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso.

"La omisión de una prueba objetivamente conducente en el proceso que se sigue contra el peticionario, constituye una violación a su derecho de defensa y al debido proceso. Con la omisión señalada se viola igualmente el principio de publicidad que debe inspirar las diferentes actuaciones procesales." (T-055-94)

La judicatura con su obrar omitió la posibilidad de Contradicción de la prueba.

"Para que una prueba sea válida y eficaz, necesariamente tiene que ser controvertida. De tal manera es fundamental la contradicción de la prueba, relativo especialmente al proceso penal, pero aplicable también a los demás, consagra como un derecho de quien es parte en un proceso, presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra. Lo anterior explica por qué cuando la prueba en sí ha sido válidamente practicada, conserva su validez y eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla. Esta oportunidad garantiza, precisamente, que se ha respetado el derecho de defensa, una de cuyas expresiones principales es la contradicción de la prueba." (C-037-98)

"La violación del principio de contradicción trae como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la prueba aportada y no controvertida. Esta presunción de derecho fue dispuesta por el Constituyente como garantía del debido proceso, cuando en el inciso final del artículo 29 consagró:

" '...Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.' "(C-150-93)

"... La nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí."

"...

"El inciso final de dicha disposición dice que "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". Esta norma significa que sobre toda prueba "obtenida" en tales condiciones, esto es, averiguada y, principalmente, presentada o aducida por parte interesada o admitida con perjuicio del debido proceso, pende la posibilidad de su declaración judicial de nulidad." (C-372-97)

Mediante una Orden emitida se vulnero el principio de la doble instancia afectando el Artc. 20 del C.p.Penal, las normas que remiten a normatividad que faculta doble instancia a la negativa en practivca e incorporación de pruebas en juicio.

"Su verdadera razón de ser es la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad. Ella es pues un medio para garantizar los fines superiores del Estado, de que trata el artículo 2o. de la Carta, particularmente en este caso la eficacia de los derechos. " (C-351-94)

EN EL EVENTO EN QUE NO SE ACCESADA A LA CAUSAL DE NULIDAD DEPRECADA, SOLICITO: se efectué adecuada valoración de las pruebas, donde se demuestra la retención del señor VAIDIVIESO o conocido como JUNIOR. Quien manifestó que lo empujaron o forzaron cuando lo abordaron En el edificio el portal del Café, conforme quedo evidenciado en el video, sacar a empujones, estrujones, y sacar una persona de un brazo y otra del otro es un acto voluntario?, porque? A quien le gustaría que lo trataran así? Eso es RETENCION, es secuestro, no iba voluntariamente, que luego vio a las personas conocidas que inicialmente habían maltratado en procura de dar con su paradero , se subió al vehículo, que le dejaron usar su celular para ubicar a WILCHES, indica afectación a su libertad y autonomía, VALDIVIESO dijo que Mauricio lo amenazo con un arma de fuego, y esa arma existe, fue encontrada en el vehículo, cuando este estaba en la uri, que nadie firmo el acta es cierto, que hubo

Irregularidad en manejo de protocolos, si pero, no desvirtúa ni la existencia del Secuestro, ni la existencia del arma de fuego con que amenazaron a VALDIVIESO, no mintió en la existencia del arma de fuego, y dicha arma era la de dotación del capitán MAURICIO VELEZ, así quedo demostrado en juicio, y fue la misma con la que lo amenazaron, pues no existió otra arma en la escena. Y es la misma porque era la de dotación del servidor Gaula.

Que VALDIVIESO, fue subido adelanta, que el vehículo es posible abrirlo si se abre adelante, si pero, es que atrás iban dos personas más, que conforme el relato de Maicol y Claudia no los sacaron en forma pacífica de su casa, y muy seguramente tampoco iban voluntariamente, no se iban a ir los dos si fueran tan confiables los visitantes de Medellín, y es que adelante iba MANUEL JOSE conduciendo y atrás MAURICIO, ello no desvirtúa el secuestro.

VALDIVIESO, manifestó a reyes, que estaba secuestrado, reyes hace pare al vehículo, porque fue reportado como el vehículo en que llevaban personas contra su voluntad, REYES, dijo que escucho de la victima sus calidad de SECUESTRADO, QUE EN ES E LUGAR SE DEMORARON, QUE NO CUMPLIERON CON PROTOCOLOS, QUE DEJARON HABLAR A LA VICTIMA CON LOS PROCESADOS, QUE LA POLICIA NO OBRO, QUE PORQUE HABIA UN CAPITAN gaula, hasta que llego policía GAULA, Olaya y acelas y le4s indicaron a los policiales, que llevaran a las personas detenidas, que aun estaban alli, con vehiculo, arma no hallada aun, y procesados a la URI, para que decidiera el Fiscal en turno. Pero desde el inicio se mencionó la retención, fue lo que dio origen a la intervención de la policía, manejen o no protocolos, demórense o no, lo cierto es que hubo retención, y hubo arma de fuego y hubo amenazas, contra MAICOL Y Ezequiel y CLAUDIA, de afectar sus bienes, y contra VALDIVIESO, quien fue sometido mediante el miedo mediante la amenaza psicológica, pues, sabía que estaban armados, un arma de fuego la del capitán gaula, arma de dotación.

Muchos fueron de los agentes y nada hicieron, no porque no evidenciaran un ilícito, se atemorizaron ante un capitán Gaula de Medellín, se solidarizaron muy seguramente con el , no querían muy seguramente cuestionar a su institución, por un temor reverencial quizás, pues, en la misma audiencia los policiales cuando señalaban a la persona aprehendida en la escena, decían " Mi Capitán" pese a que ya había sido destituido disciplinariamente por los mismos hecho.

REYES, DIJO Valdivieso dijo estar secuestrado, en la prueba de referencia dio estar a disgusto y atemorizado y amenazado con arma y haber sido sacado a empujones. Lo mismo dijo HERRERA el vigilante, no fue a las buenas que VALDIVIESO haya salido del lugar.

Examinemos el video, y analicemos en conjunto con lo dicho por VALDIVIESO, con lo dicho por HERRERA, CON EL DICHO DE Maicol, que aunque dice que ya creció y entiende las cosas que VALDIVIESO no pagaba lo que debía y tenía que pagar, el dicho en juicio atiende a una valoración no a una narración escueta de los hechos, conforme obraba en la entrevista fílmica que no dejo ingresar el Juez, pero, e4n varias veces menciono empujones, forcejeos, lo que deduce que VALDIVIESO no iba de manera voluntaria.

El Juez no hizo una valoración seria, objetiva, imparcial y en conjunto de la prueba, tomo apartes que favorecían a los procesados, no se dónde quedo el Juez juicioso y cuidadoso que conozco, no entiendo dónde quedaron los años de experiencia y rectitud en sus pronunciamiento, no sé qué paso. Solo puedo decir que ser Juez es un privilegio, es función de Dioses, es algo de tan grandeza, que si se merece el llamarlos " Señoría" cuando obran con tal transparencia, rectitud, ecuanimidad, un Juez a mí me genera tal admiración, seguridad, es como un apóstol, cuya vida y proyecto de vida es de imitar; por ende es muy triste cuando se pierde la fe en un Juez, en la persona de un Juez, a uno como Fiscal le duele y mucho.

Solicito se valoren nuevamente en conjunto las pruebas allegadas, la de los policiales que llegaron al lugar, poco aportan, nada distinto al temor reverencial que sentían por el capitán gaula, que no hubo protocolo, no desvirtúa la existencia del secuestro, si hubo retención, usaron el arma de dotación para atemorizar, porque? Porque no era correcto lo que estaban haciendo.

El arma sin importar acta de incautación, cadena de custodia, sabemos que era la misma con que amenazaron la victima porque era el arma de dotación del capitán Gaula. Quien no firmo o firmo, lo cierto es que era el arma de fuego del capitán nada lo puede cambiar, fue encontrada al interior del vehículo en que llevaban al secuestrado y la cual fue exhibida mientras le infundían temor a VALDIVIESO.

Si con posterioridad llegaron a un arreglo de sus desavenencias, si hubo compensación en materia dineraria, si de pronto hubo un contrato innominado, callo para que me des dame para no hacer, pudo

ser. Que por eso viajo a Medellín VALDIVIESO, que arreglaron cuentas después? Pudo ser, pero, que hubo RETENCION, si la hubo así lo declararon los testigos VALDIVIESO, HERRERA, MAICOL, el video que corrobora en todo el dicho de ellos, lo que no analizo el Juez.

En este orden de ideas, como decir que no hubo SECUESTRO? PARA LA FISCALIA EN ANALISIS DE LO OBRANTE SI SE EVIDENCIA Y ES LO QUE DEPRECO DE LA SEGUNDA INSTANCIA, SU NUEVO ANALISIS Y ESTUDIO.

Que los procesados no tenían Intensión? Dice el Juez?, como decir que dos personas cultas, privilegiadas, de familias que se han preocupado por ellos, por su formación, su capacitación, sus maravillosa oportunidades académicas, una familia de principios, una familia buena, que se preocupó por ellos durante todo el proceso, un señor de edad, caballero, un señor bueno, como es el progenitor, que tuvo que ver cuestionado el buen nombre de su familia, como no iban a saber que no es correcto la forma en que cobran los dineros? El hecho de que las autoridades de Medellín, los tengan con Fuero especial, no puede ser la justificante para decir que obraron sin intención, planearon, llamaron, advirtieron, visitaron la casa de CLAUDIA, amedrentaron, amenazaron, llenaron de miedo, supuestamente se fueron voluntariamente EZEQUIEL y MAICOL, a fin de sacarlos de la casa de ellos, quedando CLAUSDIA asustada, porque llegaron de manera agresiva, y hostil, que abordaron de manera violenta a VALDIVIESO, en el portal del café, lo sacaron a empujones y llevándolo de los brazos, dos personas al lugar donde estaban las personas por quienes habían llamado anteriormente; todo para lograr la ubicación del patrón de VALDIVIESO, WILCHES, quien dio aviso de la situación pues, permitieron el uso del teléfono por parte de VALDIVIESO, solo con es finalidad, Como decir que un capitán Gaula con la capacitación recibida, con la calidad de garante,
No sabia que obrar en la forma en que lo hizo no era intencional? Como lo ha hecho en Medellín y nada le ha pasado creyó que en esta ciudad por ser capitán Gaula, todos pasarían de agache. No tuvo intención y saco a empujone4s, forcejeo con la victima, lo saco a la fuerza, lo subió al carro y le puso el cinturón de seguridad, se hizo atrás para tener dominio sobre las personas que iban atrás y sobre VALDIVIESO, lo amenazo con arma de fuego lo intimido, para dar con el paradero de Wilche, y siendo un Gaula, no sabía que eso era ilícito? Un GAULA, conoce de derechos de los demás y sin embargo MAURICIO por apoyar a JOSE MANUEL, se la jugó y con conocimiento e intención de cobrar un dinero a toda costa afecto derechos fundamentales de los demás, y no era una situación

subjetiva de VALDIVIESO, no fue una RETENCION, y el capitán GAULA Sabía Lo Que Hacía, Y José Manuel Sabia Lo Que Hacía Por Eso Busco La Ayuda De Mauricio. En este orden de ideas solicito nuevo análisis de la integridad del caso, y una valoración a la luz de las reglas de la experiencia y las reglas de la sana critica, podrán evidenciar señores Magistrados que los procesados de manera libre voluntaria, consiente, que son personas conscientes, mentalmente capaces sabían de la ilicitud, y la quisieren realizar, con un obrar doloso e intencional afectando derechos fundamentales de la víctima, quiera o no ser protegida ahora. El Hecho del SECUESTRO existió, los procesados estuvieron en capacidad de comprender su ilicitud la comprendieron y quisieron su realización, dolosa e intencionalmente, y les era exigible obrar de manera diversa, por ello solicito condena por secuestro agravado dada la calidad de servidor público admitida incluso por la defensa, y agravado genéricamente por la coparticipación, en contra de los procesados GARCIA VELEZ Y VELEZ ARBOLEDA.

Solicitud REVOCAR sentencia absolutoria, por condenatoria.

Cordialmente,

MARIA LUISA HENAO MARIN
Fiscal delegada en apoyo al Gaula-

ANEXO 7

170

ALEJANDRO DECASTRO

Abogados y expertos

Doctor
JOSÉ HILDER HERNÁNDEZ BURITICÁ
Juez Sexto Penal del Circuito de Pereira
E.S.D.

Ref.: Proceso 660016000035201305350 contra JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ y otro.

En mi calidad de defensor de los acusados en el asunto de la referencia, me permito presentar escrito como no recurrente para que sea remitido a la Sala Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, a fin de que sea tenido en cuenta al momento de estudiar el recurso de apelación presentado por la Fiscalía.

Debe entonces entenderse que en adelante me dirijo a la H. Sala de Decisión Penal que tendrá a su cargo resolver la segunda instancia.

***

Aun cuando la Fiscalía ha presentado un solo escrito, en realidad propuso dos solicitudes independientes a la sala: (i) de un lado planteó la nulidad de lo actuado, y (ii), del otro, "en el evento de que no se acceda a la causal de nulidad deprecada", se pretendió sustentar el recurso de apelación en orden a que se revoque la sentencia absolutoria y se condene a los procesados.

Se trata de dos argumentos autónomos, siendo solo uno de ellos, propiamente dicho, la sustentación al recurso de apelación; así las cosas, solicito a la sala tener en cuenta los siguientes argumentos en orden a: (i) DECLARAR **DESIERTO** EL RECURSO DE APELACIÓN POR FALTA DE SUSTENTACIÓN y (ii) **NEGAR** la solicitud de nulidad planteada. Procedo a abordar ambos temas:

I. EL RECURSO DE APELACIÓN NO FUE DEBIDAMENTE SUSTENTADO

Propiamente lo que se supone que sería la "sustentación" de la apelación aparece a partir de la página 11 del escrito, y hasta la página 15, pues es en aquella página donde termina la sustentación de la solicitud de nulidad expuesta de la página 1 a 11 del escrito de la fiscalía y que se analizará con posterioridad.

La prueba que más claramente demuestra, sin duda alguna, que el recurso de apelación **no fue debidamente sustentado** lo constituye el argumento por el cual la Fiscalía expresamente le pide a la Sala, y de manera insistente, que realice oficiosamente una "adecuada" valoración conjunta de la prueba para alcanzar un fallo de condena, en estos términos:

> "EN EL EVENTO EN QUE NO SE ACCESADA (sic) A LA CAUSAL DE NULIDAD DEPRECADA, SOLICITO: se efectúe adecuada valoración de las pruebas, donde se demuestra la retención del señor VALDIVIESO o conocido como JUNIOR..."[1]

> "Solicito se valoren nuevamente en conjunto las pruebas allegadas..."[2]

---

[1] Pág. 11 del escrito de apelación, en adelante EA.
[2] Pág. 13 EA.

"Y ES LO QUE DEPRECO DE LA SEGUNDA INSTANCIA, SU NUEVO ANALISIS Y ESTUDIO."[3]

"En este orden de ideas solicito nuevo análisis de la integridad del caso, y una valoración a la luz de las reglas de la experiencia y las reglas de la sana crítica..."[4]

Este tipo de argumentaciones han motivado la declaratoria de desierto de los recursos de apelación, como se aprecia claramente en la providencia que paso a citar, proferida recientemente por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

"La escasez de argumentos de refutación alcanzó el más alto nivel, **CUANDO LA RECURRENTE SOLICITÓ A ESTA CORTE QUE ESTUDIARA LA TOTALIDAD DE LA ACTUACIÓN PARA LOGRAR ENCONTRAR LAS PRUEBAS QUE CONLLEVARÍAN A REVOCAR EL PROVEÍDO DEL TRIBUNAL**, olvidando la carga procesal impuesta por el artículo 178 de la Ley 906 de 2004.

Con ese panorama procesal, y ante la ausencia de señalamientos claros, concretos y precisos de los yerros en que incurrió el Tribunal en el auto impugnado, el Tribunal de primera instancia debió adoptar la decisión prevista en el artículo 179A del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, ante la omisión de tal pronunciamiento, ahora se impone la declaratoria de deserción del recurso presentado porque ningún objeto de discusión sobre la providencia impugnada se plantea para dirimir en esta instancia"[5].

Es evidente que quien presenta una apelación tiene la carga de indicarle al superior jerárquico cuál es el nuevo análisis de la prueba, o del derecho aplicable, que se propone para refutar la decisión apelada; es carga del apelante indicar cuáles son las reglas de la experiencia y de la sana crítica que desconoció el a quo, si es que así fue, y cuáles las que considera que deben aplicarse para resolver el caso distinto a como se falló en primera instancia.

Nada de esto hizo la Fiscalía en este caso al presentar el escrito de apelación, que realmente se contrae a sustentar la solicitud de nulidad que será analizada mas adelante y **a insistir en lo expuesto en los alegatos de conclusión, con total desconexión de lo resuelto por el juez**. Simplemente la apelante requirió de la sala la aplicación de un principio de revisión oficiosa de la decisión del a quo, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico para efectos de sustentar una apelación.

Es constante jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la carga procesal de **sustentar debidamente** los recursos interpuestos[6]. Al respecto, en el precedente anteriormente citado, la Corte advirtió:

"El mandato de la mencionada disposición no se limita al plano formal, sino que impone la carga procesal de sustentar el recurso, entendiéndose por

---

[3] Pág. 14 EA, mayúsculas en el texto original.
[4] Ibídem.
[5] CSJ AP1069-2016 (44684) M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR, mayúsculas, negrillas y subrayas propias.
[6] Véanse, entre otras: CSJ, providencia del 11 de abril de 2007, radicado 23667; auto del 23 de febrero de 2011, radicado 35678; providencia del 25 de marzo del 2004, radicado 21673; providencia del 1 de febrero del 2012, radicado 36407.

ello la obligación de referirse a los argumentos fácticos y jurídicos de la decisión que impugna y mostrar dialécticamente su inconformidad con los mismos.
(...)
Entonces, la declaratoria de desierto del recurso se presenta bajo dos circunstancias: (i) el silencio absoluto del apelante durante el término otorgado por la ley para sustentar, y, (ii) cuando a pesar de haber hecho uso de ese término, no da a conocer los motivos de disenso."[7]

En el caso presente, a pesar de que la Fiscalía interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, no dio a conocer los motivos de disenso. La ausencia de **debida sustentación** se advierte evidente por lo siguiente:

Partamos de los motivos por los cuáles el juez de primer grado absolvió a los procesados acusados por el delito de secuestro, pues eso era lo que se debía atacar en la apelación:

En cuanto al "examen del caso":

1. Hubo falencias en el proceso investigativo y de aducción probatoria al juicio.
2. Desde las mismas diligencias preliminares se observa que no hubo rumbo, método, aplicación de esfuerzos, estrategia, autoridad, dinamismo, ni elemental sentido crítico para ordenar los fines en los cometidos sociales de una investigación criminal.
3. El dicho de la víctima en la escena del crimen fue vacilante.
4. No se acordonó el área, no se evidencia en el registro protección de la víctima. No se procede de inmediato a la detención de los probables autores del hecho y recordemos que aquí se habló de una captura en flagrancia.
5. Los numerosos policías que asistieron al lugar de los hechos actuaron como ruedas sueltas, cada uno por su lado. Ninguno de los uniformados tenía claridad sobre lo que allí acontecía: el presunto ofendido por fuera del vehículo, recostado a una pared. Wilches hablando de negocios con uno de los supuestos secuestradores (José Manuel García) al punto que en mismo lugar del hecho cuadran cuentas, se dan la mano y quedan de amigos. Mauricio Vélez Arboleda, otro de los hipotéticos secuestradores, caminando de aquí para allá con plena libertad.
6. Los funcionarios que participaron en las diligencias de aprehensión de los probables autores del delito, del registro del vehículo, de la incautación de elementos, del manejo de la escena o lugar de los hechos, incurren en notorios errores y contradicciones al punto de no poder aclarar si el hecho constituía o no delito, transcurriendo más de una hora entre conversaciones y consultas para finalmente trasladar a los implicados a las instalaciones de la URI vinculándolos en la comisión de una conducta punible de secuestro.

Sobre los "testimonios de los policías":

1. Hay contradicciones producto de la improvisación y falta de preparación en cuanto al manejo de la escena de los hechos.

---

[7] CSJ AP1069-2016 (44684) M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

2. No falta quien asegura haber escuchado decir a la víctima que estaba secuestrado, **pero también hay quien afirma que este nada dijo al respecto**.
3. Los funcionarios de Policía Judicial que arribaron al lugar de los hechos describen unos hechos y una escena que dista mucho de convertirse en un episodio de secuestro.
4. **PAUL ANDRÉS GARCÍA CARDONA, asegura haber escuchado que a la víctima no la subieron al carro contra su voluntad**.
5. MAURICIO ALEJANDRO DÍAZ le tomó entrevista a PAUL ANDRÉS quien **aseguró que la víctima no había sido subida a la brava al carro**.

Y sobre la "prueba de referencia" el Juzgado motivó así:

1. No asoma en parte alguna del juicio otra prueba que la complemente o corrobore.
2. Está expresamente desmentida por el testimonio de JHON EDGAR HERRERA que no vio forcejeo entre Valdivieso y los procesados, como lo dijo la víctima.
3. Está expresamente desmentida por el testimonio de Michael García cuando dice que Valdivieso se subió al carro normal, por sus propios medios.
4. No existió secuestro desde el punto de vista material u objetivo, podría decirse que nunca se retuvo o sustrajo a Valdivieso.
5. Podría decirse que no se afectó la libertad de locomoción de la víctima, es decir, su facultad de estar donde desea y hacer lo que se quiere.
6. La policía que arriba al lugar donde se inmovilizo el vehículo no advierte una escena propia de secuestro.
7. No hay prueba de que los autores eran conscientes de que esa retención configuraba el delito de secuestro.
8. No hay prueba que predique sin temor a equívocos que los acusados obraron con la **intención de privar de la libertad** a Valdivieso.
9. Los hechos encuadran más en un delio de constreñimiento ilegal que en un secuestro, la finalidad era intimidar a la víctima obligándola a pagar.
10. Se desarrollan dos motivos para absolver: (i) porque no se estructura objetivamente la conducta de secuestro pues no hubo retención de la víctima. Y porque (ii) no asoma el dolo en la conducta de los acusados, es decir la consciencia y voluntad contenida en la condición exigida.
11. Es válido y aplicable al caso el precedente contenido en la sentencia del 23 de enero de 2008 radicado 17186.
12. No existe corroboración dentro del proceso de que el arma incautada a MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA, que no le fue hallada en su poder sino en el compartimiento del vehículo, haya sido usada para amedrentar a la víctima.

Estos eran básicamente los argumentos que el apelante debía refutar en su recurso. Sin embargo, el escrito de apelación no lo hace, y se contrae a lo siguiente:

En la página 14 del escrito la apelante pone en boca del juez palabras que él nunca dijo, cuando señala que el juez afirmó que los procesados "no tenían intensión (sic)", esto es: que "obraron sin intención". Y que "es tan parcializada la

decisión del señor Juez, que manifestó que los procesados desconocían que cobrar a la fuerza era un delito"[8].
La adecuada comprensión de la motivación de una decisión judicial es presupuesto necesario para sustentar debidamente la apelación presentada contra la misma.

El juez jamás dijo eso en su sentencia. Todo lo contrario, pues en su sentencia el Juzgado declara que los hechos juzgados encuadran más en un delito de constreñimiento ilegal (el cual obviamente es doloso y se comete "con intención") que, en un secuestro, pues la finalidad era intimidar a la víctima obligándola a pagar. Esto demuestra que la apelante no escuchó con atención la lectura del fallo, lo cual explica por qué la sustentación del recurso brilla por su ausencia.
Fueron varios los motivos para absolver, y tan solo uno de ellos consistió en la ausencia de prueba del **dolo de secuestrar** por parte de los procesados, que es cosa distinta a sostener que los procesados actuaron sin intención.

La recurrente tenía la carga procesal de proponerle al tribunal la valoración probatoria que considera correcta y que el fallador de primera instancia supuestamente omitió o tergiversó. El tribunal no puede de oficio asumir esa carga argumentativa porque **dejaría de ser un tribunal de apelación para convertirse en un tribunal de instancia**. Por eso la ley dispone que la competencia del superior para resolver una apelación se contrae a los temas y puntos propuestos en el recurso.

Nótese que la Fiscalía no se refiere en modo alguno a las razones de la absolución contenidas en la sentencia de primera instancia. El escrito de apelación **es realmente un alegato de concusión donde se insiste en la tesis contraria a la contenida en la sentencia**, pero sin refutar los argumentos del Juzgado para absolver.

Por ejemplo, véase como la Fiscalía dice que "VALDIVIESO no mintió en la existencia del arma de fuego, y dicha arma era la de dotación del capitán MAURICIO VELEZ"[9], pero estos hechos no los desconoce el Juzgado, por el contrario: los da por probados, y a pesar de ellos absuelve, por otras razones que la recurrente no se encarga de refutar.

En la página 13 del escrito se lee lo siguiente:

> "El Juez no hizo una valoración seria, objetiva, imparcial y en conjunto de la prueba, tomo partes que favorecían a los procesados, no se donde quedó el Juez juicioso y cuidadoso que conozco, no entiendo donde quedaron los años de experiencia y rectitud en sus pronunciamiento (sic), no se que pasó. Solo puedo decir que ser Juez es un privilegio, es función de Dioses, es algo de tan (sic) grandeza, que si se merece llamarlos "Señoría" cuando obran con tal transparencia, rectitud, ecuanimidad, un Juez a mí me genera tal admiración, seguridad, es como un apóstol, cuya vida y proyecto de vida es de imitar; por ende es muy triste cuando se pierde la fe en un Juez, en la persona de un Juez, a uno como Fiscal le duele mucho."

La falta de una debida sustentación al recurso de apelación es evidente. No se le muestra a la sala por qué en concreto "El Juez no hizo una valoración seria, objetiva, imparcial y en conjunto de la prueba", no se dice cuál debió ser esa

[8] Pág. 4 EA.
[9] Pág. 12 EA.

"valoración seria, objetiva, imparcial y en conjunto de la prueba" que, de haberse realizado, habría conducido a la revocatoria de la sentencia.

No se dice siquiera cuáles son las partes que favorecían a los procesados que "el Juez tomó". Por si fuera poco, la sustentación de un recurso de apelación es totalmente ajena a la concepción subjetiva que el apelante tenga sobre lo que "debe ser un Juez", o acerca de si el impugnante perdió o no la fe en la persona del juez de primera instancia. Nada de eso constituye la sustentación de un recurso de apelación.

Es más: en la página 14 del escrito se lee:

> "... pero, que hubo RETENCIÓN, si la hubo así lo declararon los testigos VALDIVIESO, HERRERA, MAICOL, el video que corrobora en todo el dicho de ellos, lo que no analizó el Juez".

La falta de debida sustentación es evidente si se tiene en cuenta que el juez SÍ ANALIZÓ lo que la recurrente dice que no analizó. La sentencia absolutoria valora la declaración de referencia de VALDIVIESO y advierte como en la misma el supuesto secuestrado dice que los señores HERRERA (portero del edificio) y MICHAEL son testigos de lo que le pasó, y el juez procede a analizar esos dos testimonios y concluye que **no corroboran al dicho de VALDIVIESO**. La apelante omite informarle a la Sala que el señor HERRERA declaró que no vio la comisión de un secuestro:

Y por parte alguna del escrito se aprecia la refutación de esos argumentos que tuvo en cuenta el juez para absolver. No se denuncian los errores supuestamente cometidos por la primera instancia al valorar la prueba. Esto es evidente si tenemos en cuenta las razones por las cuales absolvió el juez. De la lectura del escrito se desprende sin esfuerzo alguno que la Fiscalía no rebate estos argumentos de absolución. Es que el escrito de apelación ni siquiera identifica los argumentos de absolución.

En la página 4 se afirma que los servidores públicos que participaron en el procedimiento, testigos todos de la Fiscalía, "tuvieron muy seguramente en cuenta la jerarquía, y se mostraron dubitativos en el procedimiento a seguir, incluso en la audiencia se referían a él como Mi Capitán." Nótese como la apelante especula sobre lo probado en juicio, pues nunca se acreditó que fue por ese motivo que esos servidores públicos cometieron los crasos errores de procedimiento de que trata este caso.
Más aun, la propia fiscal del caso se refiere todavía en su escrito, a estas alturas del proceso, al acusado MAURICIO VÉLEZ como "el Capitán Mauricio", tal y como lo hacía al formular sus preguntas en el juicio oral, aunque -como ella misma lo admite- fue desvinculado hace mucho del GAULA. Luego, intenta justificar el anormal procedimiento a partir del grado de capitán del acusado que ella misma emplea en el escrito de apelación.

La apelante pretende justificar el mal procedimiento policivo aplicado a este caso, aunque finalmente admite que, si fue equivocado, pero no se concentra en mostrarle a la sala por qué las razones del juez para absolver fueron equivocadas.

Nótese como en el escrito se alude a que un testigo, el agente Reyes, escuchó a la víctima decir que estaba secuestrada, pero nada se dice respecto de la motivación del Juzgado en cuanto a que otros testigos, también servidores públicos presentados por la Fiscalía, dijeron en el juicio que la supuesta víctima

les expresó que no estaba secuestrado. Por eso el Juzgado afirmó, para absolver, que *no falta quien asegura haber escuchado decir a la víctima que estaba secuestrado, pero también hay quien afirma que este nada dijo al respecto.* La apelante guarda silencio absoluto en orden a refutar esta motivación de la sentencia. Y es que debe informársele a la sala, por qué la Fiscalía lo omite, que en el juicio declaró PAUL GARCÍA, a quien se le impugnó credibilidad con manifestaciones anteriores y admitió "la víctima inicialmente les manifestó a ellos que a él nunca lo habían subido a la fuerza al vehículo", que él escuchó que VALDIVIESO dijo que no estaba secuestrado[10].

Adviértase que la Fiscalía ni siquiera menciona el precedente aplicado por el Juzgado, que trata sobre un caso semejante al presente, y que es también motivo para concluir que no existió delito de secuestro.

Por lo expuesto, se debe **DECLARAR DESIERTO EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la Fiscalía, ya ante la falta de una debida sustentación la sala carece de competencia para pronunciarse.

***

II. LA SOLICITUD DE NULIDAD ES MANIFIESTAMENTE IMPROCEDENTE

1. En que consiste la solicitud de nulidad

En esencia, se plantea en el escrito de nulidad que hubo violación al debido proceso porque el juez, mediante una orden, no le permitió a la Fiscalía incorporar al juicio como prueba una entrevista recibida al testigo MICHAEL GARCÍA JIMÉNEZ, quien efectivamente declaró en el juicio oral.

Aduce que "no se permitió la práctica del testimonio adjunto conforme lo establece la jurisprudencia, pese a que la declaración anterior que se pretendía utilizar estaba documentada en un CD, con la entrevista fílmica del testigo MICHAEL GARCÍA JIMÉNEZ, pese a que fue objeto de descubrimiento y fue enunciado en la audiencia preparatoria, incluso a fin de ser utilizado como prueba de referencia."[11]

Agrega que el testigo "hizo presencia al juicio oral, sin embargo, el relato dado en audiencia era distante de lo narrado en la entrevista fílmica con la que se contaba"[12], por lo que el juez debió permitir "la incorporación de la entrevista fílmica para ser valorado en su integridad el testimonio de MAICOL".[13]

Y termina señalando que el juez debió decidir mediante un auto y no mediante una "orden", porque de ese modo se privó a la Fiscalía del derecho a la doble instancia.

2. Qué ocurrió realmente en el juicio con la declaración de MICHAEL GARCÍA

---

[10] Su testimonio a partir del minuto **02:09:45, registro** 66001600003520130535005-66001310900620150325144336.wmv del 25 de marzo de 2015.
[11] Pág. 1 EA.
[12] Ibídem.
[13] Pág. 2 EA.

A solicitud de la Fiscalía el juez ordenó la conducción del testigo MICHAEL GARCÍA, con resultados negativos. En la sesión de juicio del 2 de diciembre de 2015 el Juzgado manifiesta lo siguiente:

> "Queda pendiente lo del señor Michael. De una vez le informo que, hemos recibido un oficio, una respuesta 2872 Conducción del testigo, por parte de la Policía, del intendente jefe Jesús Evelio Ortiz Díaz, jefe de vigilancia estación Pereira-tercer turno. Quien a través del oficio 2872 Conducción de Testigo, nos dice lo siguiente: "Respetuosamente, me permito informar a ustedes que el día de ayer siendo las 15:15 horas me dispuse a la diligencia solicitada en el mencionado oficio, donde se ubicaron ambas residencias: la manzana A, casa 2 y casa 4, del barrio Cesar Nader Nader, pero en ninguna atendieron el llamado a la puerta. Por tal motivo, no se logró ubicar y conducir al señor Michael García." Ese es el oficio que hemos recibido sobre la conducencia de Michael García."[14]

A renglón seguido la Fiscalía pidió la palabra y solicitó se incorporara la entrevista de este testigo como prueba de referencia:

> "Entonces, su señoría, frente a esta situación, al hecho de que pese a que ha sido citado a las direcciones que se tienen de él, que la oficina de apoyo también lo hizo, que no es posible ni siquiera por la vía coercitiva mediante la comparecencia por orden judicial a la sala de audiencias, entonces la Fiscalía solicitará tener la entrevista del mismo como prueba de referencia frente a las disposiciones consagradas en el artículo 438 literal B, como en un evento similar, en razón a la no ubicación del testigo. Pues, él era conocedor de esta audiencia, su progenitora estuvo, el señor Ezequiel también estuvo el día de ayer. Ellos eran conocedores del requerimiento que se hacía del señor Michael; si no viene es porque, su señoría, él no está ubicable y no quiere venir. De tal manera que, le toca a la Fiscalía acudir a los medios legales existentes, y es la aplicación de la excepcionalidad, como es la prueba de referencia, consagrada en el artículo 437 y 438 del Código de Procedimiento Penal, literal B."[15]

La defensa solicitó que se decidiera la solicitud cuando se terminaran de practicar los demás testimonios de la Fiscalía que se encontraban disponibles para declarar; esto a fin de evitar lo que ocurrió en la sesión de la última semana del mes de julio de 2015, donde se reservó con anticipación los días 27, 28, 29, 30 y 31 de ese mes para llevar a cabo la audiencia de juicio oral, pero ante una solicitud similar de prueba de referencia elevada por la Fiscalía el día 27, la cual fue apelada por esta, se perdieron los 4 días restantes de audiencia programada hasta tanto se resolvía el recurso de apelación, a pesar de que había testigos disponibles para declarar:

> "No, dejémoslo, señoría. Yo, le pido, con todo respeto, difiera la decisión para cuando termine la Fiscalía, porque nos vamos a ir de apelación en apelación y no es justo; no hay derecho. Le voy a pedir el favor de que termine la Fiscalía de presentar sus testigos y cuando solo falte ese damos la discusión y ahí me pronuncio yo."[16]

---

[14] Minuto 00:01:38, registro 66001600003520130535018-66001310900620151202171338.mp3
[15] Minuto 00:02:41, ibídem.
[16] Minuto 00:03:47, ibídem.

ALEJANDRO DECASTRO
Abogados y expertos

El Juzgado accede a pronunciarse posteriormente sobre la solicitud de incorporar como prueba de referencia la entrevista de MICHAEL GARCÍA y cita a las partes para continuar el juicio oral al día siguiente, tal y como estaba programado con anticipación[17].

Al día siguiente, una vez instalada la audiencia, el 3 de diciembre de 2015, comparece el señor MICHAEL GARCÍA a la sala de audiencias y se procede a recibirle testimonio[18].

La Fiscalía comenzó interrogando al testigo por espacio de 50 minutos[19], solicitó un receso para instalar un computador con el cual utilizar la entrevista video grabada del testigo[20] y continuó el interrogatorio por espacio de una hora catorce minutos, haciendo uso de la entrevista durante el interrogatorio[21]. El interrogatorio directo de la Fiscalía al testigo MICHAEL GARCÍA duró en total 2 horas 5 minutos. Luego del contrainterrogatorio de la defensa, la Fiscalía le formuló el re-directo al testigo por espacio de 36 minutos[22]. En total, la Fiscalía preguntó al testigo por espacio de dos horas y cuarenta minutos. El testigo contestó todas las preguntas que le formularon las partes.

Consta en el audio que la Fiscalía interrogó al testigo respecto de la existencia de la entrevista rendida por él antes del juicio, ante lo cual él reconoció la existencia de la misma, así[23]:

Fiscal. ¿Don Michael, usted ha rendido esta versión anteriormente, ha contado estos hechos a otras personas?

Testigo. ¿A otras personas? No

Fiscal. Nadie. ¿Usted ha sido entrevistado por Policía Judicial?

Testigo. Sí, abajo en, ¿cómo es que se llama eso?, en el comando de la Policía de debajo de la sur, sí, allá fui

Fiscal. Usted fue a la sur

Testigo. Sí

Fiscal. ¿Y allá quién lo entrevistó?

Testigo. Un policía en un escritorio, yo no me acuerdo quién

AD Abogados y expertos

---

[17] Minuto 00:04:02, ibídem.
[18] A partir del minuto 0:01:56 del registro 660016000035201305350l9-660013109006201512031002S4.mp3
[19] Minuto 0:05:38 a 0:55:04, ibídem
[20] Registro 660016000035201305350 20-660013109006201512031059S6.mp3
[21] Registro 660016000035201305350 21-660013109006201512031125 21.wma
[22] A partir del minuto 0:29:27 del registro 660016000035201305350 22-660013109006201512031432 16.mp3
[23] Minuto 0:45:22, registro 660016000035201305350 19-660013109006201512031002S4.mp3

Luego la Fiscalía obtuvo respuestas del testigo acerca de cómo se desarrolló la entrevista y en cierto momento se presentó la necesidad de refrescar su memoria[24]:

Fiscal. Cuando usted fue entrevistado, quiere indicarle al señor juez, ¿cómo se desarrolló esa entrevista? ¿Cómo fue?

Testigo. Primero que todo, Mauricio me entrevistó así con un lapicero y me dijo dizque: "¿Y que ellos le dieron plata a usted?", como metiéndome como una especie de temor ahí

Fiscal. A ver, Mauricio, ¿de qué Mauricio estamos hablando?

Testigo. Del que me entrevistó ese día

Fiscal. Ah, a usted lo entrevistó alguien de nombre Mauricio

Testigo. Sí

Fiscal. ¿Quién más estaba en esa entrevista?

Testigo. Y fueron a la...antes de eso...

Fiscal. ¿Quién más estaba en esa entrevista?

Testigo. Uno que es como costeño, uno gordito, no me acuerdo el nombre.

Fiscal. ¿En dónde le hicieron esa entrevista?

Testigo. En el GAULA

Fiscal. ¿En dónde queda el GAULA?

Testigo. Pues, el que queda por allá por Maraya

Fiscal. Por Maraya, bueno. ¿Qué narró usted en Maraya, qué dijo usted de estos mismos hechos en Maraya?

Testigo. Antes de que me entrevistaran por...

Fiscal. No, ¿qué dijo usted?

Testigo. Pues, lo que estoy contando

Fiscal. No, ¿qué dijo usted en esa entrevista?

Testigo. Lo que estoy contando. ¿Tengo que repetir?

Fiscal. ¿No se le olvida nada?

Testigo. No sé, no...

[24] Minuto 0:50:31, ibídem.

Fiscal. **¿Le refresco con el video?**

Defensa. Objeción, señoría. Falta de bases. La Fiscalía pretende es que veamos el video que quería como prueba de referencia. Aquí está el testigo y no hay bases, objeción.

Fiscal. Su señoría, si me deja efectuar. ¿Usted en ese video, en esa entrevista en video, dijo lo mismo que dijo acá o cambió en algo?

Testigo. No, que yo recuerde dije lo mismo. No sé si...

Fiscal. Que usted recuerde

Testigo. Sí, no sé si faltó algo, no sé

Fiscal. ¿Le dijo al señor Mauricio la forma en que usted salió de su casa para abordar el vehículo con esas personas de Medellín en forma distinta a lo que dijo acá?

Testigo. **Es que no recuerdo qué más dije en esa entrevista.**

Fiscal. No lo recuerda.

Testigo. Fue hace dos años, no me acuerdo. Y en esa entrevista estaba muy asustado, yo nunca había estado en frente de...de así de, como le digo, de la ley o algo

Fiscal. Su señoría, **la Fiscalía solicita autorización de exhibirle la entrevista en los apartes que dice el señor no recordar**

Defensor. Sí, señoría. Aclaro, que lo haga en silencio con unos audífonos porque es para refrescar memoria, no se puede exhibir públicamente

Juez. Bueno

Fiscal. Su señoría, dejo constancia que la entrevista en mención se encuentra embalada y rotulada con registro de cadena de custodia. Solicito un receso de 10 minutos para organizar el sistema, su señoría.

Juez. Bueno, vamos a hacer un receso entonces de 10 minuticos

Cuando se reanuda la audiencia se escucha lo siguiente[25]:

Fiscal. Su señoría, entonces, ya tenemos organizado el video correspondiente. Entonces, como el interés de la defensa es que usted no escuche en el momento en que el señor refresque memoria, entonces, yo le solicito me dé un espacio con el señor para efectos

[25] Registro 66001600003520130535020-66001310900620151203105956.mp3 a partir del minuto 0:00:02.

de que él pueda refrescar memoria escuchando el registro sin su presencia.

Defensor. Yo también hago esta observación porque es que se refresca memoria en silencio, no en voz alta, señor juez. Que le indique al testigo –y la defensa va a controlar eso- el minuto exacto que tiene que escuchar. Yo me opongo a que le ponga a oír toda la entrevista. Le tiene que refrescar memoria sobre los puntos, y aquí los tengo anotados, donde él dijo "no recuerdo" y el primero, o el más reciente que acabó de decir, es sobre si él recuerda cómo salió de la casa. Entonces, que le ubique la señora fiscal y la defensa confronta el minuto, no le puede poner a escuchar toda la entrevista porque...

Juez. ¿Cuánto dura la entrevista?

Defensor. Dura casi media hora

Fiscal. 36 minutos

Juez. Entonces, tiene que escucharla usted toda para saber qué

Fiscal. Sí, la voy a marcar. Si me da ese...su señoría, gracias

Juez. Entonces, un receso de qué, cuánto tiempo para esto

Fiscal. Media hora, su señoría

Juez. Bueno, vamos a hacer un receso de media hora, entonces

Luego la Fiscalía anuncia que va a utilizar el CD con la entrevista para refrescarle memoria al testigo[26]:

Fiscal. Gracias señoría. Entonces, **para efectos de refrescarle memoria al señor testigo**, solicito entonces para que él se sirva a escuchar la parte del video, de la entrevista en video que fue recepcionada por Policía Judicial; refresque memoria y haga las manifestaciones ante la judicatura de acuerdo a lo que quiera manifestar luego de refrescar memoria en ese punto

Juez. Pero a ver, entonces va a ser sobre... ¿Va a escuchar toda la entrevista o va a escuchar ciertos aspectos? A ver, explíqueme porque entonces yo no he podido entender qué es lo que...

Fiscal. Bueno su señoría. Hay algunos aspectos que el señor testigo no ha expuesto acá y que yo sé que no ha expuesto porque en la entrevista en video las manifestó al investigador. Son de importancia para la Fiscalía que las exprese en la audiencia de juicio oral, si él manifiesta no recordarlas, entonces, le voy a poner de presente el contenido de esos apartes en lo atinente a lo que le estoy interrogando para efectos de que él refresque su memoria y nos diga lo que a bien él tenga, bajo la gravedad del juramento y eso es lo que se pretende

[26] Minuto 0:00:08, registro 66001600003520130535021-66001310900620151203112521.wma

hacer.

Juez. Está bien

Defensor. Es que así debe ser, de la parte específica donde él no se acordaba para que refresque memoria

Luego en el audio se escucha que la Fiscalía comienza a refrescarle memoria al testigo mediante el procedimiento de hacerle escuchar "para sí" (mediante el uso de un audífono) ciertas partes de la entrevista video grabada, para luego interrogarlo sobre lo que acababa de escuchar; la defensa escuchaba de forma independiente la parte que se le indicaba al testigo; por ejemplo, véase este pasaje que muestra cómo se aplicó este procedimiento[27]:

Fiscal. Vamos, su señoría, a refrescar memoria con respecto al nombre de la otra persona en el número 10:20

Defensor. 10:20, ¿a cuál? Señoría, ¿hasta dónde? Le pido que la Fiscalía, por favor aclare

Juez. ¿10:20 hasta?

Fiscal. Señoría, 10:20 a 10:50. ¿Refrescó memoria usted?

Testigo. José Manuel

Más adelante, y por segunda vez, la Fiscalía pretendió reproducir en audiencia la integridad de la entrevista video grabada que le fue tomada al testigo, ante lo cual se escucha lo siguiente[28]:

Defensor. Pues cómo se hace, señor juez, me opongo. Es que usted no tiene que acceder a **una información que no es una prueba**, ahí está el testigo. El testigo no recuerda, la señora fiscal le refresca la memoria... Que siga desarrollando el interrogatorio. Eso no lo podemos escuchar acá, **eso no es una prueba**

Juez. A ver...

Defensor. Quería, pues, que entrara como prueba referencia, pero es que no se puede hacer

Fiscal. Objeción su señoría, ¿cómo así? Usted no sabe que es lo que quiero yo señor defensor y me respeta en ese punto... en ese punto me respeta

Defensor. Eso manifestó usted ayer, usted lo manifestó...

Fiscal. Claro, que si él no viene a prueba de referencia... ¡Claro!

---

[27] Minuto 0:09:09, registro 66001600003520130535021-66001310900620151203112521.wma

[28] Minuto 0:24:04, ibídem.

Defensor. Ahí lo tiene (*señalando hacia donde se encuentra sentado el testigo declarando*)

Fiscal. Bueno, aquí está, **y es que si no me contesta es testimonio adjunto**

Defensor. Señoría, el testigo está contestando, que continué el interrogatorio

Fiscal. Entonces sirva a manifestar lo que el señor capitán le hizo... Las expresiones que el señor capitán le hizo a usted conforme a la entrevista que usted acabó de refrescar memoria

Testigo. Sí, el señor capitán...Yo no tuve dialogo con él ese día, casi. Él nada más me dijo que...éramos hablando de Junior, que quién era y ya...

La Fiscalía incluso le impugnó credibilidad al testigo, esto es: le hizo preguntas confrontando lo que él dijo en el juicio con lo que dijo en la entrevista, indicándole en voz alta las manifestaciones contenidas en la entrevista, como se aprecia en los siguientes eventos:

Fiscal. **En su declaración en video manifestó usted** que el capitán le estaba "metiendo miedo" ¿En dónde dijo usted la verdad? ¿En la filmación, en la entrevista filmada o en lo que está diciendo acá?[29]
(...)

Fiscal. En este momento... **¿Y respecto a lo que dijo en la entrevista** respecto de que el señor capitán les estaba "metiendo miedo"?, ¿qué tiene para manifestar?[30]
(...)

Fiscal. Pero cuando usted dijo: *"El segundo de gorra, el capitán, que era el que estaba metiendo más miedo"*, ¿A qué hizo referencia entonces usted? **Porque así lo dijo en esta entrevista**[31]
(...)

Fiscal. **Dijo usted en su entrevista** que accedió a ir con ellos porque estaba asustado, ¿eso es verdad o es mentira?[32]

A todas estas preguntas el testigo dio contestación. Es más: en múltiples oportunidades el testigo admitió las manifestaciones que hizo en la entrevista y por las que le preguntaba la Fiscalía[33]:

Fiscal. Dice usted que, en su entrevista, que vio cómo estaban cargando la pistola

---

[29] Minuto 0:25:03, registro 660016000035201305350 21-660013109006201512031125 21.wma
[30] Minuto 0:25:17, ibídem.
[31] Minuto 0:25:42, ibídem.
[32] Minuto 0:28:39, ibídem.
[33] Minuto 0:29:35, ibídem.

AD Abogados y expertos

Testigo. No sé si la cargaría, yo vi que la manipuló, pero no vi si la montó o no, o no sé si la montó

Fiscal. No, no. Listo, Michael. **En su entrevista dijo** que la estaban cargando, que la estaban montando

Testigo. Sí

A lo largo del interrogatorio el testigo fue requerido por la fiscal para que escuchara nuevamente la entrevista a fin de dar respuesta a preguntas relacionadas con lo dicho en esa oportunidad, y el testigo no se negó a ello[34]:

Fiscal. Dice en el minuto 14:40, en la entrevista que usted escuchó, que cuando iban llegando donde Junior, él montó la pistola...

Testigo. No

Fiscal. ¿Lo escuchamos?

Testigo. ¿Puedo escucharlo otra vez?

Fiscal. Su señoría, ¿Puede escucharlo otra vez? Quiere indicarle al señor juez qué narración de hechos dio usted cuando dijo que el vehículo iba por la 17 para la 3

Testigo. **Yo sí dije** que él la cargó, pero yo no dije en qué punto la cargó, si antes de...Yo dije que él la había cargado cuando me subí al carro, pero no hago referencia si fue antes de que se bajaran, ni nada

En este pasaje se muestra como una vez más el testigo admite lo que dijo en la entrevista por causa de la pregunta de la Fiscalía que le incluye la información sobre lo declarado anteriormente, con lo que queda absolutamente claro que la Fiscalía pudo impugnar credibilidad mediante el uso de la entrevista del testigo[35]:

Fiscal. ¿Recuerda usted haber dicho en la entrevista que subieron "braveado a Junior"? ¿Lo dijo usted en la entrevista o no lo dijo?

Testigo. Sí, yo lo dije

En esencia, el audio da cuenta de que el testigo se retractó de lo manifestado en algunas partes de lo declarado en su entrevista, informando las razones precisas para ello y por qué algunas de las informaciones que daba en el juicio eran la verdad. Y en otras materias el testigo expresó en juicio lo mismo que dijo en la entrevista. MICHAEL GARCÍA **fue claro en manifestar en juicio oral, bajo juramento, que VALDIVIESO, la presunta víctima, se subió VOLUNTARIAMENTE al vehículo y que nunca vio que se cometiera un secuestro contra esa persona**. En el juicio el testigo MICHAEL expresó: "Acá estoy diciendo la verdad delante del juez" y agregó refiriéndose a VALDIVIESO: "Que a él lo subieron a la brava, no...eso no es verdad"; indicó que por lo que él vio eso no era un secuestro pues "Porque a él no lo...él iba andando ya solo y él

[34] Minuto 0:31:36, ibídem.
[35] Minuto 0:35:59, ibídem.

mandó el pie, él no lo amenazaron ni con la pistola ni con nada. Nada, él se subió solo, hasta él colocó la mano y se subió"[36].
El testigo también dio las razones de su variación respecto de algunos aspectos consignados en la entrevista, entre los cuales conviene recordar este[37]:

> Testigo. El que me estaba metiendo temor antes...eran sus investigadores
>
> Fiscal. Mis investigadores le dieron temor antes. ¿Cómo le dieron temor antes?
>
> Testigo. Que ellos eran una oficina de cobro, que hacían allanamientos ilegales, que era una gente muy mala de Medellín
>
> Fiscal. Bueno, entonces, eso le generó a usted temor
>
> Testigo. Sí, me dio miedo

En cierto momento, aun sin terminar su interrogatorio al testigo que se encontraba respondiéndole todas las preguntas, la Fiscalía solicitó por tercera vez que se exhibiera la entrevista completa en la audiencia, y más aún: que se incorporara al juicio como prueba de referencia. Esto es lo que se escucha en el audio[38]:

> Fiscal. Señoría, solicita la Fiscalía General de la Nación, se sirva a tener como testimonio adjunto la grabación de la entrevista efectuada en forma fílmica al señor Michael García; toda vez que en ellas se han evidenciado ciertas contradicciones, razón por la cual es menester de la judicatura hacer un análisis concienzudo de las manifestaciones anteriores que hiciera la víctima. Teniendo en cuenta, igualmente, su señoría, que en lo que ha manifestado con posterioridad al refrescar memoria ha efectuado narraciones de los hechos que no fueron consistes ni coherentes al inicio de la declaración que el mismo tuvo, razón por la cual, su señoría, solicito se tenga como prueba de referencia la entrevista efectuada al señor Michael García Jiménez.
>
> Defensor. Señoría, pido le niegue la solicitud a la Fiscalía mediante una orden, por las siguientes razones elementales: La figura del testigo adjunto no existe, tan no existe que la Fiscalía tiene que explicar luego que es una prueba de referencia. Y no lo es porque el fundamento principal de la prueba de referencia es que el testigo no esté disponible. De hecho, la misma fiscal, el día de ayer, hablaba que le admitieran esta entrevista como prueba de referencia aduciendo que no lo habían podido localizar y que se habían agotado los medios para ubicarlo y había sido imposible y ese supuesto hecho esta desvirtuado desde que el señor entra por la puerta y se sienta y le toman el juramento y está declarando hace hora y media. Entonces, el testigo está disponible.
>
> Tuvo la oportunidad la Fiscalía y, de hecho, en exceso, de usar la manifestación anterior, esto es la entrevista, como a bien tuviera. Nadie

---

[36] Minuto 0:16:31, registro 660016000035201305350 22-660013109006201512031432 16.mp3
[37] Minuto 0:39:17.
[38] Minuto 0:47:08, ibídem.

le tiene que decir cómo hacerlo, pero ella decidió usarla mediante la metodología del refrescamiento de memoria y fue más allá. Y después de refrescarle memoria prácticamente le impugnó credibilidad, porque cuando la fiscal le dice: "usted dijo en la entrevista, tal cosa", el testigo le daba respuesta. Aclaremos: el testigo no estuvo callado, el testigo no adoptó una actitud silente que le impidiera materialmente al ente acusador desarrollar un interrogatorio e incluso, impugnar credibilidad. Entonces, sobre la base de que un testigo está disponible, es absolutamente inadmisible que pretendan que usted se contamine con una información recibida por la Policía Judicial por fuera del juicio, que no es una prueba, por disposición legal.

Dice la Fiscalía que la razón de ser de su solicitud es que hay ciertas contradicciones entre la entrevista y la declaración bajo juramento. Señor juez, para eso existe la figura de la impugnación de credibilidad del testigo, y la usó, y evidenció en esta audiencia las que ella considera, ahora veremos, si lo son o no, contradicciones. Entonces, lo único que pretende la Fiscalía es, que usted prácticamente vaya al GAULA hace dos años y tenga conocimiento de una entrevista como si el señor aquí no estuviera presente y no le estuviera dando respuesta a todos los interrogantes. No hay una sola jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Le repito, no hay una sola jurisprudencia que autorice el procedimiento que está tratando de hacer valer la Fiscalía en este caso. "Testimonio adjunto", no existe y, como no existe, la decisión debe resolverse mediante una orden porque lo que se busca es, o lo que finalmente tendría como efecto esto, es impedir el desarrollo normal de la audiencia.

ADD Abogados y expertos

Le pido señor juez que niegue la decisión y continuemos practicando el testimonio del señor Michael.

Juez: Bueno, muchas gracias señor defensor. Bueno, ¿qué ocurre en este asunto? El señor Michael, ha venido, ha comparecido a esta audiencia y ha rendido un testimonio o está rindiendo un testimonio bajo la gravedad de juramento. Está exponiendo unos hechos sobre lo que a él le consta, en este asunto particular y en desarrollo de su testimonio, pues, se ha presentado unas contradicciones con una entrevista que rindió ya hace cerca de dos años y que fue tomada por miembros del CTI del GAULA.

¿La señora fiscal qué ha hecho? Simplemente, pues hemos escuchado aquí que...o ha sucedido que el señor ha escuchado nuevamente su entrevista en los hechos particulares sobre los que la señora fiscal ha tenido interés de interrogarlo y, **obviamente, hay unas contradicciones palpables, evidentes y esas las he podido tener en cuenta yo en estos momentos y advertir contradicciones palpables entre lo que ha declarado en este juicio y lo que declaró en esa entrevista**, o sea, que no hay necesidad de que esa entrevista a través de ese CD se incorpore a este juicio porque es que yo ya tengo claridad sobre una y otra cosa.

Él está declarando, está dando una versión sobre los hechos y a la vez también **hay unas contradicciones y eso será tema de valoración** cuando yo adopte la decisión correspondiente. Entonces, no tendría ninguna razón de ser que entrara en estos momentos esa entrevista

como prueba o como testimonio adjunto porque está declarando precisamente el señor Michael y se le han sido puestas de presente ante este juez y esas contradicciones y eso, pues, será lo relevante a considerar cuando se vaya a dictar la correspondiente sentencia.

Entonces, en ese sentido la orden es que continuemos con esto y no se va a admitir obviamente como testimonio adjunto esa entrevista porque ya hay claridad sobre esos aspectos en los que hay contradicciones. Esa es la decisión del despacho. Vamos a continuar.

Fiscal. Recurso, su señoría

Juez. No porque es una orden que yo estoy dando

Fiscal. Una orden... Orden... Listo su señoría

Su señoría, solicito me permita la prueba de referencia para efectos de que el señor testigo le pueda indicar si conoce a la persona que le voy a poner de presente en él

Luego la Fiscalía continúa preguntándole al testigo hasta agotar el interrogatorio directo. Después la defensa formula el contrainterrogatorio, terminado lo cual la Fiscalía formula el re-directo y la defensa culmina con el re-contrainterrogatorio de MICHAEL GARCÍA[39].

3. La nulidad es manifiestamente improcedente

En la audiencia preparatoria la Fiscalía NO solicitó como prueba de referencia la entrevista recibida a MICHAEL GARCÍA JIMÉNEZ. Por el contrario, la Fiscalía solicitó se escuchara a esta persona en calidad de testigo, y así fue decretado.

Por lo tanto, NO ES CIERTO lo señalado en la solicitud de nulidad cuando se afirma que el CD que contiene la entrevista recibida a MICHAEL GARCÍA por fuera del juicio (en las instalaciones del GAULA) "fue enunciado en la audiencia preparatoria, incluso a fin de ser utilizado como prueba de referencia"[40].

No es verdad lo que se menciona en la solicitud de nulidad: que cuando el juez se negó a aceptar la incorporación del CD que contiene la entrevista de MICHAEL GARCÍA estamos ante "la negativa de una prueba, ya anunciada, descubierta y ordenada"[41].

Señores Magistrados: Una entrevista no es una prueba[42], y en la audiencia preparatoria jamás se ordenó "como prueba" la entrevista de MICHAEL GARCÍA, eso que se afirma en la solicitud de nulidad es completamente contrario a la realidad de lo ocurrido en este caso. Esa entrevista, como todas las demás en este caso, se descubrió, y eso era suficiente para poder utilizarla en juicio a fin de refrescar memoria e impugnar credibilidad, como de hecho lo hizo la Fiscalía en este caso con el testigo MICHAEL GARCÍA respecto de su propia entrevista.

---

[39] Registro 66001600003520130535022-66001310900620151203143216.mp3.
[40] Página 1 EA.
[41] Página 3 EA.
[42] Art. 347 C.P.P.

Es claro que la Fiscalía confunde el concepto de *descubrimiento probatorio* con el *decreto de pruebas*; y la *utilización* de las entrevistas en juicio con su *incorporación* como prueba autónoma e independiente.

El hecho de que una entrevista sea "descubierta y enunciada" en la audiencia preparatoria no habilita para incorporarla como prueba al juicio oral, como lo entendió la Fiscalía durante el juicio y lo reitera ahora al solicitar la nulidad; mucho menos puede convertirse en prueba esa entrevista cuando el testigo entrevistado CONCURRE a la audiencia y es ampliamente interrogado de acuerdo a la ley. Que "en la preparatoria se mencionaron dichos documentos para ser tenidos en cuenta en el juicio oral"[43] no significa que fueron decretados como pruebas. Su descubrimiento solo habilitaba su utilización para refrescar memoria o impugnar credibilidad.

Algunas de las declaraciones obrantes en el proceso disciplinario adelantado en contra de uno de los procesados fueron utilizadas por la defensa para impugnar credibilidad, o refrescar memoria, previo descubrimiento a la Fiscalía, pero jamás se solicitó la incorporación como prueba de esas declaraciones previas. Mal podía el juez brindarle un trato distinto a la Fiscalía, como pretendió en su momento y lo insiste ahora, permitiéndole ingresar como prueba una entrevista de un testigo presente en el juicio con la cual se le estaba permitiendo refrescar memoria e impugnar credibilidad.

La figura del "testimonio adjunto", como tal, no existe en la jurisprudencia colombiana. Esta es una noción que se ha difundido en ciertos círculos académicos a partir de una lectura muy particular de la jurisprudencia. Existe la prueba de referencia, por cuya virtud se incorpora una manifestación de un testigo que no está disponible para declarar en juicio. El testimonio rendido en juicio *se complementa* con las manifestaciones anteriores del testigo cuando lo integran mediante la impugnación de credibilidad o el refrescamiento de memoria. La tesis del testimonio adjunto que se aduce para fundamentar la solicitud de nulidad no existe y prueba de ello es que la Fiscalía nunca le señaló a la judicatura cuál es la jurisprudencia donde se aplica esa figura.

Las entrevistas de los testigos son típicas pruebas de referencia, esto es: declaraciones recibidas por fuera de la audiencia de juicio oral que son utilizadas para probar la verdad de lo aseverado en ellas[44]. La prueba de referencia parte del supuesto de que el testigo NO ESTÁ DISPONIBLE para declarar en juicio, y es por eso que surge la necesidad de incorporar al juicio su versión contenida en una declaración anterior al juicio, en vista de que no se cuenta con su testimonio directo. De hecho, nótese como en este caso se introdujeron al juicio como prueba de referencia dos entrevistas que rindió por fuera del juicio la presunta vJORGE LUIS VALDIVIESO LUCAS, precisamente porque se trató de ubicar al testigo con resultados negativos, por lo que ÉL NO ESTABA DISPONIBLE para declarar en juicio.

La solicitud de nulidad debe negarse porque desconoce lo básico: Cuando un testigo concurre al juicio a declarar y contesta todas las preguntas que le formulan las partes, se puede concluir que el testigo ESTÁ DISPONIBLE, por lo que es de entrada descartable la idea de incorporar al juicio oral su entrevista previa.

---

[43] Pág. 3 EA.
[44] Art. 437 C.P.P.

Distinto sería el caso en que un testigo asista al juicio y, por ejemplo, se niegue a contestar las preguntas formuladas, evento que quizá se pueda asimilar a un testigo no disponible. PERO SI EL TESTIGO ASISTE AL JUICIO Y RESPONDE LAS PREGUNTAS DE LAS PARTES, ¿QUÉ SENTIDO TIENE INCORPORAR COMO PRUEBA SU ENTREVISTA? ¿PARA QUÉ SE ENCUENTRA ENTONCES EL TESTIGO DECLARANDO EN JUICIO? La práctica consistente en incorporar la entrevista de un testigo que asiste y declara en juicio es un claro rezago del procedimiento escrito de tendencia inquisitiva previsto en la Ley 600 de 2000, donde de lo que se trataba era de "armar un expediente" con documentos, entre ellos las varias declaraciones que hubiere rendido el testigo.

Por supuesto que esas declaraciones anteriores del testigo, rendidas por fuera del juicio oral, pueden ser UTILIZADAS durante la práctica del testimonio en juicio. Pueden USARSE para *refrescar memoria o para impugnar credibilidad*, sometiéndose a la técnica aplicable a cada uno de estos dos procedimientos. Esto no autoriza a que la manifestación anterior se INCORPORE al juicio como prueba, pues lo que ingresa como prueba es el testimonio del testigo rendido en juicio, que se *complementa* con sus declaraciones anteriores en la medida en que la parte interesada las utilice para esos dos exclusivos propósitos.

El hecho de que el testigo se contradiga o retracte con respecto a lo declarado antes no habilita la incorporación como prueba de la entrevista donde reposa la contradicción, sino su uso a efectos de impugnar credibilidad; simplemente que el testigo no recuerde algo manifestado con anterioridad no autoriza la incorporación de lo declarado antes, sino su uso para refrescarle la memoria. Y como estas manifestaciones anteriores son pruebas de referencia el juez no debe tener acceso directo y completo a las mismas sino a las partes pertinentes que sean usadas por la parte interesada con arreglo a la técnica aplicable, bien para impugnar credibilidad o para refrescar memoria. Es que, en el sistema acusatorio, a diferencia de lo previsto en la Ley 600 de 2000, el juez solo puede formar su conocimiento "fundado en las pruebas debatidas en el juicio"[45] y las entrevistas son por definición practicadas antes del juicio oral.

En punto al refrescamiento de memoria, la doctrina de manera unánime explica que este procedimiento implica que **el testigo LEA EN SILENCIO la declaración previa para recordar**, y de este modo quien lo examina obtiene la información que el testigo ha olvidado. **El juzgador no debe acceder al contenido de la declaración previa que lee el testigo**. Cuando el testigo recuerda y declara lo que antes olvidó ese hecho *complementa su testimonio*. La doctrina enseña al respecto:

> "Una vez realizados los pasos anteriores, estamos en condiciones de utilizar la declaración previa para que el testigo o perito pueda recordar aquel punto de su declaración que generó el escenario de duda. ¿Cómo se utiliza? **Se solicita al testigo que lea en silencio (para sí) aquella porción de la declaración previa relevante al punto** (la que normalmente debe haber sido marcada por el abogado para que el testigo la identifique en forma rápida y sin problemas).
>
> **La razón de la lectura en silencio obedece a que la declaración previa, como hemos dicho, no puede ser valorada por el tribunal ya que no se trata de una declaración en juicio**. Por lo mismo, lo que esperamos es que el testigo, sobre la base de su memoria refrescada por la lectura, sea

[45] Art. 381 C.P.P.

capaz en el juicio de ofrecer testimonio sobre la pregunta realizada. Por eso, una vez que concluye su lectura le pedimos la declaración de vuelta y repetimos la pregunta original que dio lugar al escenario de duda. Aquí el testigo tendrá oportunidad de responder a viva voz con información que sí constituye prueba –testimonio, con cualquiera que sea el impacto en credibilidad generado por el hecho de haber tenido que refrescar la memoria– y que, en consecuencia, puede ser valorada por el tribunal para la decisión final del caso"[46]. (Resaltado propio)

Como ya pudo notarse con la transcripción que se hizo aquí de los registros de la audiencia, la Fiscalía refrescó la memoria del testigo como debía hacerlo, esto es: sin permitirle al juez que conociera la totalidad del contenido de la entrevista. Cuando se refresca memoria el testigo debe "leer en silencio" la declaración anterior para de ese modo recordar lo olvidado; pero cuando la declaración previa está contenida en un audio, como en este caso, no hay nada para leer, es necesario que el testigo escuche "para sí" o en silencio, lo cual explica por qué fueron utilizados audífonos en este caso durante la utilización de la entrevista video grabada para refrescar memoria.

En cambio, cuando se impugna credibilidad el procedimiento es distinto, pues la parte contenida en la manifestación anterior que resulta contradictoria con lo declarado en juicio se debe leer en voz alta, para el registro, bien por parte de quien interroga o del testigo.
De este modo, lo declarado antes *complementa lo declarado en juicio*, sin que sea necesario ni legítimo incorporar como prueba la declaración anterior donde consta la contradicción. También es claro que, en este caso, según lo que señalan los registros de la audiencia, que la Fiscalía hizo uso de este procedimiento con el testigo MICHAEL GARCÍA, al ponerle de presente las partes de los dichos contenidos en su entrevista que eran contrarios a lo manifestado en juicio.

Una de las primeras providencias relevantes al iniciar la vigencia del sistema acusatorio se ocupó de este tema para "desarrollar la jurisprudencia en un tema trascendental en el procedimiento del sistema acusatorio oral, a saber, el alcance, naturaleza y eventual validez de las entrevistas o interrogatorios de verificación tomadas por fuera del juicio". Esta línea de pensamiento permanece inalterada en la jurisprudencia nacional:

> "Por lo tanto, a diferencia del sistema procesal preexistente, la etapa del juicio en el nuevo procedimiento se constituye en el centro de gravedad del proceso penal. Como ha de recordarse, en el esquema de la Ley 600 de 2000, al comenzar el juicio ya existe un recaudo probatorio importante con vocación de permanencia, pues es durante la etapa de la investigación a cargo exclusivo de la Fiscalía donde se practican por lo general la mayoría de las pruebas que luego sirven en el juicio para sustentar el fallo respectivo. En el nuevo régimen, la construcción probatoria cambia de escenario, se abandona el principio de permanencia y en su lugar se activan con rigor los de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración. En este contexto, *prueba es la que se practica en el juicio oral ante el juez de conocimiento*, y sólo ella puede suministrar el fundamento de la sentencia sea absolutoria o condenatoria.

[46] BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., *Mauricio, Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, Disponible en: http://cec.mpba.gov.ar/sites/default/files/jxj/150409_litigacion_penal.pdf

De tal forma que los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas recaudadas en las anteriores etapas del proceso, -indagación e investigación- si bien sirven de soporte para imponer medidas de aseguramiento o medidas cautelares, o para restringir otros derechos fundamentales, no tienen efecto por sí mismos en el juzgamiento, es decir, no sirven para fundamentar una sentencia, pues ésta, se reitera, ha de estar soportada en las pruebas aducidas durante el juicio oral, de acuerdo con el principio de inmediación inserto en el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004, que señala que el "*juez deberá tener en cuenta como pruebas* ***únicamente*** *las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional*" (se ha destacado).

(...)

Ahora bien, aunque la entrevista, la declaración jurada y el interrogatorio no son **pruebas** por sí mismas, porque como ya se vio se practican fuera del juicio, sin embargo, cuando son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el juicio para dos fines específicos: a) para refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d) y b) para impugnar la credibilidad del mismo ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (artículos 347, 393-b y 403).

(...)

Es claro para la sala, como lo fue para el Fiscal y la Procuradora Delegada que intervinieron en la audiencia de sustentación del recurso de casación, que A TRAVÉS DE ÉSTE MECANISMO NO SE PUEDE INTRODUCIR LA DECLARACIÓN PREVIA COMO **PRUEBA** AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE, pues como claramente lo expone la ley, la finalidad de su utilización es aportar al juicio un elemento que permita sopesar la credibilidad de las afirmaciones del testigo en el juicio oral. Pero lo que no puede admitirse es que el juez tenga que sustraerse por completo al conocimiento que obtiene a través de ese medio legalmente permitido, cuando previamente, con su lectura y contradicción, se han garantizado los principios que rigen las pruebas en el sistema de que se trata.

(...)

Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo EL CONTENIDO DE LAS DECLARACIONES PREVIAS SE APORTAN AL DEBATE A TRAVÉS DE LAS PREGUNTAS FORMULADAS AL TESTIGO y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

(...)

NO SE TRATA, SE REITERA, DE QUE LA DECLARACIÓN PREVIA ENTRE AL JUICIO COMO PRUEBA AUTÓNOMA, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar

la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público".[47]

En el caso presente, es evidente que la pretensión de la Fiscalía de que se incorporara el CD con la entrevista de MICHAEL GARCÍA era manifiestamente improcedente, y bien hizo el juez en negarla mediante una ORDEN, por lo siguiente:

La solicitud de incorporación de prueba, del CD que contiene la entrevista del testigo, la hizo la Fiscalía en la audiencia de juicio oral, sin que en dicha audiencia ocurriera absolutamente ningún hecho o circunstancia excepcional que habilitara la incorporación de dicha prueba de referencia como sobreviniente. El testigo MICHAEL GARCÍA estuvo en todo momento DISPONIBLE para declarar, pues asistió al juicio y le contestó a la Fiscalía todas las preguntas que le formuló. De hecho, consta en los registros que el Juzgado le permitió a la Fiscalía UTILIZAR el CD contentivo de la entrevista del testigo para refrescarle memoria e impugnarle credibilidad, y de ese modo el ente acusador pudo ponerle de presente al juez las contradicciones entre lo declarado en juicio con lo declarado en la entrevista.

De manera que la Fiscalía no padeció ninguna afectación a sus derechos en cuanto pudo hacer uso de la entrevista del testigo durante la práctica de su testimonio sin que el Juzgado le haya impedido ese ejercicio de ninguna manera. Tan cierto es esto que en el escrito de nulidad se dice lo siguiente:

> "Examinemos el video, y analicemos en conjunto con lo dicho por VALDIVIESO, con lo dicho por HERRERA, con el dicho de MAICOL, que aunque dice que ya creció y entiende las cosas que VALDIVIESO no pagaba lo que debía y tenía que pagar, el dicho en juicio atiende a una valoración no a una narración escueta de los hechos, conforme obraba en la entrevista fílmica que no dejó ingresar el Juez, **pero, e4n (sic) varias veces mencionó** empujones, forcejeos, lo que deduce que VALDIVIESO no iba de manera voluntaria."[48]

Como puede verse, la recurrente admite que el testigo, en "el dicho en juicio", "varias veces mencionó" hechos que aparecen en la entrevista, lo cual se explica por cuanto ese documento video grabado fue utilizado para refrescar la memoria e impugnarle la credibilidad al testigo, y siendo ello así, ¿QUÉ **TRASCENDENCIA** TENDRÍA LA OMISIÓN DE INCORPORACIÓN DE LA ENTREVISTA SI LAS PARTES QUE LE INTERESABAN A LA FISCALÍA FUERON ESCUCHADAS POR EL JUEZ DE BOCA DEL TESTIGO QUE ESTABA DECLARANDO?

Es entones falso lo expresado en la solicitud de nulidad elevada por la Fiscalía en cuanto a que el juez no le permitió "la utilización de la entrevista como lo ordena la Corte."[49]

No es cierto que, por la negativa a incorporar la versión anterior, la entrevista fílmica de MICHAEL GARCÍA, "no es posible la valoración en conjunto de dicha versión"[50], pues las manifestaciones anteriores contenidas en dicha versión

---

[47] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencia del 9 de noviembre de 2006, radicado 25738, MP SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ, subrayas y mayúsculas propias, negrillas en el texto original.
[48] Página 13 EA.
[49] Página 2 EA.
[50] Página 5 EA.

complementaron o integraron la versión rendida por el testigo en juicio y el juez finalmente accedió a ellas, lo cual queda evidenciado al escuchar las razones expuestas por el juez para negarse a incorporar dicha entrevista como prueba:

> "¿La señora fiscal qué ha hecho? Simplemente, pues hemos escuchado aquí que...o ha sucedido que el señor ha escuchado nuevamente su entrevista en los hechos particulares sobre los que la señora fiscal ha tenido interés de interrogarlo y, **obviamente, hay unas contradicciones palpables, evidentes y esas las he podido tener en cuenta yo en estos momentos y advertir contradicciones palpables entre lo que ha declarado en este juicio y lo que declaró en esa entrevista**, o sea, que no hay necesidad de que esa entrevista a través de ese CD se incorpore a este juicio porque es que yo ya tengo claridad sobre una y otra cosa.
>
> Él está declarando, está dando una versión sobre los hechos y a la vez también **hay unas contradicciones y eso será tema de valoración** cuando yo adopte la decisión correspondiente. Entonces, no tendría ninguna razón de ser que entrara en estos momentos esa entrevista como prueba o como testimonio adjunto porque está declarando precisamente el señor Michael y se le han sido puestas de presente ante este juez y esas contradicciones y eso, pues, será lo relevante a considerar cuando se vaya a dictar la correspondiente sentencia".

Esta motivación es absolutamente ajustada a derecho, se basa en la jurisprudencia aplicable y refleja por parte del Juez un claro conocimiento del sistema penal acusatorio.

En el escrito de nulidad se invocan dos precedentes de la Corte Suprema de Justicia[51] para sustentar el supuesto error del juez al negarse a incorporar la entrevista de MICHAEL GARCÍA. Esos precedentes son MANIFIESTAMENTE INAPLICABLES AL CASO. En primer lugar, la Fiscalía los cita apenas nominalmente y sin ningún tipo de análisis o argumentación sobre su contenido. En segundo lugar, si se revisa el contenido de esas decisiones se concluye sin esfuerzo que los mismos recaen sobre hechos absolutamente ajenos al caso presente, sin que impliquen la más mínima analogía que los haga aplicables a este asunto. En efecto:

La providencia 32.595 de 2009 trata el caso de una menor de trece años que sufre un abuso sexual y es entrevistada por una funcionaria del Cuerpo Técnico de Investigaciones en cámara de getzel; como suele suceder en estos casos, el relato es introducido al juicio oral como prueba a través del testimonio de la entrevistadora para que el menor no concurra al juicio a declarar[52]. El problema jurídico estudiado por la Corte fue *si el fallador incurrió en un falso juicio de legalidad al apreciar la valoración psicológica que realizó la investigadora judicial y Sicóloga del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación porque la profesional no es un perito debidamente especializado en la materia y se*

---

[51] Página 5 EA, menciona los radicados 32.595/09 y 28.257/08.

[52] La Ley 1652 de 2013 agregó una nueva causal de prueba de referencia en casos de delitos sexuales. Pero con anterioridad la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia habilitó esta procedencia excepcional de la prueba de referencia a pesar de no estar consagrada expresamente en la ley, para evitar la re-victimización de menores de edad en delitos sexuales, como se aprecia en la providencia 31950 del 19 de agosto de 2009.

abrogó el derecho de realizar entrevista a la víctima, careciendo del estudio que para el caso concreto debe tener.

Salta a la vista que ese precedente no tiene nada que ver con los hechos del caso presente. El testigo MICHAEL GARCÍA acudió a declarar al juicio, pues no se decretó como prueba su entrevista. El caso que estamos juzgando no trata de un delito contra un menor de edad, el señor VALDIVIESO, el presunto secuestrado, era mayor de edad al momento de los hechos. Esta providencia no es aplicable de ninguna manera a este caso para sostener que el juez debió incorporar la entrevista de MICHAEL GARCÍA.

La providencia 28.257 de 2008, también citada en el escrito de nulidad, es semejante a la acabada de analizar. Nuevamente trata sobre un delito sexual contra un menor de edad. La Corte consideró que era procedente acudir al testimonio del experto que entrevista a la víctima menor de edad "el cual no se puede calificar como prueba de referencia, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso." Como puede verse, este caso de presunto secuestro nada tiene que ver con lo que se analizó en esa providencia; el testigo MICHAEL GARCÍA no es perito sino un testigo de los hechos; en consecuencia, él no rindió ningún dictamen del que quepa aplicar las razones plasmadas en dicho precedente.

Por lo expuesto, carece de toda razón la Fiscalía cuando pretende fundamentar jurisprudencialmente la nulidad en providencias que no guardan ninguna analogía con el caso aquí debatido. Nótese que ninguna de las dos providencias citadas menciona siquiera las palabras "testimonio adjunto". Por el contrario, existe jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya citada en este escrito, que respalda absolutamente la decisión del juez para, mediante una ORDEN, no acceder a la petición de la Fiscalía de incorporar como prueba una entrevista de un testigo que se sometió a contestar todas las preguntas que le formularon en el juicio, incluso las que versaron sobre lo declarado por él en la entrevista que se pretendió erradamente incorporar como prueba.

En las páginas 5 a 11 del escrito de 15 páginas que contiene la solicitud de nulidad, la Fiscalía se limita a "cortar y pegar", aleatoriamente, partes de providencias judiciales[53] sobre "la finalidad" del debido proceso, los fines "que cumple" el derecho al debido proceso, las "condiciones que lo caracterizan", que "corresponde a un criterio garantista", es "de obligatorio cumplimiento", que "se ajusta al principio de juridicidad" y "se materializa a través de procedimientos".

De ninguna manera la solicitante le expone a la Sala algún tipo de análisis, si quiera somero, que indique cómo alguno de estos precedentes tiene que ver con el caso presente; no existe en estas 6 páginas del escrito de nulidad una argumentación jurídica que permita entender por qué estas decisiones judiciales demuestran que en este caso se cometió alguna irregularidad. Las citaciones jurisprudenciales son simplemente mecánicas y vacías de cualquier contenido que aporte algo a la sustentación de la solicitud de nulidad.

---

[53] En el escrito de nulidad se mencionan las siguientes providencias: T-442/92, T-419/94, T-027/98, C-214/94, T-073/97, T-431/93, T-140/93, T-157/96, T-516/92, T-043/96, T-604/95, C-070/93, C-541/97, C-093/98, C-095/98, C-007/93, T-404/93, T-445/92, T-001/93, T-347/95, T-055/94, C-037/98, C-150/93, C-372/97 y C-351/94.

NO ES CIERTO, de ninguna manera, que "la judicatura con su obrar omitió la posibilidad de contradicción de la prueba"[54]. Los registros del juicio oral acreditan sin asomo de duda que **la Fiscalía tuvo toda la oportunidad** que quiso –y la ejerció sin que el juez interfiriera- para interrogar a su testigo MICHAEL GARCÍA; **haciendo incluso uso del CD contentivo de la entrevista recibida antes del juicio**. A la Fiscalía nunca se le impidió este procedimiento y, por virtud del mismo, pudo cuestionar la versión del testigo, rendida en juicio a partir de las declaraciones dadas por fuera del juicio. Es evidente que el derecho de contradicción de la prueba de la Fiscalía fue respetado por el juez en su integridad. Es por esto que la solicitud de nulidad carece del más mínimo fundamento.

NO ES CIERTO, bajo ninguna circunstancia, que "mediante una orden emitida se vulneró el principio de la doble instancia afectando el Artc. (sic) 20 del C.p.Penal (sic), las normas que remiten a normatividad que faculta la doble instancia a la negativa en práctica e incorporación de pruebas en juicio"[55].

El escrito de nulidad vuelve a pasar por alto que la entrevista del testigo MICHAEL GARCÍA no era una prueba ni fue solicitada como prueba en la audiencia preparatoria. El testimonio era la prueba, no la entrevista, de donde el juez no "negó una prueba" cuando se abstuvo de incorporar la entrevista.

Cuando la Fiscalía solicitó en juicio la incorporación de la entrevista del testigo al que aún no había terminado de interrogar, incurrió en una solicitud manifiestamente impertinente y en una conducta dilatoria que atentaba contra la buena marcha de la audiencia de juicio oral. Por eso la negativa del juez, que por cierto fue MOTIVADA- aunque no tenía que serlo-, se hizo mediante una ORDEN que no tiene recursos. No se violó entonces la doble instancia porque no había derecho a apelar esa decisión de mero impulso procesal.

La más reciente jurisprudencia proferida sobre la materia en sede de tutela por la Corte Suprema de Justicia confirma que la decisión del juez de negar lo solicitado por la Fiscalía mediante una ORDEN fue completamente ajustado a derecho.

La Corte analizó un caso en el cual, en el curso de la audiencia de juicio oral, cuando la defensa se disponía a presentar su prueba, la Fiscalía, "mediante un argumento serio y razonable", solicitó la exclusión de la totalidad de la prueba pericial presentada por la defensa; se corrió traslado a la víctima de la petición, quien la coadyuvó, y a la defensa, quien se opuso. El Juzgado se negó a resolver de fondo la solicitud disponiendo mediante una ORDEN que la audiencia debía continuar. La Fiscalía acudió al juez de tutela en procura de amparo a los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y doble instancia, alegando que la ORDEN del Juzgado era una típica vía de hecho por defecto procedimental absoluto. Se alegó que el juez de conocimiento omitió hacer el pronunciamiento correspondiente al pedimento de exclusión probatoria por la ruta procesal que dispone la ley, esto es, a través de un auto interlocutorio como lo ordena el artículo 161 de la Ley 906 de 2004, en tanto lo que se debía resolver era un aspecto sustancial del proceso y no un asunto de mero trámite, negando de paso la posibilidad de interponer los recursos de ley. El Tribunal Superior de Bogotá negó la acción de tutela y la Corte, ante la apelación de la Fiscalía, confirmó la decisión, con este argumento:

---

[54] Página 10 EA.
[55] Página 11 EA.

"9. En tales condiciones no se le puede imputar al Juzgado 11 Penal del Circuito con funciones de conocimiento ningún acto arbitrio o injusto que amerite la intervención del juez de tutela, por el hecho de que en la audiencia de juicio oral haya decidido frente a la solicitud de exclusión de la prueba pericial presentada por la Fiscalía, impartir la "*orden*" de continuar con el desarrollo de la misma, toda vez que una vez ejecutoriado el auto de decreto de pruebas proferido en audiencia preparatoria, el paso a seguir es la práctica de las mismas, bajo la dirección del Director del proceso.

10. Precisión que adquiere relevancia si se tiene en cuenta que la jurisprudencia nacional (CSJ. SP del 19 de agosto de 2015. Radicado No. 44559), ha señalado que "*las decisiones adoptadas en el curso de la audiencia pública, en relación con la dirección del juicio, de acuerdo con lo ordenado en el decreto de pruebas, mal podrían tener recursos, puesto que se resquebrajaría precisamente la concentración, celeridad e inmediación*". Además, dentro de las clases de providencias a que hace referencia el artículo 161 de la Ley 906 de 2004, están las *"Órdenes, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará registro*". "[56]

Si una solicitud de exclusión de prueba presentada en juicio puede ser resuelta mediante una ORDEN, igualmente mediante ORDEN debe negarse una solicitud presentada en juicio para que se incorpore una entrevista de un testigo que ha declarado regularmente en juicio, máxime cuando esa entrevista no fue solicitada como prueba en la audiencia preparatoria.
La decisión del Juzgado de no admitir la incorporación de una entrevista de un testigo que estaba declarando normalmente en juicio y respecto del que la Fiscalía utilizó ampliamente dicha entrevista para los fines autorizados en la ley procesal debe ser adoptada mediante una ORDEN, porque se limita a disponer un trámite para dar curso a la actuación y evitar el entorpecimiento de la misma[57].

Por el contrario, hacerlo mediante auto implica habilitar la posibilidad de interponer un recurso de apelación improcedente, porque no se está resolviendo un incidente o aspecto sustancial. Nótese que en estos casos no se está negando la práctica de una prueba, porque la prueba decretada en la audiencia preparatoria fue el testimonio de MICHAEL GARCÍA, y este fue practicado en juicio con respeto del debido proceso. Se da curso a la actuación cuando se niega la incorporación de la entrevista de un testigo, cuando la misma no fue solicitada ni decretada como prueba oportunamente y cuando el testigo respondió a todos los interrogantes planteados por las partes, incluso aquellos en los que se utilizó la entrevista.

Distinto fue lo ocurrido en este juicio con la solicitud de la Fiscalía para que se le admitiera como prueba de referencia la entrevista del señor VALDIVIESO, pues si bien en la audiencia preparatoria se solicitó su testimonio (no su entrevista), ocurrió que con posterioridad a esta audiencia y en el curso del juico se acreditó que esta persona no estaba disponible para concurrir al juicio a declarar, hecho nuevo que obliga al juez a decidir mediante AUTO una nueva solicitud probatoria (prueba de referencia) que no había sido planteada con anterioridad; así ocurrió en este caso.

---

[56] STP4331-2016, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. Esta tutela se presentó por la Fiscalía en el conocido *caso Colmenares*. Fue negada en ambas instancias.
[57] Art. 161.3 C.P.P.

Pero cosa muy distinta ocurrió con el testigo MICHAEL GARCÍA, y por eso el juez debía resolver mediante una ORDEN, pues el testigo estaba rindiendo testimonio a cabalidad y no se presentó ningún hecho nuevo que habilitara plantear la solicitud de incorporar la entrevista como prueba de referencia. Incluso, la solicitud de la Fiscalía fue apresurada, pues se presentó antes de terminar el interrogatorio que le venía formulando al testigo, cuando la defensa no había tenido su turno de preguntar, lo cual demuestra que la petición debía resolverse mediante una ORDEN porque al elevarse antes de terminar de recibir el testimonio **se estaba entorpeciendo la práctica de una prueba** que debía continuar hasta su culminación.

Por las razones aquí expuestas es claro que la solitud de nulidad carece de cualquier vocación de prosperidad. No se violó el debido proceso al negar la incorporación en juicio de la entrevista del testigo MICHAEL GARCÍA. Ni se desconoció la doble instancia al adoptar esa determinación mediante una ORDEN. El Juzgado le garantizó plenamente los derechos y garantías procesales a la Fiscalía cuando examinó a este testigo, según fue una prueba decretada en la audiencia preparatoria.

Por todo lo anterior solicito **NEGAR** la nulidad invocada.

* * *

III. LA SENTENCIA ABSOLUTORIA ESTÁ AJUSTADA A DERECHO

Es claro que la apelación no fue debidamente sustentada. En todo caso, presento a la Sala las siguientes apreciaciones para que sean tenidas en cuenta en el evento de que decidan hacer una revisión oficiosa de la totalidad del juicio oral -que se extendió por siete días[58] a lo largo de once meses[59]-, como lo solicita la apelante.

De este modo, podrán concluir que la decisión del Juzgado se ajustó a derecho y, de fallarse de fondo el recurso de apelación, la sentencia absolutoria deberá ser **CONFIRMADA**.

En efecto, véase como cada uno de los argumentos absolutorios recoge y tiene en cuenta de manera correcta las pruebas practicadas en el juicio:

1.- Sobre las fallas de procedimiento en el caso: En la sentencia se motiva que existieron falencias en el proceso investigativo y de aducción probatoria al juicio, que desde las mismas diligencias preliminares se observa que no hubo rumbo, método, aplicación de esfuerzos, estrategia, autoridad, dinamismo, ni elemental sentido crítico para ordenar los fines en los cometidos sociales de una investigación criminal. Se probó en el juicio que no se acordonó el área, no se evidencia en el registro protección de la supuesta "víctima", tampoco se procedió de inmediato a la detención de los probables autores del hecho a pesar de que se trataba, supuestamente, de una captura en flagrancia.

Agrega el Juzgado, para absolver, que los numerosos policías que asistieron al lugar de los hechos actuaron como ruedas sueltas, cada uno por su lado; que

---

[58] Marzo 25, julio 27, diciembre 1, 2 y 3 de 2016; febrero 17 y 18 de 2016.
[59] Del 25 de marzo de 2015 al 5 de febrero de 2016.

ninguno de los uniformados tenía claridad sobre lo que allí acontecía, por cuanto: (i) el presunto ofendido por fuera del vehículo, recostado a una pared. (ii) el señor Wilches, quien debía el dinero que se estaba cobrando, hablando de negocios con uno de los supuestos secuestradores (José Manuel García), al punto que en mismo lugar del hecho cuadran cuentas, se dan la mano y quedan de amigos. (iii) Mauricio Vélez Arboleda, otro de los hipotéticos secuestradores, caminando de aquí para allá con plena libertad.

Se señala en la sentencia, como motivo de absolución, que los funcionarios que participaron en las diligencias de aprehensión de los probables autores del delito, del registro del vehículo, de la incautación de elementos, del manejo de la escena o lugar de los hechos, incurrieron en notorios errores y contradicciones, al punto de no poder aclarar si el hecho constituía o no delito; además, transcurrió más de una hora entre conversaciones y consultas para finalmente trasladar a los implicados a las instalaciones de la URI vinculándolos en la comisión de una conducta punible de secuestro.

En la sentencia se evidencian las contradicciones producto de la improvisación y falta de preparación en cuanto al manejo de la escena de los hechos y se constata que los funcionarios de policía judicial que arribaron al lugar de los hechos describen unos hechos y una escena que dista mucho de convertirse en un episodio de secuestro. Además, la policía que arriba al lugar donde se inmovilizo el vehículo no advierte en sus testimonios una escena propia de secuestro.
Además, el Juzgado tiene en cuenta para absolver que la presunta víctima manifestó al momento de los hechos no haber sido secuestrado. Por eso se afirma en la sentencia que el dicho de la víctima en la escena del crimen fue vacilante, pues no falta quien asegura haberle escuchado decir que "estaba secuestrado", pero también hay quien afirma que este nada dijo al respecto. Cita el juez el testimonio de PAUL ANDRÉS GARCÍA CARDONA, quien asegura haber escuchado que a la víctima "no la subieron al carro contra su voluntad", pues el investigador de la Fiscalía MAURICIO ALEJANDRO DÍAZ le tomó entrevista a PAUL ANDRÉS y este aseguró que la víctima no había sido subida a la brava al carro.

Estas motivaciones del Juzgado para absolver están plenamente acreditadas en el juicio oral, como pasa a demostrarse:

El primer testigo que declaró en este juicio fue el patrullero **Gonzalo Olaya Pulido**, funcionario del GAULA de la policía por más de 5 años y medio. Era testigo fundamental para saber si estamos ante un caso de secuestro porque trabaja justamente en investigar ese delito; él llegó al sitio donde se encuentran los procesados y la supuesta víctima, con el vehículo estacionado en la vía pública, a acompañar y orientar el procedimiento que se estaba desarrollando. El declaró que "el caso en síntesis (era) **como que** habían retenidas unas personas en un vehículo" y que "**al parecer estaban bajo presión.**" Esto es lo que concluye un funcionario del GAULA dedicado a investigar secuestros al abordar la escena del supuesto crimen. Además declaró probado estos hechos:

- No vio evidencia de la comisión de un secuestro.
- No presenció en ningún momento una situación de flagrancia.
- No vio a los dos procesados capturados ni esposados.
- No vio si les habían leído sus derechos.
- Vio a los procesados conversando con el secuestrado.

- Se le preguntó si encontró algún elemento material probatorio que le indicara que se estaba cometiendo o se acababa de cometer un secuestro. Y respondió: *"Bueno, sí de, sí dejamos las víctimas a este lado, entonces pues "obvio no, porque yo veo un carro y veo gente ahí dispersa, no puedo decir que hay un delito ahí"*
- Lo que declaró este experto del GAULA en la investigación de secuestro, es que percibió que en ese momento había "conjeturas", diferentes "puntos de vista" y una "duda" donde se trataba de determinar si en realidad pues se daban las condiciones para tipificar un secuestro.

En juicio declaró **Nelson Aselas López,** integrante de la Policía Nacional adscrito a la Dirección Antisecuestro, 19 años en la policía, 12 en antisecuestros, adscrito al GAULA Risaralda, con varias capacitaciones tanto operativa como lo relacionado con policía judicial, es el jefe de antisecuestro y con él se probaron estos hechos:

- Vio que la situación en ese momento no era una situación clara, era confusa.
- Reconoce que cuando hay una flagrancia de un secuestro se debe capturar inmediatamente a los sospechosos, y que en ese caso ninguno de los dos ahora procesados estaban capturados.
- No encontró evidencia física o elementos probatorios que le indicaran que, ahí acababa de ocurrir un secuestro.
- Dijo que en este caso el vehículo era escena del delito, porque a la supuesta víctima la llevaban secuestrada en el vehículo.
- Se le pregunto si se tomaron las medidas de precaución, cuidado y protección del vehículo y dijo "No estaba acordonado la escena, si es la pregunta"; Se le preguntó si debería estarlo y respondió que "claro", que "es importante ... Para que no sea adulterada, para que sea la misma que se trae un día al juicio, claro"
- Se le preguntó si es confiable la autenticidad de un arma implicada en un secuestro donde no hay un acta ni una cadena de custodia que de fe de quién y dónde la encontró y dijo: "Si no existe el acta de incautación y si no se documenta en algún informe o si no se relaciona la propiedad o la tenencia de la misma con alguien, **no sería confiable.**"

Se escuchó bajo juramento al también testigo de la Fiscalía **Paul Andrés García Cardona,** recolector de inteligencia del área metropolitana de Pereira, quien lleva 8 años 5 meses vinculado con la institución. Dijo que el caso se trataba de una persona que manifestaba que "había sido secuestrada o que la iban a secuestrar" las personas que estaban tripulando el vehículo. Admitió que son dos cosas distintas que a alguien "lo secuestren" y que lo "vayan a secuestrar". Se probaron estos hechos con su testimonio:

- En el lugar de los hechos registran el vehículo y no encuentran nada.
- Llevan el carro a la URI y a su superior le dice "inteligencia, vaya mire Usted a ver qué encuentra" y él dice que inspecciona el vehículo y encuentra un arma de fuego en el interior del vehículo.
- Sostiene que "mi intendente Reyes es el primer respondiente", pero éste lo negó en su testimonio.
- El arma no la incautó, solo la encontró, no la embaló, no la rotuló, no la fijó no la sometió a cadena de custodia.
- Admite que se debió hacer un acta de incautación del arma.

- El acta de incautación de esa arma no esta firmada por nadie y hay anotación a mano que dice que el particular "se negó a firmar"
- Sobre las características del arma supuestamente encontrada por él dice que era negra con signos de desgaste color plateado pero niega expresamente que tuviera "cositas doradas", como dice la presunta víctima en su testimonio de referencia.
- Se le impugnó credibilidad y mediante declaraciones previas se complementó su testimonio con la siguiente información: en declaración bajo juramento en la Policía Nacional Inspección General, Inspección Delegada Regional 3, primera instancia el 18 de noviembre de 2013 expresó bajo juramento el testigo:

> "*en el lugar estaban en una controversia con el GAULA porque la víctima inicialmente les manifestó a ellos que a él nunca lo habían subido a la fuerza al vehículo, esa era la controversia, entonces un señor intendente del GAULA, no sé cómo se llama, pero asumo que era uno de los más antiguos del GAULA en ese momento, fue nuevamente y habló con la víctima que la tenían en una DIMAX blanca del GAULA, entonces mi intendente habló con la víctima y lo convenció que denunciara, indico, indicó que lo había subido a la fuerza y que lo habían intimidado con un arma de fuego tipo pistola*".

Y ante la Fiscalía General de la Nación, y concretamente el Cuerpo Técnico de Investigaciones, rindió entrevista sobre los mismos hechos el 28 de febrero de 2014 y dijo:

> "*yo llegué como a los 45 minutos de haber interceptado el vehículo, yo escuché en ese lugar que los del GAULA le preguntaron a la víctima que si a él lo habían subido en contra de su voluntad, yo escuché que él decía que no*" (Aclaró que al referirse a "él" estaba hablando del presunto secuestrado: Señor VALDIVIESO).

El Intendente **José Alfredo Reyes Cárdenas**, él llegó donde estaba el vehículo con el supuesto secuestrado y con él se acreditaron estos hechos:

- La puerta del pasajero del vehículo donde iba el supuesto secuestrado no tenía seguro, por eso él la puede abrir desde afuera.
- El supuesto secuestrado no dice nada cuando entra en contacto con él, es el policía el que le pregunta "qué pasa".
- El parque de Bolívar, a donde van los "secuestradores" con el "secuestrado", es un sitio público con vigilancia policial – CAI – permanente, por ahí transitan personas masivamente.
- El vehículo fue inspeccionado 2 veces y no encontraron nada.
- El "secuestrado" interactuó con los secuestradores por espacio de 70 minutos en el lugar donde se detuvo el vehículo.
- La escena no fue acordonada.

Todas estas fallas de procedimiento y protocolos lo que indican es, como concluyó el juez en su sentencia absolutoria, que no había evidencia de un secuestro. Veinte policías, un Coronel y un Mayor hicieron presencia en el lugar de los hechos y nadie hizo lo que tenía que hacer. La razón es lo que declara probado el juez en la sentencia: Porque no era claro que había un secuestro.

2.- La prueba de referencia de la presunta víctima no está corroborada: Señala el juez que no asoma en parte alguna del juicio otra prueba **que corrobore el dicho** de referencia de la presunta víctima. Que su dicho está expresamente desmentido por el testimonio de JHON EDGAR HERRERA, portero del edificio de donde salió la presunta víctima, quien dijo no vio forcejeo entre Valdivieso y los procesados, como si lo afirmó la víctima. Agrega el Juzgado que la prueba de referencia de la víctima esta expresamente desmentida por el testimonio de Michael García, cuando dice que Valdivieso se subió al carro normal, por sus propios medios.
Adicionalmente, no existe corroboración dentro del proceso de que el arma incautada a MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA, que no le fue hallada en su poder sino en el compartimiento del vehículo, haya sido usada para amedrentar a la víctima.

Estas motivaciones del Juzgado para absolver están absolutamente soportados en la prueba practicada en juicio, así:

La presunta víctima, en la declaración video grabada aportada al juicio como prueba de referencia, dice que "*Los testigos de lo que me hicieron, son el celador del edificio donde yo vivo, él vio cuando a mí me cogieron, ¿quiénes son más testigos?, Michel y el papá Ezequiel García, porque ellos se dieron cuenta como ellos me subieron*"[60].

Curiosamente **LA FISCALÍA DESISTIÓ DEL TESTMONIO DEL SEÑOR EZEQUIEL GARCÍA, TESTIGO PRESENCIAL DEL SUPUESTO SECUESTRO**. Por otro lado, estas dos personas van a declarar al juicio bajo juramento y desmienten al presunto secuestrado –que los citó como testigos del secuestro- así:

El señor JHON HERRERA, portero del edificio del café de donde según la Fiscalía fue secuestrado Valdivieso, es testigo de lo que ocurre en el pasillo de dicha edificación. Él definió qué entiende por la palabra "forcejeo": "Que Junior haya puesto como represalias para no dejarse llevar". Luego es evidente que en su testimonio *no corrobora la versión del supuesto secuestrado*, por cuanto declara que:

- Él no percibió un "forcejeo" entre el señor Valdivieso y los dos procesados.
- Le consta que el señor Valdivieso en ningún momento gritó o pidió auxilio de ningún tipo, y lo tenía a él a su lado como portero del edificio donde vivía.
- Le consta que el señor Valdivieso no intentó devolverse al edificio.
- Le consta que Valdivieso no le hizo repulsa a las dos personas que salieron con él.
- Después de ocurrido el hecho él no llamó a la policía "Porque quizás en el momento me asusté, no vi armas, no vi nada como raro."
- Concluye que por lo que vio no se trató de un secuestro y da las razones para ello.

Por su parte, el señor Michael García Jiménez es claro en no corroborar la versión del supuesto secuestrado, el prueba los siguientes hechos:

- Los procesados le están cobrando un dinero a su familia.

---

[60] Minuto 27:10 de la declaración de Valdivieso, aportada como prueba de referencia.

- Accede con su padre a mostrarles a los procesados dónde vive Junior para que pague ese dinero, pues él y Wilches son los que lo deben.
- Él y su familia estaban asustados, pero no fueron obligados ni intimidados.
- Cuando llegan al edificio donde vive el señor Valdivieso él iba saliendo por la portería.
- Los procesados le "metieron un jalón".
- Los procesados le dijeron "vamos, pues, a hablar".
- Valdivieso se fue "caminando normal".
- Cuando Valdivieso vio a Michael y Ezequiel en el carro "él se subió al carro normal", por sus propios medios
- Cuando Valdivieso salió del edificio el testigo no lo vi asustado.
- Le consta que Valdivieso en ningún momento intenta devolverse para entrarse al edificio.
- Le consta que Valdivieso no hace algún gesto para pedir ayuda.
- Le consta que Valdivieso no pidió ayuda cuando iba dentro del carro.
- Le consta que Valdivieso no hizo repulsa para que le pusieran el cinturón de seguridad del vehículo.
- Le consta que Valdivieso no dijo "me quiero bajar del carro", ni nada parecido.
- En la casa del testigo hay teléfono, sabe como llamar a la policía y nadie se lo impidió.
- Cuando llegó a su casa no llamó a la policía, porque "No lo vi tan riesgoso. Si van a hacer algo cómo nos van a dejar a nosotros ahí a plena vista."
- Concluye que por lo que vio no se trató de un secuestro y da las razones para ello.

Razón tuvo el juez al creer la declaración en juicio de MICHAEL GARCÍA, y no lo consignado en la entrevista, pues es razonable y creíble el motivo por el cual este testigo varía su versión anterior, por cuanto:

- Dice que él había dicho que a Valdivieso lo subieron al carro contra su propia voluntad, pero que esa no es la verdad.
- Dice que la verdad es que Valdivieso se subió al carro por su propia voluntad.
- El investigador que le tomo la entrevista le dijo que si él ya no hablaba lo podían implicar en un caso de secuestro porque Valdivieso había dicho que a él le habían dado una plata ahí por yo no sé qué, por llevarlo allá a la casa donde él vivía.
- Por eso él se asustó y entró en pánico y dijo en la entrevista situaciones que no son la verdad.
- Dice que el investigador le hizo dar temor afirmándole que los procesados eran una gente muy peligrosa de Medellín.
- Explica que como él no sabía quiénes eran los procesados, y que el investigador le decía que ellos ya tenían dizque muchas demandas de Medellín, que porque se metían a las casas de la gente así como le ocurrió a él.
- Explica el cambio de versión, además, a partir del hecho de que el acusado José Manuel le había dicho a su familia que les iban a recoger los electrodomésticos y que eran un grupo de extorsión, entonces él dice "yo actué fue como con rabia al rendir la entrevista".
- Es claro en señalar que los que le "estaban metiendo temor" eran los investigadores de la Fiscalía.

ALEJANDRO DECASTRO Abogados y expertos

- Cuando dio la entrevista se sentía muy, muy tenso, muy presionado. No así al rendir testimonio en juicio.

3. El precedente aplicable al caso: El Juzgado absuelve, además, porque encuentra válido y aplicable al caso el precedente contenido en la sentencia del 23 de enero de 2008 radicado 17186. Este precedente se aplica bajo la consideración de que los hechos del caso acreditan que no existió secuestro desde el punto de vista material u objetivo, de la prueba practicada en juicio puede decirse que nunca se "retuvo" o "sustrajo" a Valdivieso, no se afectó la libertad de locomoción de la víctima, es decir, su facultad de estar donde se desea y hacer lo que se quiere.

Esta consideración del Juzgado para absolver es acertada, pues en sentencia del 23 de enero del 2008, radicado 17186, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que:

- No siempre que se ejecuta una constante e indebida presión sobre una persona hay un secuestro.
- Para que haya secuestro debe predicarse de alguna manera una restricción relevante a la libertad de locomoción.
- Para que haya secuestro debe haber una afectación trascendente al bien jurídico de la libertad individual en la forma de arrebatamiento, sustracción, retención u ocultación.
- La reteción como verbo rector del secuestro debe tener cierta entidad para que afecte el bien jurídico que se protege con este delito.

En palabras de la Corte:

> "Es de destacar que el hecho de que Carlos Enrique Jaramillo Correa haya expresado que experimentó haber sido secuestrado por ÉDGAR ALEXÁNDER CORREA LEÓN y GUILLERMO LEÓN VALLEJO CASAS, o que temió por su vida hasta el punto de que decidió entregarse a las autoridades y confesar su participación en delitos asociados con el tráfico de estupefacientes, no es razón suficiente para estimar que se configuró la conducta punible de *secuestro extorsivo* en el caso estudiado, pues la adecuación típica de dicho delito, en virtud del *principio del derecho penal de acto* consagrado en el artículo 29 del Código Penal, no depende de lo que esté en cabeza de la presunta víctima, sino de la exteriorización en el mundo de lo físico de una conducta que desde el punto de vista objetivo y subjetivo constituya una afectación trascendente al bien jurídico de la libertad individual en la forma de arrebatamiento, sustracción, retención u ocultación, según los términos descritos en el artículo 169 del Código Penal (anterior artículo 268 del decreto ley 100 de 1980).
>
> Por otro lado, es cierto que las circunstancias que rodearon la conducta imputada, tal como lo pusieron de presente las instancias y lo reiteró el Procurador Delegado, no dan pie para sostener que las labores como escoltas adelantadas por ÉDGAR ALEXÁNDER CORREA LEÓN y GUILLERMO LEÓN VALLEJO CASAS deberían ser entendidas como una acción de 'retener', ni desde un perspectiva asociada con el lenguaje común ("*[i]mpedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca*"[61]), ni

ALEJANDRO DECASTRO Abogados y expertos

mucho menos en un sentido jurídico o normativo, relacionado con una lesión del bien jurídico que el legislador pretenda proteger.
(...)
Bajo estas condiciones, resulta muy difícil aceptar que ÉDGAR ALEXÁNDER CORREA LEÓN y GUILLERMO LEÓN VALLEJO CASAS estaban ejerciendo una constante e indebida presión sobre Carlos Enrique Jaramillo Correa de la que pudiera predicarse de alguna manera una restricción relevante a la libertad de locomoción."

Tal y como lo concluye el juez, los hechos del caso hace aplicable este precedente, para concluir que no existió una afectación relevante a la libertad de locomoción que alcance a constituir un secuestro.

4. El dolo de secuestrar: En la sentencia se absuelve, además, porque no hay prueba de que los imputados eran conscientes de que esa retención configuraba el delito de secuestro. No hay prueba que predique sin temor a equívocos que los acusados obraron con la intención de privar de la libertad a la presunta víctima, el señor Valdivieso. Se absuelve porque los hechos encuadran mas en un delito de constreñimiento ilegal que en un secuestro, pues según lo probado, la finalidad de los imputados era intimidar a la víctima obligándola a pagar.
En resumen, son dos motivos para absolver: (i) porque no se estructura objetivamente la conducta de secuestro pues no hubo retención de la víctima. (ii) no asoma el dolo en la conducta de los acusados, es decir la consciencia y voluntad contenida en la condición exigida.

5. La personalidad de la presunta víctima. Finalmente, refuerza la decisión absolutoria el hecho de que en juicio se probó cuál es la personalidad y conducta moral de la presunta víctima, pues por prueba testimonial (declaración de MICHAEL GARCÍA) quedó establecido que el señor Valdivieso:

- Es un ladrón (así lo dijo el testigo).
- Es un "enredador".
- Abusó de la buena confianza que le dieron en el hogar del señor Ezequiel, padre de Michael.
- No es una persona decente.
- Valdivieso empezó a trabajar con un dinero que no era de él, $15'000.000, se los fue "comiendo" (gastando), nunca dio explicación al respecto. Luego la esposa, de Valdivieso, le envió desde España la suma de $10'000.000 para pagar una cirugía que ella se haría una vez llegara a Colombia, y cuando ella visitó el país él dijo que ya le había pagado la cirugía; la hacía bañar en Isodine para hacerle creer que la estaba preparando para la cirugía, pero luego verificaron que Valdivieso no había pagado la cirugía. Se robó ese dinero.
- El propio testigo le entregó a la presunta víctima $5'000.000 para que los trabajara, pero él "se voló" y nunca dio la cara por esa plata.

Estas condiciones morales explican por qué el juez no le dio peso a la credibilidad de esta prueba de referencia.

Por todos los anteriores motivos es claro que de una revisión integral de los registros del juicio oral, y de las pruebas aportadas a este caso, se concluye que

---

[61] [Cita en el texto original] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, 2001, Tomo h/z, pág. 1963.

la decisión absolutoria es acertada. No es posible legalmente, con los medios de prueba aportados, acceder a la solicitud de sentencia condenatoria que por el delito de secuestro reclama la Fiscalía.

* * *

IV. SOLICITUD ESPECIAL

En realidad, no había tenido el honor de asumir una defensa en este Distrito Judicial, por lo que no conozco las prácticas que se acostumbran en cuanto al trato debido a la judicatura por parte de los litigantes.

En todo caso llama la atención la manera **inelegante y despectiva** como la fiscal del caso trata al juez de la causa en su escrito de nulidad.

Uno de los deberes de todo servidor público en Colombia consiste en "*Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio*"[62].

El deber de actuar con decencia y respeto en el curso de un proceso judicial explica porque la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia dispone dentro de los deberes de los funcionarios y empleados de la rama judicial el siguiente:

> "21. Denegar de plano los pedidos maliciosos y rechazar los escritos y exposiciones que sean contrarios a **la decencia o la respetabilidad de las personas**, sin perjuicio de la respectiva sanción".

Asimismo, es DEBER ESTATUTARIO de los funcionarios y empleados de la rama judicial:

> "4. Observar permanentemente en sus relaciones con el público **la consideración y cortesía debidas**." (ibídem)

Si esto se exige, respecto del público, con mayor razón resulta demandable frente a un Juez de la República.

En el glosario de términos del *Código de Ética y Buen Gobierno de la Fiscalía General de la Nación*, adoptado mediante resolución 6552 del 24 de octubre de 2008 se define la Honestidad así:

"**Honestidad**: Moderación en la persona, las acciones o las palabras. Honradez, decencia. Actitud para actuar con honradez y decencia."

Y el artículo 15, que contiene las "Directrices frente a las Relaciones de los Servidores de la Fiscalía con las autoridades públicas, dispone:

> "c. Dentro del marco del artículo 113 de la Constitución Política, **el servidor se abstendrá de rivalizar en toda circunstancia con agentes y funcionarios públicos** y en todo, obedecerá los conductos regulares que al efecto se señalen por los directivos de la Fiscalía, quienes tienen a su cargo

---

[62] Art. 34.6 del Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002.

la responsabilidad de liderar y coordinar las relaciones con otras instancias y autoridades."

Salta a la vista que estas normas jurídicas han sido gravemente desconocidas en el escrito de nulidad, pues allí se expresa que el doctor JOSÉ HILDER HERNÁNDEZ BURITICÁ, Juez Sexto Penal del Circuito de Pereira, "con su obrar arbitrario y caprichoso, donde solo atendía a las exigencias de la defensa, y donde tomó decisiones casi de manera parcializada, dejando de lado la objetividad que debe de tener un juez."[63]

Y agrega: "La Fiscalía entiende la admiración que el señor Defensor despertó en el señor Juez, pero, no puede llegar a límites de darle gusto a la defensa en todo, dejando de lado el principio de legalidad, de imparcialidad, de objetividad de igualdad de armas."[64]

Esta grave afirmación, que constituye una velada acusación de prevaricato, es manifiestamente contraria a la realidad procesal, pues consta en los registros que el juez decidió a veces a favor de la Fiscalía y a veces a favor de la defensa, **por igual**, sin que se aprecie de ninguna manera la actitud caprichosa de parte de la judicatura que insinúa la apelante.

Por ejemplo, durante el testimonio de MICHAEL GARCÍA, base del improcedente reclamo de nulidad, la defensa objetó una pregunta de la Fiscalía que pretendía mostrarle un documento al testigo, a lo que el juez no le dio la razón a la defensa y le permitió a la Fiscalía exhibirle el documento al testigo[65]:

Fiscal. Claro. Yo lo entiendo. ¿Si le muestro una imagen usted puede decirnos si había visto esa arma o no?

Defensor. Vuelvo y me opongo, señor juez. Es claro que no están las bases. Insiste la Fiscalía en mostrar imágenes que no...

Juez. De todas maneras, perfectamente la Fiscalía puede mostrarle la imagen y que él nos diga si es parecida o no es parecida, es la misma o no es la misma

Fiscal. O que diga que no

Juez. Enséñele, si quiere, la imagen de la...que él nos diga si se parece o no

Y más adelante, nuevamente ante objeción de la defensa, el juez le da la razón a la Fiscalía[66]:

Fiscal. Sí, bueno. ¿Y entonces, cuando salió Junior cómo fue que lo abordaron?

---

[63] Pág. 2 EA.
[64] Ibídem.
[65] Minuto 0:22:34 registro 66001600003520130535019-66001310900620151203100254.mp3.
[66] Minuto 0:30:41, ibídem.

Defensor. Señor juez, pregunta repetida

Testigo. Ya me ha hecho esa pregunta como tres veces

Defensor. Pregunta repetida, señor juez

Fiscal. El testigo no puede cuestionar

Defensor. Estoy cuestionando yo, señor juez. Objeción, pregunta repetida

Fiscal. No ha clarificado, su señoría, la actitud del señor capitán frente al momento. Habló con respecto al de camiseta blanca

Juez. Repita otra vez y con mayor precisión porque eso es esencial en esto

Muchos son los eventos ocurridos en el juicio donde el juez le dio la razón a la Fiscalía y no a la defesa, véase otro[67]:

Fiscal. ¿Considera entonces usted que eso, todo eso, fue normal?

Defensor. Señoría, es una opinión. Objeción a esa pregunta

Fiscal. Su señoría, él manifestó que había salido normal de su casa y que Junior había salido normal de su casa, yo quiero saber si el concepto de normalidad es ese

Defensor. Que le pregunte por los hechos...

Juez. Bueno, respóndale...responda

Testigo. Pues, cuando yo estaba ahí e íbamos a salir, yo estaba asustado, pero yo hablé con mi papá y le dije: "No, vamos, que el que nada debe nada teme y vamos es a hablar nada más con esa gente", y ya, me monté en el carro cuando íbamos ahí, él sacó la pistola...

Por supuesto que en varias oportunidades ocurrió que en este juicio el juez resolvió incidentes en contra de la fiscalía y a favor de la defensa, pero ello se debió al hecho de que la fiscalía no tenía la razón.
Por ejemplo, véase lo que ocurrió cuando en la primera sesión de juicio oral –el 25 de marzo de 2015- se estaba contrainterrogando al testigo Paul Andrés García Cardona[68]: la defensa procedió a impugnar credibilidad de testigo utilizando una declaración bajo juramento rendida por él dentro de un proceso disciplinario adelantado contra el ex-capitán del Gaula, y procesado, MAURICIO VELEZ ARBOLEDA, expediente disciplinario que la fiscalía admitió le fue descubierto oportunamente.[69]

---

[67] Minuto 0:30:38, registro 66001600003520130535020-66001310900620151203105956.mp3
[68] Su testimonio comienza a partir del minuto 02:09:45 del resgistro 66001600003520130535005-66001310900620150325144336.wmv
[69] Esto ocurrió a partir del minuto 02:50:40, ibídem.

La fiscalía se opuso a ello con una serie de razones manifiestamente impertinentes, como que la utilización de esa declaración jurada "figuraría como una prueba trasladada", y que únicamente se pueden tener en cuenta declaraciones anteriores que se hayan efectuado "en razón a la investigación" penal que se estaba adelantando.

No se le dio la razón, y mas adelante, otra vez, objetó el uso de dicha entrevista porque "para efectos de utilizar declaraciones anteriores, tiene que haberla solicitado en la audiencia preparatoria como tal, y no puede ser viable acceder a tener en cuenta declaraciones anteriores que proceden de procesos donde incluso ya hubo una decisión de fondo".

No se le dio la razón y luego objetó pero esta vez porque la entrevista *no fue recepcionada por un investigador de la defensa* y "además no tenemos la suficiente certeza de que el contenido de las mismas hayan sido las manifestaciones expresas del señor testigo".

No se le dio la razón y, una vez más, objetó el uso de esa declaración jurada pero ahora porque ella no se rindió dentro "de la investigación penal que se estaba tramitando, ni fue una labor realizada por el defensor de la defensa, el abogado de la defensa".

Todo esta serie de oposiciones manifiestamente infundadas, claramente contrarias al mas elemental entendimiento de lo que es el sistema acusatorio, terminaron cuando el Juez tuvo que reiterar, luego de 15 minutos de discusiones, que "*es que eso, es que vuelvo y repito: es un documento que se, que se le descubrió a la señora fiscal y que no se está sorprendiendo en ningún momento con eso, y que de acuerdo al art. 393 se puede utilizar, se puede utilizar ... el documento con fines de contrainterrogar.*"[70]

De manera que si en algunas oportunidades no se le dio la razón a la fiscalía, y si a la defensa, ello obedeció, como se aprecia en el pasaje acabado de citar, a que la fiscalía simplemente estaba equivocada.

Será entonces justo que la apelante proyecte ese manto de duda sobre el buen desempeño del juez, al decir que "Al parecer el Director en el juicio oral fue el Defensor"?[71]; y que no tenga empacho en escribir que "ese es el mensaje que debemos remitir a la sociedad, que la justicia (...) depende de lo cotizado de un defensor?, la idea entonces es hacer lo que el defensor cotizado indica dejando de lado los principios que nos rigen"[72].

Mucho peor aún, se lee en el escrito que, a juicio de la apelante, se está "generando sensación de parcialidad y subjetividad de la judicatura o temor, no logre establecerlo frente al obrar del Señor Juez, obrar por demás extraño cuando yo observo la labor realizada por todos los jueces del Departamento donde he intervenido, y donde se permite un debate jurídico, Digno y con igualdad de armas, en este caso, extrañamente no se evidenció, y es allí donde radica mi indignación..."[73]

Esta delicada afirmación afrenta la dignidad del doctor JOSÉ HILDER HERNÁNDEZ BURITICÁ, Juez Sexto Penal del Circuito de Pereira, y a la judicatura en general; cualquiera que escuche los registros de las audiencias concluirá que el Señor juez JAMÁS actuó con parcialidad o subjetividad; por el contrario: permitió un debate jurídico, digno y con igualdad de armas. Cosa distinta es que en la sentencia no se le haya dado la razón a la Fiscalía.

---

[70] Este incidente terminó al minuto 03:04:54 ibídem.
[71] Pág. 3 EA.
[72] Ibídem.
[73] Pág. 4 EA.

La apelante sostiene que "el señor Juez resolvió teniendo en cuenta única y exclusivamente en las supuestas manifestaciones efectuadas por los testigos, en lo que favorecía a los procesados...".[74]

Esta afirmación es contraria a la realidad, pareciera que la apelante no escuchó atentamente la lectura de fallo, pues allí el Juzgado en múltiples ocasiones valora prueba en contra de los intereses de los procesados, como cuando afirma que "este hecho a lo sumo estará demostrando una situación distinta, en donde se constriñe a una persona, obviamente mediante una conducta ilícita a realizar el pago de una obligación"; afirmación esta que no se corresponde con algo que "favorece" a los procesados, y que deja sin piso la injusta a acusación de parcialidad que se le enrostra al juez.

Además, en la sentencia el Juzgado no discute y da por probado, contrario a lo manifestado por la defensa a lo largo del juicio, que no existe duda en cuanto a que el arma incautada al momento de los hechos era la que se le había asignado oficialmente a uno de los acusados en calidad de Capitán del GAULA. Esta valoración probatoria del Juzgado demuestra que no es cierto que solo se valoró la prueba en cuanto "favorecía a los procesados", o que se aceptó solamente lo que planteaba la defensa, como se afirma con ligereza por la apelante.

Se señala en la solicitud que "la Fiscalía siempre obro de Buena fe, con lealtad"[75], pasamos a demostrar con un hecho concreto que ello no es cierto:

Recuérdese que en la audiencia preparatoria la Fiscalía ofreció como prueba una seria de noticias criminales existentes en contra de los procesados por hechos aparentemente constitutivos de constreñimiento ilegal, a lo cual la defesa se opuso solicitando exclusión por inadmisibilidad debido a que dicha información podía generar un perjuicio indebido.

Este planteamiento fue acogido por el Juzgado y por esta sala de decisión penal, ante apelación presentada por la Fiscalía una vez culminada la audiencia preparatoria. Así pues, quedó claro y decidido en este caso que era inadmisible la información relativa a otras indagaciones penales en contra de los procesados.

Sin embargo, extrañamente, en la página 3 del escrito de nulidad la Fiscalía retoma esta información y la valora, desacatando la decisión tomada en ambas instancias sobre la exclusión de esta evidencia, pues así escribe la apelante:

> "Ocurrió en Pereira lo mismo que viene ocurriendo en Medellín? Donde los procesados actúan así, obran múltiples denuncias por supuestos constreñimientos ilegales y por estar involucrado un Capitán Gaula involucrado nada se hace?"[76]

Y en la página 14 lo reitera:

> "No sabía que obrar en la forma en que lo hizo no era intencional? Como lo ha hecho en Medellín y nada le ha pasado creyó que en esta ciudad por ser capitán del Gaula, todos pasarían de agache."

---

[74] Ibídem.
[75] Pág. 4 EA.
[76] Pág. 3 EA

Citar y valorar evidencia excluida en ambas instancias es comportamiento **contrario al principio de buena fe**, pues la Fiscalía sin duda alguna sabía que esos elementos probatorios no podían ingresar al juicio, y sin embargo, en el escrito de nulidad los valora como si nada hubiera pasado al respecto en la audiencia preparatoria.

Por lo expuesto, solicito a la sala estudiar la viabilidad de compulsar copias con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda a fin de que se investigue la probable comisión de una falta disciplinaria por parte de la representante de la Fiscalía en este caso, en punto al respeto debido a un Juez de la República.

* * *

IV. SOLICITUDES

Se **DECLARE DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía por falta de debida sustentación.

Se **NIEGUE** la solicitud de nulidad elevada por la Fiscalía.

Atentamente,

AD Abogados y expertos

ALEJANDRO DECASTRO GONZÁLEZ.
Defensor.

Rbo: Agosto 23/16 H: 3:20 p.m.

ANEXO 9

De: Secretaria Sala Penal Tribunal - Seccional Pereira
<sspenalper@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: OFICIO 1610 - SENTENCIA JOSة MANUEL GARCحA VةLEZ y MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA
Fecha: 2 de septiembre de 2021, 3:58:29 p. m. COT
Para: "mauricio.velez@live.com" <mauricio.velez@live.com>, "INFO@DECASTROABOGADOS.COM" <INFO@DECASTROABOGADOS.COM>, "contacto@deaa.com.co" <contacto@deaa.com.co>, "david_espinosa@hotmail.com" <david_espinosa@hotmail.com>, "jmao2@yahoo.com" <jmao2@yahoo.com>, "valdelomar808@hotmail.com" <valdelomar808@hotmail.com>, "lfvalderrama@procuraduria.gov.co" <lfvalderrama@procuraduria.gov.co>

Cordial saludo

De conformidad con lo dispuesto por esta Sala en proveído del 12-08-2021, por medio del presente les NOTIFICO la decisión proferida por esta Corporación en sentencia del 28-06-2021, dentro del PROCESO PENAL de la referencia, seguido en contra de los señores JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ y MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA por la conducta punible de secuestro simple agravado.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

VIVIANA ROCHA SUAREZ
CITADORA GRADO IV

PALACIO DE JUSTICIA - TORRE C - PISO 4

OFICINAS - 401/405
TELÉFONOS - 3147721/3147723
FAVOR ACUSAR RECIBIDO

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

Secretaria Sala Penal Tribunal - Seccional Pereira Entrada - Info 17 de septiembre de 2021, 8:29 a. m.

SE COMUNICA CONSTANCIA DE TÉRMINO CINCO DÍAS JOSÉ MANUEL GARCÇA VõLEZ y MAURICIO VõLEZ... Detalles

Para: jjgh68@yahoo.es, Alejandro Decastro, contacto@deaa.com.co, jmao2@yahoo.com y 10 más

ANEXO 10

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Caso: 660016000035 2013 05350 03
JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ y MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA
Secuestro Simple Agravado

Para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 183 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010; acorde con las disposiciones del artículo 8° del Decreto Legislativo No. 806/2020, a partir de la fecha, se corre el término de cinco (5) días a las partes interesadas para recurrir en casación; paralelamente para la defensa y procesados corre el mismo término para interponer recurso de **impugnación excepcional**, así:

Hábiles de septiembre: 15, 16, 17, 20 y 21.
Inhábiles de septiembre: 18 y 19.

OSCAR DANIEL VERGARA PINEDA
Oficial Mayor

PALACIO DE JUSTICIA - TORRE C - PISO 4
OFICINAS - 401/405
TELÉFONOS - 3147721/3147723

FAVOR ACUSAR RECIBIDO

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SECRETARÍA SALA PENAL

Pereira, quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Referencia:

Caso: 660016000035 2013 05350 03
JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ y MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA
Secuestro Simple Agravado

Para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 183 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010; acorde con las disposiciones del artículo 8° del Decreto Legislativo No. 806/2020, a partir de la fecha, se corre el término de cinco (5) días a las partes interesadas para recurrir en casación; paralelamente para la defensa y procesados corre el mismo término para interponer recurso de **impugnación excepcional**, así:

Hábiles de septiembre: **15, 16, 17, 20 y 21.**
Inhábiles de septiembre: 18 y 19.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS

ANEXO 11

PRECEDENTE HORIZONTAL DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL DE PEREIRA SOBRE DEBIDA SUSTENTACION AL RECURSO DE APELACION Y DECLARATORIA DE DESIERTO (2009-2020).

Fuente: http://www.tribunalsuperiorpereira.com/relatoria1.html

PONENTE	FECHA	RADICADO	DECISIÓN	ARGUMENTO
1. **JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**	Siete (07) de julio de dos mil nueve (2009)	66001600005820088136 9	**"SE ABSTIENE** la Sala de conocer el recurso de apelación en lo atinente al tema de la dosificación punitiva, por ausencia de sustentación en tal sentido."	"Como vemos, no existió sustentación alguna en lo referido a la pretensa inconformidad con respecto a la dosificación punitiva en este caso, motivo por el cual en cuanto a este aspecto concreto la Sala declarará desierto el recurso. […] El pronunciamiento de la Sala tendrá que centrarse por tanto única y exclusivamente en lo atinente a la posibilidad de admitir en el presente caso una retractación de la aceptación unilateral, para concluir si por esa vía es factible la anulación que de manera tácita propone el recurrente."

2. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE	Veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015)	66088600062201300208-01	"De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, DECLARA DESIERTO el recurso de apelación que fuera interpuesto de manera subsidiaria por el togado que representa los intereses del procesado; y, en consecuencia, SE ABSTIENE de desatar el recurso oportunamente interpuesto."	"En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue el defensor del procesado, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por la señora juez a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó nuevamente a hacer lectura de un escrito relativo al descubrimiento probatorio que por su parte se efectuó durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, para dar a entender que los testimonios que hoy pide como prueba sobreviniente se enunciaron en la referida diligencia, pero no fueron debidamente decretados; no obstante que, como bien lo explicó la titular del despacho cognoscente, durante la práctica de tal audiencia y una vez se procedió por la funcionaria a ordenar los testimonios que se harían valer en juicio -tanto los de la defensa como los de la

				Fiscalía-, el representante del acusado guardó absoluto silencio y por ende lo allí decidido quedó en firme en acatamiento al principio de preclusividad de los actos procesales, y no podía válidamente en etapa posterior pretender retrotraer actuaciones ya surtidas. Dada esa particular manera de sustentar el recurso, no se halla por parte de la Sala forma de emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, porque de la alzada no se extraen razonamientos acerca de los cuales pueda surgir una confrontación o controversia efectiva con los términos en que fue despachada la decisión por parte de la a quo que resultó adversa a los intereses de la defensa. Lo que hizo el togado, en sentir de la Sala, fue hacer alusión nuevamente a los elementos probatorios que pretendía fueran tenidos como prueba para hacerlos valer en

				desarrollo del juicio oral, pero no se atina por parte del mismo a enunciar alguna interpretación jurídica que diera pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento, con miras a considerar que los testimonios de MARÍA TERESA MORALES –esposa del procesado- y del líder indígena GILDARDO LAMUNDIA, debían ser admitidos como prueba sobreviniente. Vacío sustancial que impide a la Corporación cumplir con el deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por la funcionaria de primer grado."
3. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE	Diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016)	66001600005820150028 9-01	"De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación	"Por lo anterior, estima la Corporación que por parte del abogado del señor **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES** no se atinó a enunciar alguna interpretación jurídica que diera pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento, con

			que fuera interpuesto por el togado que representa los intereses del procesado, y en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso oportunamente interpuesto."	miras a considerar que se presentaba alguna de las circunstancias contenidas en el parágrafo del artículo 293 C.P.P. para aceptar la retractación de los cargos que realizó el procesado en la formulación de imputación llevada a cabo en abril 6 de 3016 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías. Y, ante ese vacío sustancial, se genera un obstáculo insalvable para que la Corporación cumpla su deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por el funcionario de primer grado."
4. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE	Veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016)	66594600006320413009 64-01	"De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación que fuera formulado por el togado que	"En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue el defensor del denunciante, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el juez a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó a solicitar -previo requerimiento de la señora juez al respecto- que "se revise si en

			representa los intereses del señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA; y, en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso interpuesto.”	efecto se presentó la conducta de fraude procesal al ser ésta el origen de la preclusión adoptada pues con ello se podría dar la razón a su cliente”, sin hacer alusión alguna a los puntos de inconformidad que observó en relación con el proveído cuestionado, con lo cual dio a entender que su propósito era que de parte de esta Corporación se hiciera un “libre estudio integral de lo ocurrido”, sin indicar de manera concreta en que se basa su contrariedad frente a tal providencia. Dada esa particular manera de sustentar el recurso, no se halla por parte de la Sala forma de emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, porque de la alzada no se extraen razonamientos acerca de los cuales pueda surgir una confrontación o controversia efectiva con los términos en que fue despachada la decisión por parte del a quo que resultó

				adversa a los intereses del señor QUINTANA ESTRADA. No puede pasar por el alto esta Corporación que de conformidad con lo dispuesto en la acción de tutela que conoció quien ahora funge como ponente, se debía dar la oportunidad a la víctima, esto es, al señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA para que expusiera los argumentos respecto a la preclusión, máxime que como se avizoró en ese diligenciamiento la postura de quien allí lo representó estuvo en contravía de lo que pretendía, por lo que ahora no se entiende la posición asumida por el quejoso de negarse a asistir para sustentar el recurso que reclamó insistentemente, muy a pesar que según lo refirió la juez a quo fueron diversas las citaciones que se le enviaron, pero aun así se mostró reacio a comparecer a dicha audiencia.

				Y frente a tan palmaria situación, lo que observa la Sala es que el abogado del señor QUINTANA ESTRADA, quien ya había soportado su inicial posición ante la preclusión adoptada a favor de la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ GUERRERO**, en el sentido de no mostrar inconformidad alguna -como así se desprende de los registros de audio de la actuación-, se vio en la imperiosa necesidad de tratar de sustentar un recurso con el cual no estaba de acuerdo, y el resultado obtenido es evidente, en cuanto no se atina por parte del mismo a enunciar alguna interpretación jurídica que diera pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento, con miras a considerar que en efecto la conducta endilgada a la señora FLÓREZ GUERRERO tuvo ocurrencia. Siendo así, lo esperado procesalmente era que la carga argumentativa corriera por

				cuenta del señor QUINTANA ESTRADA, quien como ya se indicó no quiso comparecer al acto público. En síntesis, ese vacío sustancial impide a la Corporación cumplir con el deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por el funcionario de primer grado.
5. JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE	Veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017)	66001600003520150183 7	"De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación que fuera interpuesto por la apoderada que representa los intereses del procesado, y en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso	"En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue la defensa, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, puesto que se limitó a expresar que su representado no tenía dinero para pagar la suma que había sido impuesta como perjuicios de índole moral. Afirmación que desde luego no tiene nada que ver con los motivos aducidos en la sentencia civil para efectos de

			oportunamente interpuesto.”	declarar no solo la existencia del daño sino su cuantificación. Pero la situación fue aún más patética en cuanto a la absoluta falta de sustentación del recurso, porque mírese textualmente lo ocurrido en la instancia: Al concedérsele el uso de la palabra a la defensora con miras a sustentar el recurso de apelación, dijo textualmente: “No es posible reparar económicamente al familiar de la víctima en forma dineraria, porque mi defendido en estos momentos no cuenta con los recursos para hacer efectivo”. Ante esas singulares expresiones, el señor juez de la causa interrumpió a la profesional para pedirle que entrara en concreto a hacer la sustentación, y lo que a continuación hizo la defensora, fue insistir en los siguientes términos: “Mi representado no tiene el dinero en este momento para cancelar la suma a la que fue condenado, y como ya se

				había dicho, solo cuenta con una pensión y saca unos dineros para una demanda alimentaria que el mismo tiene. Por tanto, mediante este recurso solicito al superior la exoneración del pago de este dinero. No es más su señoría". Concedida la palabra a la apoderada de la víctima como no recurrente, solicitó se confirmara el proveído por parte del Tribunal, porque los perjuicios morales quedaron establecidos con lo manifestado por la víctima, y con las pruebas documentales con las cuales se comprobó su calidad de afectado. A continuación, el señor juez de instancia sostuvo que lo expuesto por la apoderada del sentenciado no guarda relación con lo sostenido en el fallo, porque lo que se debe atacar es el contenido de la decisión, sus fundamentos legales, y la falta de capacidad de pago del condenado no es motivo para la exoneración de

				responsabilidad, porque como lo ha dicho la jurisprudencia, el delito es una fuente de obligaciones, y no es el hecho de la falta de capacidad de pago lo que podría generar la exoneración que se pide. A continuación, el funcionario a quo, de una manera laxa, le concedió de nuevo otra oportunidad más a la defensora para que argumentara en debida forma la apelación, y lo que hizo la apoderada fue expresar: "Los daños materiales no fueron probados tampoco y creo que es fundamental que se hubiere probado eso para poder dar una suma dineraria. No hay más para decir". No obstante lo dicho, el juez de conocimiento afirmó que el despacho encontraba muy pobre esa sustentación para enviarla al Tribunal, pero "para no generar una falta al derecho de defensa, el despacho le concede esa alzada". Por su parte, al concedérsele de nuevo el uso de la palabra a la

				apoderada de la víctima como no recurrente, insistió en que la determinación debía ser confirmada, y aclaró que ella solo solicitó en su pretensión el pago de perjuicios morales, no los materiales, a consecuencia de lo cual así fueron tasados. De allí que estima que no hay fundamento para la apelación. Lo que concluye la Corporación de esa secuencia, es que el señor juez de conocimiento debió haber declarado de plano desierto el recurso por absoluta falta de sustentación, sin dar más largas al asunto y sin permitir que llegara a esta instancia con miras a efectuarse un pronunciamiento que era evidente.”
6. MANUEL YARZAGARAY BANDERA	Quince (15) de julio de dos mil dieciséis (2016)	66001 60 00 036 2010 05556 01	**“PRIMERO:** Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad el día 17 de junio de 2016, mediante el cual se	“Al transpolar lo anterior al caso en estudio, se tiene que la sustentación de la alzada interpuesta por la Defensa se fundamenta en ofrecer argumentos de tipo, indeterminados,especulativos, abstractos e imprecisos con los cuales pretende demostrar

			declaró la responsabilidad penal del señor JORGE ELIECER DUQUE GARCÍA, como autor material del ilícito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión **SEGUNDO:** Respecto de los demás temas de disenso, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, se declarara parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado en contra del proveído emanado del Juzgado Tercero	su inconformidad con lo resuelto y decidido en el fallo confutado, lo cual para la Sala no satisface el requisito de la debida sustentación, razón por lo que la Sala procederá a **declarar parcialmente desierta** la alzada en lo que atañe con los argumentos genéricos y especulativos expuesto por el apelante como sustento de su disenso. […] Colofón de lo anterior, esta Colegiatura, respecto de los dos planteamientos de disenso antes desarrollados, confirmará la sentencia proferida por el Juez *A quo*, y en los demás temas del disenso, se declarará desierto el recurso de apelación.”

			penal del Circuito de esta ciudad, del día 17 de junio de 2016."	
7. MANUEL YARZAGARAY BANDERA	Dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014)	66001 31 87 002 2011 00736 01	"Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el sancionado EDWAR HOYOS GIL en contra del proveído emanado del Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medida de seguridad el día 10 de abril de 2014."	"La argumentación consiste en hacer una exposición razonada, lógica y suficiente de unos argumentos que pongan en evidencia su inconformidad con la decisión recurrida, es decir que la ataquen de manera frontal, para a su vez, dotar al *Ad quem* de unos elementos de juicio para pronunciarse, pero un discurso incoherente respecto del señalamiento de hechos y situaciones generales, impide a la Colegiatura asumir un estudio serio y ponderado de un posible reproche de ilegalidad o desacierto del *A quo*. A pesar de lo difusa de la argumentación, alcanza a entrever la Sala que la defensa pide la redosificación de la pena con fundamento en la inaplicabilidad de la ley 890 de 2004, o una decisión de elección entre aplicar el

				incremento de la Ley 890 de 2004 sin aplicar el agravante especifico o viceversa. Esta Sala debe aclarar que no es pretensión imponer una técnica argumentativa especial para cada recurso, pero aclara que el sustento del disenso si demanda el cuidado y estudio de quien acude a esta instancia, de tal manera que su intervención presente alguna congruencia entre la decisión objeto de ataque y la exposición argumentativa, con citación si es el caso, de la norma sustantiva o procesal que tenga alguna no desfasada relación. De suerte que en el caso en estudio, con el agotamiento del recurso, no se avizoraron elementos de juicios serios y suficientes como para desvirtuar los argumentos expuestos en el proveído de primer grado, ya que se observa que en ningún momento al ataque atiende a las razones fundadas que otorgó el *A quo* para negar la

				redosificación de la pena corporal infligida al hallado responsable y su disentir va encaminado a solicitar la exclusión de la inaplicación del aumento de penas de la ley 890 para después habérsele agravado la sanción conforme al artículo 384 del C.P. o subsidiariamente la inaplicación del agravante del artículo 384 de la Ley 599 de 2000."
8. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ	Ocho (8) de junio de dos mil doce (2012)	66001 31 04 005 2007 00127-01	"DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por el doctor Jhon Jairo Jiménez Franco, apoderado de la parte civil, contra la decisión tomada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira el 5 de mayo de 2009."	"6.6 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el a-quo y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él. Sin embargo, en el caso sub-examine se observa que en su escrito el recurrente no se ocupa de atacar la providencia

				objetada con razones jurídicas de peso y se limita a mencionar que la procesada no pudo actuar de forma diligente en el registro del trabajo de partición y adjudicación en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y al mismo tiempo negligentemente en la protocolización de los documentos en la Notaría respectiva, sin detenerse siquiera a argumentar sobre el punto central de la providencia impugnada, cual fue la atipicidad subjetiva de la conducta por ausencia de dolo en la actuación de doña María Rosalba Vallejo Ramírez.”
9. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ	Veinticuatro (24) de enero de dos mil diecisiete (2017)	66001 60 000 35 2011 03024 01	“DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por el abogado Carlos Alberto Mena Pino, en su condición de defensor de	“7.2 Del marco normativo y jurisprudencial citado, se advierte que en el caso *sub lite,* el defensor del señor Jhon Jairo Vásquez Pérez, no se ocupó de cuestionar la providencia recurrida, ya que se limitó a manifestar que coadyuvaba los argumentos

			confianza de Jhon Jairo Vásquez Pérez.”	del defensor de la señora Higuita ; a hablar de un “testigo sospechoso”, sin indicar de quién se trataba y citar apartes de jurisprudencias que no guardan relación con el contexto fáctico del caso, sin detenerse a analizar por qué razón el juez de conocimiento incurrió en alguna equivocación al valorar las pruebas practicadas en el juicio, para deducir la responsabilidad de su mandante. Por lo tanto la Sala, en aplicación del artículo 179 A del CPP, declarará desierto el citado recurso , por falta de sustentación y en consecuencia sólo se examinará la impugnación contra la sentencia que presentó el defensor de la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones.”
10. JAIRO ERNESTO	Veintiséis (26) de octubre de dos mil	66400 60 00 068 2011 00299 01	**“PRIMERO: DECLARAR DESIERTO** el	“5.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que

ESCOBAR SANZ	diecisiete (2017)		recurso de apelación presentado la defensa del señor José William Martínez Martínez, contra la decisión tomada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira el 24 junio de 2014."	pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *A quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él. Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que la defensora no se ocupó de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limitó a mencionar que el procesado padece de una serie de patologías que no eran compatibles con la vida en reclusión."
11. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ	Veinte (20) de marzo de dos mil veinte (2020)	66088 60 00 062 2012 00337 01	"NEGAR el recurso de apelación presentado el abogado Manuel Guillermo Moreno Corchuelo, apoderado judicial de la víctima, señor	"5.6. Sin embargo, en el caso *sub examine* se observa que el apoderado de la víctima no atacó la providencia con razones jurídicas de peso, toda vez se limitó a mencionar que el procesado es quien debe responder por las

			Humberto Romero Suárez en contra la decisión tomada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Belén de Umbría, Risaralda, el 8 de noviembre de 2016."	lesiones sufridas por el señor Humberto Romero Suárez, quien pese a sus heridas logró defenderse de los ataque de su contrincante; es decir, no indicó cuáles fueron los errores en que incurrió el *A quo*, ni señaló las razones de su desacuerdo como era controvertir los argumentos que llevaron al fallador a absolver al señor MAAV. Tampoco el apoderado de la víctima hizo mención a ninguna de las declaraciones que rindieron los testigos en aras de refutarlos. Es decir, el profesional del derecho impugnante no confrontó los argumentos del juzgado de conocimiento, ni sustentó adecuadamente porqué debe condenarse al señor MAAV, pues los fundamentos que arguyó fueron los que a su "sentir" el procesado era responsable de las lesiones, sin rebatir lo concluido por el juez de primer grado.

				Así las cosas, esta Colegiatura negará el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima, debido a la insuficiente sustentación del mismo (…)"
12. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ	cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019)	66001 60 00 036 2008 01591 01	**PRIMERO: DECLARAR** desierto el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN en contra de la sentencia proferida el 16 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira. **SEGUNDO: REVOCAR** el fallo recurrido y en su lugar CONDENAR a la señora MRSP como responsable del delito de estafa agravada.	"6.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él. Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que en la argumentación de los recurrentes no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limitan a mencionar que las víctimas no habían sido escuchadas en el juicio oral y que el A quo sólo le había dado

				credibilidad a los dichos de la acusada. **En ese sentido se debe tener en cuenta que la delegada de la FGN pese a que tiene todo el conocimiento técnico, jurídico y jurisprudencial relacionados con la forma de interponer y sustentar los recursos, optó por hacer unas manifestaciones escuetas a través de las cuales no se atacó de fondo la decisión impugnada, por lo cual se declarará desierto el recurso incoado por el ente investigador.** Ese mismo reproche no puede ser aplicado al apoderado de las víctimas, respecto a quien se debe recordar que es un estudiante de derecho, que no ha finalizado sus estudios universitarios, y de ello se infiere que no tiene un conocimiento profundo sobre la manera en la que se interpone y sustentan los

				recursos de ley, pero es importante recalcar, que este apelante, en un esfuerzo mayor al realizado por la FGN, incluso solicitó la nulidad de la actuación, ya que a su modo de ver con las resultas del proceso, sus representados no habían accedido a la verdad y sus dichos durante el juicio habían sido ignorados por el juez de primer grado, además de no ser confrontados con las manifestaciones hechas por la acusada. En consecuencia, esta Colegiatura en aplicación al principio de caridad respecto al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas, procederá a pronunciarse sobre la responsabilidad de la señora MRSP frente al delito de estafa agravada.”

13. LEONEL ROGELES MORENO	Veintiséis (26) de enero de dos mil diez (2010)	Condenado: William de Jesús Flórez Estrada (Sin radicado).	"Abstenerse de conocer el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de origen, fecha y contenido relacionados en precedencia."	"Como se decía, el apelante solamente expone que el delito cometido es permanente y continuo, pero no especifica los temas o aspectos en que está en desacuerdo, tampoco presenta argumentos fácticos ni jurídicos que lo lleven a controvertir la decisión primigenia, de suerte que el Juez de instancia ha debido dar aplicación al inciso segundo del artículo 194 de la Ley 600 de 2000, -declarar desierto el recurso- ya que sin una adecuada argumentación de las razones por las cuales no se comparte la determinación que se impugna, el superior funcional no adquiere competencia para revisar la decisión que por este medio se ataca y es por eso que la Sala se abstendrá de acometer el estudio respectivo."
14. LUZ STELLA RAMÍREZ GUTIÉRREZ	Cuatro (4) de octubre de dos mil trece (2013)	66001 60 00 036 2009 01821-01	"DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación	"Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre

			presentado por el señor Jorge Luis Agudelo Castaño y su defensor, contra la decisión tomada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira el 8septiembre de 2009.”	el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el a-quo y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él. Sin embargo, en el caso sub-examine se observa que en la argumentación de los recurrentes no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limita a mencionar que el procesado en ningún momento tuvo la intención de incurrir en dos de las conductas que le fueron atribuidas y que de manera libre, consciente y voluntaria aceptó.”

ANEXO 12

PRECEDENTE HORIZONTAL DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL DE PEREIRA SOBRE PRINCIPIO DE CARIDAD Y DEBIDA SUSTENTACION AL RECURSO DE APELACION (2009-2020).

Fuente: http://www.tribunalsuperiorpereira.com/relatoria1.html

PONENTE	FECHA	RADICADO	DECISIÓN	ARGUMENTO
1. **JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**	De octubre de dos mil doce (2012) (s.f.)	66170 60 00 066 2011 01910	"DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por el doctor Jhon Jairo Jiménez Franco, apoderado de la parte civil, contra la decisión tomada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira el 5 de mayo de 2009."	6.6 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el a-quo y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él. En el caso sub-examine se observa que si bien es cierto el señor Carlos Andrés Castaño Ramírez allegó un breve escrito que carece totalmente de técnica

				jurídica, en el mismo se vislumbra que el recurrente atacar la providencia en lo que se refiere al monto de la pena impuesta, ya que "no partió de los mínimos de ley, y no tuvo en cuenta rebaja por indemnización", manifestación que hace inferir que el error en que incurrió la funcionaria de primer grado, radica en la dosificación punitiva. Esta Colegiatura considera pertinente garantizar el derecho de defensa que le asiste al encartado, y en razón a ello, dará trámite al recurso por él interpuesto, máxime si se tiene en cuenta que el abogado que representa sus intereses, no sustentó el mismo, motivo por el cual se le declarará desierto.
2. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ	Dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018)	**666826 0000 48 2012 00426 03**	**"CONFIRMAR** la decisión proferida por el juez cuarto de ejecución de penas y medidas de seguridad de Pereira	"5.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el

			dentro del presente proceso, en lo que fue objeto de impugnación.”	recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cuál o cuáles son los errores en que incurrió el *A quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él. Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que el señor Rubén Darío Hernández menciona las condiciones económicas de su hogar, lo relacionado con el estado de salud de su progenitor y la responsabilidad que tiene frente a sus hijos y que ha contado con una conducta ejemplar durante el tiempo del proceso resocializador, realizando incluso solicitudes diferentes a la que era materia de estudio. Vale la pena señalar que el señor Hernández Restrepo dentro de sus argumentaciones incluso reconoció que la pena impuesta por el *A quo*

				mediante la acumulación era generosa, y de las demás manifestaciones realizadas en el escrito de impugnación, no se desprenden otros motivos de inconformidad del procesado respecto a la decisión recurrida, salvo su expresión en el sentido de que se "*dosifique hasta otro tanto el proceso acumulado de las dos condenadas*", En consecuencia esta Colegiatura en principio debería declarar desierto el recurso propuesto por el señor Rubén Hernández Restrepo. 5.6 Sin embargo, al invocar e recurrente que por vía de segunda instancia: *"se dosifique hasta en otro tanto e proceso acumulatorio de las dos condenas",* se puede entender aplicando e "principio de caridad", que e censor considera que el juez de primer grado le debió haber aplicado un incremento de 36 meses de prisión, equivalente

				a la mitad de la pena que se le fijó por el delito de hurto calificado, y no de 47 meses, como se señaló en la providencia recurrida y podría considerarse que por su situación de lego en materias jurídicas, tal afirmación podría ser tomada como la argumentación del recurso propuesto contra la providencia en mención, donde se le fijó una pena definitiva de 185 meses de prisión por los dos procesos en los que fue sentenciado, lo que conduce a hacer las siguientes precisiones:…"
3. MANUEL YARZAGARAY BANDERA	Primero (1º) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)	66001 60 00 035 2019 00165 01	**"CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Conocimiento, en las calendas del 30 de julio de hogaño, mediante la cual lo declaró penalmente responsable al Procesado **JABT,** por haber incurrido en la comisión del delito de	"Al aplicar lo anterior al caso en estudio, la Sala observa que la discrepancia propuesta por el apelante tiene que ver con la orden dada por el Juzgado *A quo* de recluirlo en un establecimiento carcelario, como consecuencia de la no concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y para lo cual

			Hurto Calificado en grado de Tentativa.”	clama que en su favor se le conceda la prisión domiciliaria, beneficio del que insinúa que ha venido gozando por haber perpetrado otra delincuencia. Pero vemos que el apelante en su argumentación no expone las razones de hecho como de derecho por las que debería hacerse merecedor de la aludida pena substituta, razón por la que la Sala podría considerar que el apelante no cumplió con la carga procesal que le asistía de sustentar en debida forma el recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia condenatoria, lo que en un principio conllevaría a que en virtud de lo consagrado en el ya aludido artículo 179A del C. de P. P. se proceda a declarar desierto el recurso de apelación. Sin embargo, la Colegiatura no puede desconocer que quien acudió al recurso de alzada en este asunto es el Procesado, de

				quien se presume que no tiene amplios conocimientos jurídicos, por lo que en lo que atañe con la sustentación de una alzada, no se le pueden exigir los mismos rigores que se esperan de una persona versada en ciencias jurídicas. Ante tal situación, la Colegiatura considera que las deficiencias en las que incurrió el apelante en la sustentación de la alzada, pueden ser enmendadas a través de la aplicación del principio de *"Caridad", (…)"*
4. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ	Trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)	66001 60 08 785 2017 00015 01	"PRIMERO: Confirmar la decisión adoptada por el 13 de septiembre de 2019 por la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en lo que fue objeto del presente recurso."	"6.6 En el caso *sub examen,* el delegado del Ministerio Público manifestó que la recurrente no cumplió con dicha carga argumentativa, pues se limitó a indicar que se acogía a los planteamientos realizados al momento de elevar su solicitud de nulidad de la actuación desde el inicio de las audiencias preliminares, para lo cual hizo referencia únicamente a los motivos

				que la llevaron a formular esa petición, sin controvertir de manera concreta la decisión recurrida. 6.7 Sin embargo esta Colegiatura considera que hay lugar a pronunciarse sobre el recurso propuesto, tomando como base la solicitud de la defensora del señor HAM, porque en la parte final de su intervención como impugnante pidió que se tuvieran en cuenta los argumentos que expuso al fundamentar su solicitud de nulidad y en consecuencia y para poner fin a la discusión jurídica que la censora ya ha propuesto en varios escenarios, sobre el mismo tema que invocó, se acudirá al llamado “principio de caridad”…”

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintiocho (28) de junio dos mil veintiuno (2021)

ACTA DE APROBACIÓN No 509
SEGUNDA INSTANCIA

Acusados:	José Manuel García Vélez Mauricio Vélez Arboleda
Cédula de ciudadanía:	98.671.851 de Envigado (Ant.) y 10.010.361 de Pereira (Rda.)
Delito:	Secuestro simple agravado
Víctima:	Jorge Luis Valdiviezo Lucas
Procedencia:	Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) con funciones de conocimiento
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la Fiscalía contra la sentencia absolutoria proferida en agosto 08 de 2016. SE REVOCA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

1.1.- La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para adoptar la decisión, se puede sintetizar así:

En noviembre 11 de 2013, aproximadamente a las 8:25 horas, en la carrera 8ª con calle 19 vía pública de esta capital, fueron capturados los ciudadanos **JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ** y **MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA** porque llevaban en contra de su voluntad al señor JORGE LUIS VALDIVIEZO LUCAS, quien manifestó a las autoridades que lo tenían secuestrado y amenazado con arma de fuego.

1.2.- A consecuencia de lo anterior y a instancias de la Fiscalía se le formuló imputación a los indiciados ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de esta capital (noviembre 13 de 2013) por medio del cual: (i) se declaró legal la captura de los señores **JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ** y **MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA**, al igual que la incautación de elementos; (ii) se les formuló imputación como coautores a título de dolo del delito de secuestro simple, bajo el verbo rector "retener", agravado (artículos 169 y 170 numerales 2º -por someter a la víctima a tortura física o moral- y 5º -cuando se comete por persona que sea o haya sido servidor público o miembro de las fuerzas de seguridad del Estado- del Código Penal), con la coparticipación descrita en el numeral 10 del artículo 58 *ibidem*, cargos que NO ACEPTARON.

1.3.- Ante esa no aceptación, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (enero 08 de 2014) por medio del cual formuló idénticos cargos a los procesados, y a consecuencia de ello se adelantaron ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito con función de conocimiento de esta capital las correspondientes audiencias de formulación de acusación (mayo 16 de 2014), preparatoria (septiembre 18 de 2014), acto público éste último dentro del cual se suscitó inconformidad respecto a la inadmisión y/o exclusión probatoria, que fue decidida en segunda instancia por esta Corporación (diciembre 15 de 2014). Luego de ello se dio trámite a la audiencia de juicio oral (marzo 25 y julio 27 de 2015) y en el desarrollo de la misma se negó por el a quo la introducción de la entrevista fílmica y denuncia del señor JORGE LUIS VALDIVIEZO LUCAS como prueba de referencia, lo que fue decidido por esta Sala donde se revocó tal determinación (agosto 26 de 2015). Se reanudó el juicio oral (diciembre 01, 02, 03 de 2015, 17 y 18 de febrero y 03 de marzo de 2016) fecha esta última en la cual se emitió un sentido de fallo de carácter absolutorio, y en agosto 08 de 2016 se dictó la sentencia respectiva.

1.4.- Para llegar a la anterior determinación, el a quo luego de hacer referencia a los hechos acaecidos, empieza por decir que la intervención policial en torno a la preservación del sitio de los hechos deja mucho que desear, en tanto en este asunto los oficiales que acudieron al lugar incurrieron en notorias equivocaciones y contradicciones, al punto de no poder aclarar si el hecho constituía o no un delito, y transcurrió más de una hora para finalmente trasladar a los implicados a las instalaciones de la URI para vincularlos en la comisión del punible de secuestro.

Consideró que la intervención policial en este asunto, pese a ser relevante para la investigación, no fue así, y antes por el contrario los agentes actuaron como

rueda suelta, sin que ninguno tuviera claridad de lo allí sucedido según se aprecia del video arrimado. De ese modo, se evidenciaba en este caso la falta de preparación de los uniformados y de los miembros del Gaula, quienes se conformaron con las afirmaciones vacilante de la víctima, y de allí dedujeron sin mayor esfuerzo que lo acaecido era un secuestro.

Luego de hacer alusión a lo manifestado por cada uno de los miembros de la Policía que rindieron declaración en el juicio, expresa que hay quien afirma que la captura fue en flagrancia, otro que dice que no, uno más que asegura haber escuchado decir a la víctima que estaba secuestrado, pero también quien refiera que este nada dijo a ese respecto. Pero existe concordancia en cuanto describen los hechos y una escena que dista mucho de convertirse en un episodio de secuestro, al punto que todo era confuso, y solo se hacían conjeturas acerca de lo ocurrido.

Al analizar lo expresado por otros testigos allegados al juicio, tampoco se consolida la teoría del caso de la Fiscalía y antes por el contrario se reafirma la inexistencia del secuestro, en tanto ninguno acepta que los acusados hubieran arrebatado, sustraído, retenido u ocultado al señor VALDIVIEZO, y el hecho de que lo empujaran y trataran mal, no alcanza a tener la connotación de una privación de su libertad.

La denuncia presentada por el señor JORGE LUIS VALDIVIEZO o JUNIOR y las entrevistas dadas, ingresaron como prueba de referencia, sin obrar en juicio prueba que la complemente o corrobore. Y no obstante que éste en su testimonio indicó que el vigilante del edificio y MICHAEL GARCÍA corroborarían sus dichos, de lo indicado por los mismos se extrae lo contrario. A consecuencia de ello, en este caso se hacía necesaria la presencia de la víctima para que pudiera explicar lo realmente sucedido esa noche.

No existe en este asunto, en su criterio, prueba que predique sin temor a equívocos, que los acusados obraron con intención de privar de la libertad a JORGE LUIS VALDIVIEZO. Y si se acepta que **JOSÉ MANUEL GARCÍA** llegó a esta ciudad a cobrarle por las malas a VALDIVIEZO y a WILCHES el dinero que le adeudaban, para lo cual se hizo acompañar de **MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA**, tal hecho a lo sumo demostraría un constreñimiento a una persona, amén de un cobro extraproceso, pero no puede decirse que existió un secuestro.

Válido el referente jurisprudencial -sentencia 17186 de enero 23 de 2008- aludido por la defensa, pues no siempre que se ejecuta una constante e indebida presión sobre una persona hay secuestro, en tanto para ello debe predicarse de alguna manera una restricción relevante a la libertad de locomoción y la

afectación trascendente al bien jurídico en la forma de arrebatamiento, sustracción, retención u ocultación, y que tal retención debe tener cierta entidad para que afecte el bien jurídico protegido. Y si bien **MAURICIO VÉLEZ** portaba un arma de fuego, la que fue hallada en un compartimiento de la bodega del vehículo, esta no se usó para amedrentar a la víctima, en tanto de ello no existe corroboración.

1.5.- La Fiscalía no estuvo de acuerdo con esa determinación y la apeló, a consecuencia de lo cual manifestó que sustentaría el recurso por escrito dentro del término de ley.

2.- DEBATE

2.1.- Fiscalía -recurrente-

Solicita se decreta la nulidad, o en su defecto se revoque el fallo absolutorio y se emita uno con carácter condenatorio, con fundamento en lo siguiente:

Empieza por señalar que el a quo no agotó el debido proceso y no permitió la práctica del testimonio adjunto, en tanto la declaración anterior de MICHAEL GARCÍA JIMÉNEZ estaba documentada en un CD y fue debidamente descubierta y anunciada desde la preparatoria, amén de lo reacio del testigo para colaborar con la justicia, cuyo relato en juicio fue distinto al narrado en la entrevista fílmica donde expresó la forma violenta en que VALDIVIEZO fue llevado al vehículo, instante en el cual este testigo iba con su progenitor en ese automotor, pero no de forma pacífica.

De haberse permitido la incorporación de tal entrevista, otra hubiera sido la decisión por parte de la judicatura, ya que con el actuar caprichoso y arbitrario del a quo, quien solo atendía exigencias de la defensa de manera parcializada, dejó de lado la objetividad, razón por la cual al emitir una "orden" en tal sentido le negó la posibilidad de interponer recursos sin la motivación debida.

Tal falencia impide que la segunda instancia entre a valorar las manifestaciones de "MAICOL" al no contar con esa declaración anterior, y ello afectó la validez del juicio, sin forma de subsanarse, al trasgredir la igualdad de armas, el principio de la doble instancia en materia de autos, y no existir imparcialidad ni objetividad de parte del juez, lo que en su sentir afectó el debido proceso, y más parecía que el director de la audiencia fuera el defensor.

El a quo resolvió el asunto con fundamento única y exclusivamente en las supuestas manifestaciones de los testigos en lo que favorecía a los procesados,

en el no cumplimiento de protocolos iniciales por parte de la policía de vigilancia, dado el colegaje que se evidenció cuando MAURICIO exhibió documentos que lo acreditaban como capitán del Gaula, y por esa jerarquía se mostraron dubitativos en el procedimiento, e incluso en juicio se referían a él como "mi capitán".

Fue tan parcializada la decisión del juez, que indicó que los procesados desconocían que cobrar a la fuerza era un delito, pero resulta que uno de los acusados es capitán de la Policía del Gaula de Medellín, capacitado por el Estado para atacar las conductas por él protagonizadas, y usó su arma de dotación para afectar la libertad y la autonomía personal, aunque para el juez él no conocía que eso era delito y su finalidad era cobrar.

Si bien no obra incautación del arma, extrañamente ya no la llevaba consigo sino que la guardó en un compartimento del vehículo y fue vista por el ofendido quien dijo haber sido amenazado por él, y curiosamente por los mismos hechos por la vía disciplinaria fue sancionado y destituido.

Existe afectación grave al debido proceso que amerita la nulidad de lo actuado, ante la negativa del a quo de incorporar la versión anterior de "MAICOL", sin ser posible la valoración en conjunto como lo exige la jurisprudencia; máxime que en su versión inicial manifestó la forma violenta en que sacaron del edificio al ofendido y lo llevaron al vehículo, que en varias ocasiones fue agredido y empujado como se evidencia en el video y lo dicho por el vigilante. A cuyo efecto refiere varios precedentes -28257 de 2008 y 32595 de 2009- y transcribe párrafos de múltiples providencias de la Corte Constitucional atinentes al debido proceso.

Pide que en el evento de no accederse a la nulidad, se realice una adecuada valoración de las pruebas donde se demuestra la retención de JORGE LUIS VALDIVIEZO quien indicó que lo empujaron o forzaron cuando lo abordaron en el edificio Portal del Café, como se vio en el video, lo cual es una retención, un secuestro, al no ir voluntariamente, quien además señaló que **MAURICIO** lo amenazó con un arma, y esta fue encontrada en el vehículo, y si bien hubo irregularidades en los protocolos, ello no desvirtúa la existencia del secuestro.

Aunque se dice que el señor VALDIVIEZO fue subido en la parte delantera y que es posible abrir la puerta, atrás iban dos personas más que de conformidad con lo dicho por "MAICOL" y CLAUDIA no fueron sacados en forma pacífica de su casa, y seguramente no iban de manera voluntaria, porque aunque adelante iba **JOSÉ MANUEL** y atrás **MAURICIO**, ello no desvirtúa el secuestro.

El policial REYES quien hizo el pare al vehículo, manifestó que escuchó del señor VALDIVIEZO su calidad de secuestrado, y si bien allí no se cumplieron protocolos, desde un principio se mencionó la retención y ello dio origen a la intervención policial.

El juez no hizo una valoración sería, objetiva, imparcial y en conjunto de la prueba, tomó apartes que favorecían a los procesados, no sabe dónde quedó el juez juicioso que conoce, ni sus años de experiencia y rectitud. Pide en consecuencia se valoren nuevamente en conjunto las pruebas allegadas, y aunque la de los policiales que llegaron al sitio poco aportan, nada distinto a consecuencia de un temor reverencial por el Capitán, y pese a que no hubo el referido protocolo, ello no desvirtúa el secuestro, pues sí hubo retención y se usó el arma de dotación para atemorizar. Lo dicho, independientemente de que posteriormente llegaran a un arreglo con respecto a las desavenencias que tenían, y por ello VALDIVIEZO viajó a Medellín; eso pudo ser, pero de todas formas la retención sí existió como lo declararon los testigos y ello no lo analizó juzgador.

Pide un nuevo análisis con integridad del caso y que se efectúe una adecuada valoración de las pruebas a la luz de las reglas de la experiencia y de la sana crítica, donde se podrá evidenciar que los procesados con un actuar doloso afectaron los derechos de la víctima, ya que el secuestro existió y hay lugar a emitir condena por secuestro agravado en su contra, dada la calidad de servidor público y por la coparticipación de los procesados.

2.2.- Defensor -no recurrente-

Pide se declare desierto el recurso de apelación y se niegue la nulidad elevada, lo cual fundamenta en lo siguiente:

El que la señora fiscal pida que de no accederse a la nulidad se efectúe nuevamente una adecuada valoración de las pruebas con integridad del caso, ese tipo de argumentaciones ha motivado la declaratoria de desierto de recursos por parte de la Sala de Casación Penal -AP 44684 de 2016-, al ser evidente que quien interpone la alzada tiene la carga de indicar al superior cuál es el nuevo análisis de la prueba que se propone para refutar la decisión, cuáles son las reglas de la experiencia o de la sana crítica que se desconocieron, y cuáles las que deben aplicarse, sin que nada de ello hiciera la Fiscalía, porque lo que en el recurso fue una revisión oficiosa de la Sala, inexistente en el ordenamiento jurídico.

Si bien la Fiscalía sustentó oportunamente la alzada no dio a conocer los motivos de su disenso y se advierte la ausencia de la debida sustentación. Así es porque luego de analizar en detalle lo dicho por el juez en el fallo y lo indicado por la Fiscalía en el escrito de disenso, observa que la recurrente tenía la carga de proponerle a la Sala la valoración probatoria que considera correcta y que el a quo supuestamente omitió o tergiversó, pero el Tribunal de oficio no puede asumir esa carga argumentativa, porque dejaría de ser un Tribunal de apelación para convertirse en uno de instancia, en tanto tal escrito es un alegato de conclusión donde se insiste en la tesis contraria a la contenida en la sentencia, sin refutar los argumentos del juzgado para absolver. Debe en consecuencia declararse desierto el recurso y ante la falta de debida sustentación, la Sala carece de competencia para pronunciarse.

Respecto a la nulidad que plantea la Fiscalía, al no permitirse por el a quo mediante una orden incorporar al juicio como prueba la entrevista recibida a MICHAEL GARCÍA JIMÉNEZ, quien declaró en juicio, luego de hacer alusión *in extenso* a lo sucedido en la audiencia a ese respecto, el profesional señala que en la preparatoria la Fiscalía no solicitó como prueba de referencia tal entrevista, y por ende no es cierto que el CD que contiene su entrevista haya sido enunciado de tal manera. Una entrevista no es una prueba, jamás se ordenó como tal, y la misma, como todas las otras, puede ser usada para refrescar memoria o impugnar credibilidad, como así lo hizo la Fiscalía.

Confunde la Fiscalía el concepto de descubrimiento probatorio, el decreto de pruebas y la utilización de entrevistas en juicio, con su incorporación como prueba autónoma e independiente. La figura del testimonio adjunto no existe en la jurisprudencia colombiana, es una noción que se ha difundido en círculos académicos; existe sí la prueba de referencia, por cuya virtud se incorpora una manifestación de un testigo que no está disponible para declarar en juicio.

Aclara que cuando un testigo concurre al juicio y contesta todas las preguntas, de entrada se descarta la idea de incorporar su propia entrevista, aunque desde luego esas entrevistas pueden usarse para refrescar memoria o impugnar credibilidad, en tanto lo que ingresa es el testimonio del testigo, sin que el hecho que se retracte o contradiga lo antes dicho habilite la incorporación de esa manifestación anterior.

En este caso la Fiscalía refrescó memoria e impugnó la credibilidad del testigo, sin que sea necesario ni legítimo que se incorpore la declaración anterior donde consta la contradicción, y hace alusión a jurisprudencia relativa al tema -providencia 25738 de noviembre 9 de 2006-.

Era improcedente la pretensión de la Fiscalía para que se incorporara el CD de la entrevista de MICHAEL GARCÍA, y bien hizo el juez al negarla mediante orden, en tanto la Fiscalía no padeció ninguna afectación a sus derechos ya que pudo hacer uso de la entrevista durante su testimonio sin que el despacho le hubiera impedido ese ejercicio. Los precedentes que invoca la Fiscalía en su recurso, hacen referencia a hechos absolutamente ajenos al caso presente que los hagan aplicables a este asunto, y carece de razón que pretenda fundamentar una nulidad con providencias que no guardan analogía con el caso debatido.

A la Fiscalía no se le obstruyó la posibilidad de controvertir la prueba, ni se le impidió el procedimiento con el testigo MICHAEL GARCÍA, ya que pudo cuestionar su versión y se respetó su derecho de contradicción; en consecuencia, la nulidad carece de fundamento. Así es, porque la negativa del juez a la incorporación de la entrevista mediante orden se hizo de manera motivada, aunque no tenía que serlo, decisión contra la cual no proceden recursos, sin que con ello se vulnerara la doble instancia. Argumenta que a ese respecto en sede de tutela la Sala de Casación Penal -STP4331-2016- al estudiar una exclusión probatoria en juicio, que se hizo por orden del juez, consideró que ello podía ser resuelto de tal manera, con mayor razón una solicitud para incorporar la entrevista de un testigo que declaró en juicio. Insiste por tanto en que la nulidad carece de vocación de prosperidad.

De realizarse una revisión oficiosa del juicio oral, considera que la decisión del a quo se ajustó a derecho y por ende debe ser confirmada, en tanto las motivaciones esgrimidas en el fallo se encuentran plenamente acreditadas. A esa conclusión se llega si en cuenta se tiene que la prueba de referencia de la presunta víctima no está corroborada con otra prueba que confirme su dicho, ni existe corroboración respecto a que el arma incautada a **MAURICIO VÉLEZ,** que no le fue hallada en su poder sino en el compartimento del vehículo, haya sido usada para amedrentar a la víctima, y explica por qué en su sentir MICHAEL GARCÍA cambió su versión en juicio.

Estima acertada la consideración del despacho al aludir a la sentencia 17186 de enero 23 de 2008 como precedente aplicable al caso para absolver, además por no existir prueba en el sentido que los imputados eran conscientes que esa retención configuraba un secuestro, ya que no se acreditó que su intención era privar de la libertad a la presunta víctima y los hechos encuadran más en un constreñimiento ilegal. Así que de una revisión integral del juicio se concluye que la sentencia absolutoria fue acertada.

Le llama la atención la manera inelegante y despectiva como la fiscal del caso trató al juez en el escrito de nulidad, cuando su deber era actuar con decencia y respeto en el curso de un proceso judicial como lo estipula la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y el Código de Ética y Buen Gobierno de la Fiscalía, normas que han sido gravemente desconocidas conforme lo plasmado contra el Juez Sexto Penal del Circuito, y estima que tales afirmaciones constituyen una velada acusación de prevaricato, lo que es contrario a la realidad procesal como quiera que consta que el juez decidió a veces a favor de la Fiscalía y a veces de la defensa por igual, sin que se aprecie de ninguna manera la actitud caprichosa por parte de la judicatura como lo insinúa la delegada apelante.

No es justo que la parte inconforme proyecte un manto de duda sobre el buen desempeño del juez, y que se hagan afirmaciones que afrentan la dignidad del funcionario; por tanto, pide se estudie la viabilidad de compulsar copias al Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, para que se investigue la posible comisión de una falta disciplinaria por parte de la fiscal frente al respecto debido a un Juez de la República.

2.3.- Debidamente sustentado el recurso, el funcionario de primer nivel lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, SE CONSIDERA

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae básicamente a establecer si en criterio de la Colegiatura fue acertada la providencia de primer grado en cuanto profirió fallo absolutorio a favor de los señores **JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ** y **MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA**; o si, por el contrario, existen pruebas que permiten determinar más allá de toda duda razonable la responsabilidad de los procesados, como lo

pregona la parte recurrente. Pero previamente, se deberá determinar: (i) si hay lugar a inadmitir el recurso por indebida y/o insuficiente motivación, según lo expuesto por la defensa; o si (ii) existe necesidad de decretar la nulidad de lo actuado como pretensión inicial que esbozó la parte recurrente.

3.3.- Solución a la controversia

Según ha quedado anunciado, a la Corporación le corresponde analizar de manera previa los siguientes temas, en su orden: (i) si el recurso interpuesto presenta una insuficiente motivación, en cuyo caso se inadmitirá en los términos en que lo propone la defensa como parte no recurrente; de superarse ese inicial escollo (ii) se pasará igualmente de manera previa, a dilucidar si hay lugar a retrotraer la actuación a segmentos procesales ya superados, acorde con lo pregonado por la Fiscalía General de la Nación como parte recurrente. Lo anterior, por cuanto en sentir de la delegada fiscal se vulneró el debido proceso durante el desarrollo del juicio oral al no permitírsele incorporar como "testimonio adjunto" la entrevista fílmica rendida por el testigo de cargo MICHAEL GARCÍA, decisión que fue proferida por el a quo mediante "orden" y sin otorgársele la posibilidad de interponer recursos. De igual modo, por avizorar que el funcionario de conocimiento no actuó con la debida imparcialidad en este caso.

Para comenzar diremos que en lo que atañe con la inadmisión del recurso por indebida o insuficiente motivación, la Sala encuentra que si bien el escrito de sustentación de la alzada por parte de la Fiscalía presenta ciertas deficiencias argumentativas, la realidad procesal enseña que las mismas no son de tal entidad que lo tornen inviable para los fines que pretende. Así se asegura por lo siguiente:

Un examen del mismo permite avizorar que la delegada fiscal fincó el eje central de su inconformidad en buscar la anulación del juicio, para al final plantear que de no ser así, entonces lo que correspondería a continuación era la revocatoria de la absolución y en su reemplazo el proferimiento de un fallo de condena.

Nótese que allí existió quizá un error de presentación o enfoque por parte del órgano persecutor, en cuanto entendió que la nulidad constituía su solicitud principal y que la revocatoria del fallo sería lo subsidiario, cuando obviamente debe entenderse que no es así sino más bien a la inversa, esto es, que su pretensión principal consiste desde luego en obtener una sentencia condenatoria según su teoría del caso, pero en el evento de que ello no prospere, entonces requiere subsidiariamente se le dé vía libre al remedio

extremo de la nulidad, con miras a que se le permita corregir ciertos yerros que a su modo de ver conspiraron negativamente para que el a quo se inclinara por la emisión de un fallo de condena. Lo dicho, en cuanto asegura que el funcionario de conocimiento se obstinó en impedirle ejercer el debido proceso.

Y lo expuesto tuvo quizá su razón de ser, en el hecho de que la delegada fiscal dejó entrever -tácitamente- que en su criterio la anulación se hacía imperiosa para lograr la introducción de la entrevista del citado testigo MICHAEL GARCÍA, como queriéndose significar que tal vez la causa para que el asunto culminara con un fallo absolutorio se debía a la no incorporación de esa entrevista. En otras palabras, se sobredimensionó el valor de la versión preliminar del testigo al punto de estimarla de vital importancia para alcanzar el propósito final que no era otro, según el contexto de la apelación interpuesta, que obtener la emisión de un fallo adverso a los coacusados.

Siendo así como en efecto lo es, la Corporación puede asegurar que si bien no fue atinada esa presentación del asunto por la parte inconforme con la absolución, en atención a la argumentación que en extenso se consignará más adelante, de todas formas se considera que se trata de una posición respetable, y en ese sentido se debe concluir que la motivación propuesta en el recurso es suficiente para efectos de que el Tribunal proceda a analizar de fondo el mérito probatorio de los elementos de convicción válidamente incorporados a la actuación, ya en forma individual ora de manera conjunta como en derecho corresponde.

Con mayor razón, cuando no solo en criterio de la Sala están claros los aspectos sustanciales del recurso, en cuanto ataca puntos neurálgicos del debate, sino además porque es evidente que la discusión en todo el trasegar del juicio gira en torno a los temas que se resaltan en la impugnación.

Superado ese primer estadio de inconformidad, se pasará al estudio de lo que atañe con la posibilidad de anular la actuación, y en ese sentido se dirá desde ya, que en criterio de la judicatura la misma es improcedente por varias razones, a saber:

LA PRIMERA: No se puede anular un trámite que tenía su definición propia en la instancia y que no se solucionó adecuadamente por medio de la interposición de los recursos. Así se asegura porque cuando la Fiscalía pretendió introducir "toda" la entrevista para efectos de configurar lo que se ha dado en llamar *testimonio adjunto o acompañante*, esa opción se la negó de plano el juez de instancia.

Acorde con los registros, la delegada intentó apelar esa determinación, como era lo esperado, pero tal posibilidad le fue rechazada con fundamento en que se trataba de una "orden" y que como tal no admitía recurso alguno. Y allí paró todo, porque a continuación la delegada fiscal no procuró el recurso de queja con miras a que el Tribunal conociera de esa particular situación procesal. En otras palabras, la Fiscalía se conformó con la manifestación que le hizo el funcionario a quo y no agotó el mecanismo que la ley le concedía para intentar superar el *impasse*. Y así es, porque entre otras cosas, muy a pesar de que el juzgador aludió a una simple "orden", la realidad procesal enseña que al fin de cuentas motivó su determinación como si en verdad se tratara de un auto interlocutorio.

LA SEGUNDA circunstancia para no considerar viable la anulación deprecada, es que si bien esa finalidad que pretendía la Fiscalía no fue alcanzada, es decir, introducir la entrevista "entera", al menos sí logró la incorporación de los apartes pertinentes de la misma por medio de los dos métodos para los cuales estaba llamada a ser utilizada en juicio, es decir, primero para refrescar memoria y posteriormente para impugnar credibilidad. Y lo anterior se hace evidente, en cuanto es claro que la parte acusadora sí pudo confrontar ampliamente al testigo en todos aquellos puntos respecto de los cuales observó inconsistencias o incoherencias. Y en esta parte específica le asiste total razón al señor defensor.

De ese modo, a juicio del Tribunal, sí se cumplió el objetivo que buscaba la delegada fiscal, que no era nada diferente a que el juez tanto unipersonal como colegiado lograran apreciar en qué consistió el cambio o variación sustancial de parte del testigo, entre lo que dijo inicialmente en la entrevista y lo que concretó o expuso en el desarrollo del juicio oral. Única forma de que el fallador pudiera elegir entre si le daba mayor credibilidad o confiabilidad a la testificación en juicio, o si, por el contrario, hacía primar -motivadamente desde luego- el relato anterior en términos de valoración probatoria.

Importa resaltar en esa dirección, que en el actual sistema con tendencia acusatoria, introducir en todo o en parte la entrevista vertida ante los organismos de Policía Judicial, dependerá básicamente de que toda ella o solo una parte sea contraria a lo vertido en juicio por el testigo que se considera hostil. Y ya se sabe que para el caso del declarante MICHAEL GARCÍA, la desarmonía se encuentra solo en unos precisos apartes de su exposición.

Y LA TERCERA razón o motivo para no anular lo actuado, es que únicamente es viable invalidar un trámite procesal, cuando existe la posibilidad de que a raíz de la repetición de la actuación se pueda sobrevenir una decisión judicial

diferente y a favor de los intereses de quien la solicita. Pero lo que aquí se aprecia, es que ello no es posible, no solo porque como ya se indicó está claro en qué puntos es que se contradice el testigo, sino porque, como luego igualmente se verá, las bases probatorias están sentadas en forma clara para que la judicatura analice de fondo el asunto y defina si se mantiene la absolución proferida, o si, por el contrario, lo que corresponde es el proferimiento de un fallo de condena.

Superados esos iniciales escollos, y definido como está que la Corporación aceptará conocer de fondo la apelación y no dará vía libre a la anulación del juicio, lo que corresponde a continuación es definir si hay lugar a declarar la responsabilidad penal en cabeza de los justiciables, en los términos propuestos por la Fiscalía General de la Nación.

En esa dirección, lo que la Colegiatura aprecia de entrada, es que tanto el señor juez de conocimiento al momento de emitir el fallo absolutorio, como la defensa en su condición de parte no recurrente, parten del entendido que en verdad algo anormal sí ocurrió, o sea, que el proceder de los aquí involucrados fue absolutamente reprochable, pero que el comportamiento que se les podía haber atribuido en la acusación era quizá un *constreñimiento ilegal* mas no un secuestro en cualquiera de sus modalidades.

Esa aseveración la encuentra la Sala cierta, pero no suficiente ni acorde con los hechos registrados. Así es, porque la Fiscalía bien pudo haber imputado y acusado tanto por *constreñimiento ilegal* como por *secuestro*, dado que, como lo explicaremos en detalle más adelante, no solo las víctimas son plurales, sino que además fueron diversos los momentos en que es posible dividir la actividad delictiva en el caso concreto. Con todo y muy a pesar de tales circunstancias, el órgano persecutor eligió no imputar ni acusar por *constreñimiento ilegal*, sino única y exclusivamente por *secuestro simple agravado*.

De ese modo, no es válido ni jurídicamente atendible, pretender a la hora de ahora el desconocimiento de la acusación específica que por *secuestro* formuló la Fiscalía, bajo el argumento consistente en que en todo este acontecer estaba en juego otra ilicitud que se pasó por alto tanto en lo fáctico como en lo jurídico. En criterio de la Corporación, obrar en esa dirección constituye un sofisma que nos corresponde develar y a ello se procede.

Como se acaba de anunciar, el accionar ilícito endilgado a los procesados se hubiera podido dividir al menos en tres episodios debidamente delimitados, en cada uno de los cuales era factible debatir la existencia de conductas antijurídicas diversas en contra de víctimas distintas, a saber:

PRIMER EPISODIO: representado por lo ocurrido entre el hoy acusado **JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ** y LUIS FERNANDO WILCHES NARVÁEZ, quienes tenían un negocio de venta de simcard (el primero se las enviaba desde Medellín para que el segundo las distribuyera en Pereira). Lo cual terminó en problemas, porque el mencionado WILCHES no pudo cumplir con el volumen de ventas asignado, y al no permitírsele la devolución de las simcard sobrantes, se sobrevino un endeudamiento con las consiguientes amenazas y el cobro forzado que desencadenó las posteriores escenas criminosas.

SEGUNDO EPISODIO: el que trascendió en el momento en que el citado **JOSÉ GARCÍA** se decidió a desplazarse hasta Pereira en compañía de otra persona armada, nadie distinto que el para ese entonces Subcomandante del Gaula con sede en Medellín, capitán **MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA**, con el único propósito de cumplir las amenazas y obtener el pago de las acreencias A COMO DIERA LUGAR. Con ese cometido llegaron inicialmente a buscar a WILCHES NARVÁEZ en su residencia, pero como no lo encontraron, fueron hasta la casa habitada por la familia GARCÍA JIMÉNEZ, a cuyos moradores (MICHAEL GARCÍA JIMÉNEZ -"MAICOL"-, su señora madre CLAUDIA PATRICIA JIMÉNEZ PINEDA, y su padre EZEQUIEL ANTONIO GARCÍA ZULETA) los intimidaron y les exigieron el pago de una suma de dinero que ellos no debían. Lo anterior únicamente con fundamento en que los hoy coacusados tenían la firme convicción, equivocada desde luego, que la madre de MAICOL era la esposa de WILCHES, y por esa vía le alcanzaron a exigir el traspaso de las escrituras de ese inmueble.

Una vez se dieron cuenta que ella no era la esposa del citado WILCHES, al igual que allí ya no vivía el empleado JORGE LUIS VALDIVIEZO LUCAS -"conocido como JUNIOR"-, entonces aminoraron la agresión a cambio de que les dijeran dónde encontrar a estos personajes, a cuyo efecto tanto el padre como el hijo aceptaron llevarlos -supuestamente de manera voluntaria-. En el trayecto, MAICOL los orientó hacia el edificio donde vivía JORGE LUIS VALDIVIEZO, por medio del cual podrían obtener la ubicación de WILCHES.

TERCER EPISODIO: se desencadena de una manera circunstancial, en el instante en que los hoy acusados deciden efectivamente dirigirse con tal propósito al edificio Portal del Café ubicado en la calle 17 con carrera 3ª de esta capital, donde vivía JORGE LUIS VALDIVIEZO -"JUNIOR"-, es decir, para lograr por su intermedio dar con el paradero de LUIS FERNANDO WILCHES NARVÁEZ y obtener a como diera lugar el pago de la obligación incumplida, tal cual se lo habían anunciaron vía telefónica desde la ciudad de Medellín.

Sucedió a continuación, que tan pronto hicieron su arribo a ese inmueble, coincidencialmente estaba saliendo en ese preciso momento VALDIVIEZO, con los resultados ya conocidos, o sea, su traslado forzoso al vehículo, su desplazamiento por varias cuadras del centro de esta capital con el fin de ubicar a WILCHES, y al no obtener este propósito continuaron con "Junior" a bordo de ese rodante con RUMBO DESCONOCIDO, hasta que más adelante se les interpuso en la ruta el carro oficial que logró hacer parar el citado automotor, con la consiguiente aprehensión de los implicados y la liberación de JORGE LUIS VALDIVIEZO.

Como fácilmente se observa, se trató de tres escenas consecutivas debidamente delimitadas una de la otra tanto en tiempo como en espacio, y en las cuales fueron protagonistas personas distintas, así:

En la primera escena, el victimario fue exclusivamente **JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ** y víctima únicamente LUIS FERNANDO WILCHES. Para aquél inicial momento, la conducta reprochable no era otra que un *contreñimiento ilegal*, como quiera que por medio de amenazas telefónicas se le exigía el pago de una deuda que había adquirido. Pero sin saberse la razón para ello, la Fiscalía tanto al momento de la imputación como de la acusación, pasó por alto esa escena y no hizo cargos concretos por esa específica conducta al margen de la ley.

En la segunda escena, en cambio, ya no solo intervino **JOSÉ GARCÍA** sino además **MAURICIO VÉLEZ**, y los agraviados fueron los integrantes de la familia GARCÍA JIMÉNEZ -madre, padre e hijo-, en tanto la conducta reprochable siguió siendo el *contreñimiento ilegal* porque igualmente continuaron presionando, aunque esta vez basados en una confusión al creer erradamente que la señora CLAUDIA JIMÉNEZ era la esposa de WILCHES, a efectos de que se les hiciera efectivo el pago incluso con el traspaso de las escrituras de la casa.

Aquí se plantea la posibilidad igualmente de la realización a continuación de un secuestro temporal tanto en la persona de MAICOL como de su padre EZEQUIEL, pero ante la manifestación ofrecida a las autoridades en el sentido que ellos se fueron "voluntariamente" con los citados sujetos en ese vehículo para ayudarles a ubicar a "Junior" y por su intermedio a WILCHES, lo mismo que el cambio de versión en juicio por parte de MAICOL al indicar que tanto él como su padre no tuvieron la condición de víctimas de un secuestro, tal opción delictiva se quedó en la nebulosa, o al menos la Fiscalía tampoco hizo ninguna alusión a esos dos potenciales punibles ni en la imputación ni al momento de la acusación.

En la tercera escena, también tomaron parte activa ambos acusados; empero, a diferencia de los dos anteriores episodios, ya aquí la víctima pasó a ser JORGE LUIS VALDIVIEZO, a quien decidieron someter para que los llevara al lugar en donde podía estar la persona que buscaban, nadie distinto a WILCHES.

Fue en este específico acontecimiento en el que centró su la atención la Fiscalía General de la Nación, y el que eligió para efectos de hacer los cargos concretos tanto al momento de la imputación como en la ulterior formulación de acusación.

Para el Tribunal, acorde con los planteamientos procesales del ente persecutor, no existiría duda en cuanto todo indicaba que los aquí incriminados o al menos uno de ellos desde un primer momento -nos referimos a **JOSÉ GARCÍA**-, incursionaron en el punible de *constreñimiento ilegal* tanto frente a WILCHES como respecto a la familia compuesta por MAICOL, su madre CLAUDIA, y su padre EZEQUIEL. Se asegura lo anterior, porque tirios y troyanos están de acuerdo en que el hoy acusado **JOSÉ GARCÍA** hizo llamadas amenazantes y presiones indebidas a WILCHES, por una deuda que se tenía de parte de éste con ocasión de la venta de simcard que aquél le suministraba desde la ciudad de Medellín. Y esa forma de proceder constituía un eventual *constreñimiento ilegal* por tratarse de una manera indebida de cobrar una deuda lícita[1]. Así lo acepta incluso el señor juez en su fallo absolutorio, y al menos no lo niega la propia defensa en su condición de parte no recurrente.

De ese modo, no es lógico que por el hecho de que la Fiscalía omitiera, por razones que se ignoran, atribuir cargos por los episodios UNO y DOS, los cuales hacían potencial alusión a un *constreñimiento ilegal* como ha quedado dicho, pueda sostenerse que entonces lo ocurrido en la escena TRES ya no deba tenerse en consideración, cuando es obvio que en momento alguno el delito de *constreñimiento ilegal* trae aparejado el *secuestro*, ni por supuesto el *secuestro* puede quedar subsumido en el *constreñimiento ilegal*. Y es así, en cuanto un *constreñimiento ilegal* no implica ni por supuesto abarca la retención, el ocultamiento y/o la pérdida de locomoción de una persona. Si esto último sucede, así sea de manera temporal, la acción deja de enmarcarse en el mero *constreñimiento* y pasa a ubicarse típicamente en un *secuestro*, sea este simple o en modalidad extorsiva.

[1] Lo dicho, admitiendo en gracia de discusión que en verdad se trataba de un negocio lícito, porque al decir de la víctima WILCHES, en ese episodio de la venta de simcard se presentaron situaciones que podrían tildarse de sorpresivas o engañosas, dado que el señor JOSÉ GARCÍA -según lo explicó WILCHES en juicio- empezó a enviarle más de las simcard acordadas, y ello le generó una presión indebida porque lo estaban forzando a vender más de las que estaba a su alcance, con el consiguiente incumplimiento inevitable y el desencadenamiento de las referidas amenazas.

Por parte de la primera instancia se trajo a colación una jurisprudencia a efectos de significar que lo que aquí sucedido se quedó en un mero *constreñimiento ilegal* y no traspasó los linderos del delito de *secuestro*, concretamente mencionó como precedente aplicable al caso la sentencia con radicación 17186 de enero 23 de 2008, misma que igualmente le sirvió de referente a la defensa para hacer sus propios planteamientos al momento de intervenir como parte no recurrente. Ocurre sin embargo, que el Tribunal no puede compartir una tal posición, no solo porque la jurisprudencia en cita en realidad no es aplicable al asunto en ciernes, como se sostendrá a continuación, sino porque otras tantas jurisprudencias del órgano de cierre indican lo contrario.

El tema de debate al cual se contrae el aludido precedente, hace relación específicamente al hecho de que la afectación del derecho de locomoción debe ser *relevante* y que lesione significativamente el bien jurídico que se pretende proteger, sin que para ello sea suficiente la *percepción subjetiva* de quien se dice víctima. Pero se olvida, que es la misma Sala de Casación Penal la que al final de esa sentencia deja en claro, como no podía ser de otra manera, que lo allí expresado no significa en modo alguno que las *retenciones temporales* de personas no puedan constituir delito de *secuestro*, e incluso añade, que eso sucede por ejemplo en el caso de los llamados "paseos millonarios", para a continuación referir pluralidad de sentencias acerca de ese singular evento. Textualmente se dijo:

> "Finalmente, no sobra precisar que la Corte sí ha considerado como conductas constitutivas del delito de *secuestro* acciones que en principio no encajarían dentro de la descripción típica o que no concordarían con las concepciones tradicionalmente aceptadas como tales, y para ello resulta suficiente remitirse a la línea jurisprudencial que sobre los llamados 'paseos millonarios' ha desarrollado esta Corporación, entre cuyas decisiones se encuentra una citada por el representante de la Fiscalía en la demanda[2]. Pero lo anterior no significa que, si en aquellos casos la Corte se valió del ejercicio de un legítimo poder interpretativo y de verificación, tendría que ocurrir otro tanto con comportamientos tan peculiares y equívocos como el aquí analizado".

Sobre el particular, bastaría agregar que de conformidad con el segundo inciso del artículo 169 CP[3], esa modalidad consistente en *trasladar*

---

[2] Cfr., entre otras, sentencias de 14 de julio de 1994, radicación 8389; 31 de julio de 2003, radicación 15063; y 25 de mayo de 2006, radicación 20326.
[3] El dispositivo prescribe: "Igual pena se aplicará cuando la conducta se realice temporalmente en medio de transporte con el propósito de obtener provecho económico bajo amenaza".

momentáneamente y sin su consentimiento a una persona en un vehículo, es un proceder en sí mismo delictivo, y de carácter extorsivo cuando media un interés económico.

Se pregunta por tanto la Sala: ¿acaso lo que le sucedió al joven JORGE LUIS VALDIVIEZO -"JUNIOR"- en el asunto que se juzga, no fue una retención temporal por traslado no consentido en un vehículo?; ¿acaso no fue un acto violento ejecutado en su contra?; o ¿acaso ese proceder no desbordó todo lo esperado dentro del contexto de acción que se analiza? Las respuestas que se tienen son las siguientes:

Indudablemente y sin lugar a equívoco alguno, aunque no se trató de un acto debidamente programado sino surgido en forma ocasional durante el desarrollo del cobro forzado de una obligación dineraria al parecer lícita, tanto **JOSÉ GARCÍA** como **MAURICIO VÉLEZ** en un determinado momento tomaron la decisión de llevarse por la fuerza a esa persona. Y ese proceder tuvo ocurrencia cuando: (i) SE LO ENCONTRARON a la entrada del edificio donde residía; (ii) LO PARARON para evitar que se fuera y le exigieron identificarse; (iii) LE INFORMARON a qué iban y lo que pretendían; (iv) no obstante que RETROCEDIÓ, se le hicieron por detrás y LO EMPUJARON PARA EXTRAERLO VIOLENTAMENTE DE ESE INMUEBLE, o sea hacia la parte exterior de la puerta principal de acceso, ya que "Junior" les expresó que no quería montarse en el vehículo como se lo exigían; (v) SE LO LLEVARON hacia ese automotor; y (vi) LE DIERON UNA BOFETADA o CACHETADA antes de ingresarlo al rodante.

Muy detalladamente se sabe que en la puerta principal de ingreso al edificio Portal del Café, ubicado en zona céntrica de esta capital, lo abordó primero **JOSÉ GARCÍA** quien LO RETUVO -así lo expresó la víctima JORGE LUIS VALDIVIEZO en su entrevista debidamente incorporada al juicio; lo ratificó el celador que presenció el acto, señor JHON EDGAR HERRERA; lo asevera también el joven MICHAEL GARCÍA "Maicol"**;** y se corrobora con los registros de video obtenidos por parte de la Policía Judicial de las cámaras de video existentes en el citado edificio para la fecha de los hechos-**.** En esa escena se aprecia claramente cuando **JOSÉ GARCÍA** le pone la mano de frente para que "Junior" no se vaya a ir, le dirige unas palabras, a continuación VALDIVIEZO retrocede dando unos pasos para volverse a entrar al edificio, y es el momento en que hace presencia en la escena **MAURICIO VÉLEZ**, tranzan de nuevo unas palabras, luego este último se le ubica por detrás y le da un fuerte empujón para poderlo sacar del inmueble, a continuación **JOSÉ GARCÍA** lo toma por el brazo derecho y se lo llevan hacia el vehículo que se encuentra estacionado en la vía. Todo ello con la mirada atónita del celador a quien le tocó presenciar a corta distancia ese episodio.

Una correcta comprensión de lo que allí estaba ocurriendo, implica tener presente que esos personajes ERAN DESCONOCIDOS para el citado "Junior", y es apenas entendible que nadie en uso de sus cinco sentidos se monta en un vehículo con personas extrañas, mucho menos cuando ya se sabía que estaban allí para algo malo, nada diferente que hacer efectivo el cobro de una obligación POR LA FUERZA -así se lo hicieron saber en las llamadas amenazantes que le efectuaron a WILCHES previo a estos acontecimientos, al igual que se desprendía de las llamadas de advertencia que les alcanzaron a hacer los integrantes de la familia GARCÍA JIMÉNEZ antes de que hicieran presencia en el edificio Portal del Café, como quiera que allí se hacía alusión a unos energúmenos que llegaron intimidando al medio familiar haciéndose pasar como pertenecientes a una "oficina de cobro" y preguntando insistentemente por los deudores-. Luego entonces: ¿cómo creer en sana lógica, que el citado JORGE LUIS VALDIVIEZO se quería montar en ese automóvil en tan particulares circunstancias? Por supuesto que no.

Basta significar que esa aseveración en cuanto a que nadie se monta a un vehículo con personas desconocidas en tan singulares circunstancias, no es solo una opinión que le surge al Tribunal fruto de las reglas de la experiencia, sino que el acervo probatorio está plagado de una tal afirmación. Recuérdese que la señora CLAUDIA JIMÉNEZ sostuvo que se quedó muy preocupada cuando su esposo y su hijo se montaron en ese vehículo porque no estaba bien que se montaran en un carro con extraños. MICHAEL GARCÍA -"Maicol"- le dijo a la audiencia que es verdad que se asustó mucho cuando se iba a subir a ese campero porque eran sujetos desconocidos, con mayor razón cuando al hacerlo se percató que en ese momento uno de ellos sacó un arma de fuego. Y, desde luego, así lo dio a conocer en su entrevista la víctima VALDIVIEZO, quien expresó que le dio mucho temor tener que montarse en ese carro con estos dos individuos, más aún cuando tenía conocimiento de la intención que poseían cuando decidieron trasladarse a esta ciudad.

Hasta aquí queda claro que el ofendido: (i) nunca planeó montarse en ese vehículo; (ii) nunca expresó que sí quería hacerlo; y (iii) fue sacado a empujones del lugar donde vivía para a continuación ser llevado hacia ese automotor sin su consentimiento. Es así, porque según sus propias palabras, únicamente dejó de oponer resistencia cuando vio que en ese carro estaba MAICOL y eso lo tranquilizó un poco, con el agravante que antes de ingresar al mismo LE DIERON UNA BOFETADA o CACHETADA EN EL ROSTRO, tal cual así se lee en la denuncia introducida en juicio por parte del oficial MAURICIO ALEJANDRO DÍAZ AGUDELO -misma que fue recibida en asocio con el investigador CALET RODRÍGUEZ-, lo corrobora en su testimonio en juicio el mismo joven MICHAEL GARCÍA, e incluso, para no ir muy lejos, ante la contundencia de la prueba existente a ese respecto, así se ve forzado a admitirlo el señor juez a momento de emitir su fallo, y lamentablemente la defensa obvia hacer expresa

mención a los efectos valorativos de esa significativa circunstancia de la BOFETADA o CACHETADA justo cuando la víctima estaba por ingresar al vehículo, en cuanto es innegable admitir que representa en su esencia un acto violento.

Pero las cosas no pararon allí, porque lo que se sobrevino igualmente lleva a pregonar que la travesía a la cual fue sometido representó para él un verdadero infierno como lo había presagiado. Recuérdese que a poco andar hicieron descender a padre e hijo a quienes enviaron a casa en un taxi, no sin antes advertirles que **no dijeran nada acerca de lo que estaba sucediendo, que mucho cuidado con decir algo**.[4] Aparte este último que muy a pesar de su relevancia para la decisión a tomar, fue soslayado tanto por el señor juez en su fallo como por la defensa al momento de intervenir como no recurrente.

A partir de allí continuó el suplicio, pero ahora sin la presencia incómoda de MICHAEL y su padre, porque los ahora procesados continuaron la ruta solo con "Junior" en el asiento del copiloto y con el cinturón de seguridad puesto. Es claro por tanto que se hacía preciso despachar a potenciales testigos de lo que a continuación se sobrevendría. Y así fue, porque la persona que iba justo en la parte de atrás, o sea **MAURICIO VÉLEZ**, lo tomó del cuello y le puso un arma por el costado izquierdo, para simultáneamente decirle: "mira perro si tu no dices donde está WILCHES te voy a pelar y te voy a tirar al río […] me decía gonorrea te vas a dejar hacer matar por otro"**.**

Le exigieron a la víctima llamar a WILCHES de uno de los dos celulares QUE PREVIAMENTE LE HABÍAN QUITADO PARA EVITAR QUE SE COMUNICARA, pero como tenía que hablar a distancia porque no se lo dejaron coger, lo único que alcanzó a decirle a WILCHES es que andaba con las personas que lo estaban buscando, sin saber si éste lo alcanzó a escuchar. No podía hacer otra cosa que mencionarles que WILCHES los estaba esperando en la Plaza de Bolívar, lugar hacia el cual se dirigieron, no sin antes hacer una parada al frente de la Catedral para luego continuar, y como no vieron por parte alguna a WILCHES, siguieron el recorrido CON RUMBO DESCONOCIDO, instante en el cual VALDIVIEZO quedó aterrado porque entendió que era en serio lo de la llevada al río para "pelarlo". Un carro de la policía los sobrepasó más adelante y se les atravesó una cuadra después, con lo cual a los aquí comprometidos les tocó parar y afrontar la situación.

[4] En la entrevista rendida por la víctima, debidamente introducida en juicio, refirió que: "[…] el conductor JOSÉ MANUEL les dijo (entiéndase al padre EZEQUIEL y a su hijo MICHAEL) **ustedes no han visto nada**, y se fueron. **No digan nada o no han visto nada**". Así mismo, por su parte, en el testimonio rendido en juicio por MICHAEL GARCÍA, expresó que las palabras que ellos utilizaron fueron algo así como: "**mucho cuidado con lo que dicen**".

Si eso no es un *secuestro*, entonces no se sabe qué lo es, porque independientemente de que toda esta situación comenzara con un *constreñimiento ilegal*, y que la retención de la víctima se diera de manera circunstancial u ocasional y por un corto espacio de tiempo, nadie, absolutamente nadie puede negar que eso se llevó a cabo de manera VIOLENTA. Además, que la intención que animaba a los autores del ilícito no era nada diferente a efectuar ese desplazamiento para forzar a toda costa el resultado deseado, y para procurar obtener ese fin no les importó utilizar todos los medios que estaban a su alcance, incluso el de la retención indebida de una persona.

Esa intencionalidad se extrae de lo siguiente: (i) los aquí acusados eran conscientes que JORGE LUIS VALDIVIEZO no se quería subir a ese vehículo, así se los expresó y por eso les tocó acudir a la fuerza física para lograrlo; (ii) pocas cuadras más adelante hicieron descender del automotor a padre e hijo para que no presenciaran lo que se sobrevendría, con la advertencia que no contaran nada de lo que estaba pasando; (iii) cuando llegaron a la Plaza de Bolívar se detuvieron un momento en la Catedral, lo cual es indicativo que no querían estar por mucho tiempo estacionados justo al frente del CAI que estaba ubicado en toda la esquina del semáforo, así que tan pronto este cambió la señal luminosa a verde, volvieron a arrancar e hicieron el giro hacia la izquierda para continuar por la carrera octava; y (iv) al no hallar por parte alguna a WILCHES, decidieron no detenerse y buscarlo como sería lo esperado, sino que continuaron la marcha CON RUMBO DESCONOCIDO hasta que posteriormente una patrulla policial les bloqueó el paso con los consabidos resultados.

Lo que ocurre y he allí el meollo del asunto, es que el debate se centra en la afirmación tanto del señor juez a quo como del distinguido defensor, en el sentido que los medios de conocimiento en los cuales se soportan cada una de esas aseveraciones no son jurídicamente atendibles, básicamente porque varios de ellos se consideran pruebas de referencia, y con fundamento en esa clase de evidencia no es posible condenar por expresa prohibición legal.

Nótese de entrada, que tanto el fallador de primera sede como el letrado que hizo un encomiable esfuerzo por sacar avante los intereses procesales de sus representados, hacen aseveraciones que en criterio del Tribunal podrían ser entendidas de la siguiente manera: (i) no existen pruebas directas de responsabilidad en el plenario; (ii) de existir, las mismas son de referencia inadmisibles; (iii) pero de estimarse que tienen la categoría de pruebas de referencia admisibles, no se encuentran debidamente corroboradas de manera periférica; y/o (iv) no hay lugar a pregonar la figura del *testimonio adjunto*

para efectos de poder cotejar lo dicho por otro de los principales testigos de cargo en la entrevista rendida preliminarmente ante los organismos de Policía Judicial -nos referimos al joven MAICOL-, con lo aseverado al momento de llevarse a cabo el juicio oral, básicamente porque una entrevista no es prueba autónoma en sí misma considerada.

Frente a todo ello, lo que al Tribunal le corresponde decir, es que tanto el señor juez como la defensa están en lo cierto al menos en una cosa: que el testimonio de JORGE LUIS VALDIVIEZO que obra en el plenario, en su condición de víctima directa del delito por el cual fueron acusados los aquí comprometidos, se encuentra en una entrevista fílmica que rindió a los organismos oficiales, y, por lo mismo, es en verdad prueba de referencia dado que el ofendido no concurrió personalmente a la vista pública.

Acerca de ese particular asunto, hay lugar a recordar que en el período de juzgamiento se presentó un debate jurídico acerca de si esa entrevista previa por parte de la víctima era o no susceptible de ser introducida válidamente al juicio, y la conclusión a la que llegó en aquel entonces esta Sala de Decisión en providencia por medio de la cual se revocó el auto interlocutorio de primera instancia, consistió en que esa entrevista sí debía ser incorporada a favor de la teoría del caso de la Fiscalía como prueba de referencia admisible, en consideración a la demostrada indisponibilidad del testigo[5]. Así las cosas, no puede menos la Corporación que atenerse a lo argumentado en esa oportunidad, por considerar que lo allí sostenido estuvo ajustado a derecho.

Lo otro, es decir, si esa prueba de referencia admisible de la víctima se encuentra o no corroborada periféricamente con otras evidencias incluso de orden indiciario; o si, de otra parte, cabe hablar de la figura del *testimonio adjunto* a efectos de poder confrontar lo narrado por otro de los testigos de cargo en su entrevista con lo finalmente vertido en juicio, como es lo atinente al joven MICHAEL GARCÍA JIMÉNEZ -"Maicol"-, son temas que corresponde dilucidar a continuación, porque de ello depende en su esencia el que se confirme o se revoque el fallo de primera instancia.

Respetando sobremanera los juiciosos planteamientos del señor defensor, el Tribunal se ve forzado a sostener que la línea de pensamiento que ha mantenido esta Sala de Decisión en múltiples decisiones de similar estirpe, y que constituye el llamado precedente horizontal que se sabe de obligatorio acatamiento, armonizado desde luego con jurisprudencia del orden nacional, se puede sintetizar de la siguiente manera:

[5] Cfr. Tribunal Superior Pereira, auto interlocutorio de agosto 26 de 2015, M.P. Castaño Duque.

"- Como es sabido, solo tienen la condición de prueba aquella practicada en presencia del juez de conocimiento, con satisfacción de los principios de publicidad, contradicción y confrontación, al tenor de lo reglado en el canon 16 C.P.P. Pero que así sea, no significa que las pruebas de referencia admisibles no sirvan para nada, como al parecer es lo que opina el defensor, porque de acreditarse los presupuestos contenidos en el artículo 438 ídem, como lo fue en el presente asunto, la titular del despacho estaba autorizada para fundar el fallo de condena en esos elementos de convicción.

- Es lo que, con buen tino, la funcionaria constató al momento de hacer la valoración probatoria, en total armonía con lo que jurisprudencialmente se ha dado en llamar "prueba de corroboración periférica", en los siguientes términos:

> "[…] Es decir, que cuando se trata de la prueba de referencia, la actividad probatoria compete estar centrada, en orden a realizar una **corroboración periférica, en torno al contenido de aquella y que comprometa la responsabilidad del acusado**.
>
> En la labor verificadora y con sustento en el principio de libertad probatoria que regla el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, **los hechos y circunstancias de interés** "*para la solución correcta del caso, **se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código** o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos",* **entre ellos, los indicios**, el operador puede basar el juicio de responsabilidad del acusado, siempre y cuando se arribe al grado de conocimiento más allá de toda duda.
> […]
> Aclarado lo anterior, se advierte que **el juzgador basó su fallo de condena no solo en prueba de referencia** (la entrevista que rindió el señor Manuel Antonio Buitrago), **sino que la misma fue confirmada con otro medios de convicción (corroboración periférica), como lo fueron los indicios construidos a partir del dicho de los policiales que participaron en la captura de los procesados**, en razón de las voces de auxilio de la ciudadanía que se hallaba en el lugar en donde fue ultimada la víctima (testigo de referencia) y de lo que ellos percibieron directamente (testigos directos), en torno a que los procesados mientras corrían se iban cambiando la ropa.[…][6]

De conformidad con ese precedente, se avizora que no es necesario que la prueba de referencia deba confirmarse con prueba directa, ya que por el contrario puede corroborarse "por cualquier medio" en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro sistema, incluso, mediante indicios o prueba indirecta.

Acerca de este punto en particular, no sobra hacer al menos dos aclaraciones esenciales, porque la Sala observa que la parte recurrente tiene una confusión al respecto: LA PRIMERA ACLARACIÓN, es que la prohibición legal consiste en que SOLO con prueba de referencia no se puede condenar; luego entonces, si la prueba de referencia admisible está unida a otros medios de convicción con los cuales converge, sí es posible llegar a una determinación de condena; LA

[6] CSJ AP, 4 jun. 2013, Radicado 40893.

SEGUNDA ACLARACIÓN, es que es un error sostener que esos otros medios de convicción, denominados también "prueba de corroboración periférica", deben demostrar por sí mismos o de manera autónoma e independiente la responsabilidad penal. Y es un error porque si así fuera, entonces estaría sobrando en el análisis la prueba de referencia, cuando, como ha quedado dicho, la de referencia se debe integrar en el análisis conjuntamente con la de corroboración. Y LA TERCERA ACLARACIÓN, es que el fin principal de la prueba de corroboración periférica o acompañante, es que a través de ella se logre dar CONFIABILIDAD o CREDIBILIDAD a la prueba de referencia, lo cual es apenas lógico porque el principal defecto que posee la prueba de referencia es que tiene menguada su confiabilidad o credibilidad ante la imposibilidad de ser confrontada en juicio por la contraparte. En consecuencia, no se puede esperar que la prueba de corroboración diga exactamente lo mismo, o supla la prueba de referencia, porque, se repite, si así fuera entonces simplemente el juzgador se estaría a la prueba de corroboración y punto; sino que, y es diferente, lo que debe examinar el juzgador es si la prueba de corroboración permite sostener que el contenido de la prueba de referencia en verdad amerita credibilidad.

El contenido de la jurisprudencia a ese respecto es del siguiente tenor:

> "**En el derecho español se ha acuñado el término "*corroboración periférica*", para referirse a <u>cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima</u>, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado**[7]**; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual**[8]**; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.**
> […]
>
> Finalmente, debe insistirse en que **<u>una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia y otra muy diferente la valoración de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía para soportar su teoría del caso</u>.**
> […]
> Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. **En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable"**[9]**.** [10] -negrillas y subrayado excluidos-

[7] Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015
[8] ídem
[9] CSJ SP, 16 marzo. 2016, Rad. 43866

[10] Cfr. Tribunal Superior Pereira, SP junio 26 de 2020, Rad. 66400600004720140000602, M.P. Castaño Duque.

Ahora sí con fundamento en esa línea de pensamiento, los interrogantes esenciales que surgen en el caso concreto serían: (i) ¿es verdad que está huérfano en el plenario el contenido de la entrevista rendida preliminarmente por la víctima JORGE LUIS VALDIVIEZO, o por el contrario existen elementos probatorios válidamente allegados al juicio que permiten sostener que el contenido de esa entrevista es CREÍBLE o CONFIABLE en términos de valoración probatoria?; (ii) ¿es verdad que no se puede confrontar la entrevista rendida por el testigo MICHAEL GARCÍA JIMÉNEZ con lo vertido por este en juicio, a efectos de desentrañar a cuál de los dos relatos se le concede racionalmente mayor CREDIBILIDAD o CONFIABILIDAD?; o incluso, mejor aún (iii) así se aceptara, contra todo pronóstico, que no se debería tener en cuenta la entrevista del testigo MICHAEL GARCÍA sino única y exclusivamente su testimonio en juicio (aunque desde ya nos anticipamos a decir que la defensa en un acto de total lealtad procesal, al momento de intervenir como parte no recurrente admitió que ello sí era posible en este caso, pero no por la vía de la figura del "testimonio adjunto", según su opinión, sino por efectos de la "impugnación de la credibilidad" que tuvo ocasión de ejercer ampliamente la delegada fiscal en el juicio porque el señor juez así se lo permitió), es interesante preguntarnos desde esa óptica: ¿es verdad que la declaración del citado testigo en juicio no acompaña para nada el relato ofrecido por la víctima al momento de rendir la entrevista que como se dijo posee la condición de prueba de referencia admisible?

Las respuestas que se tienen a esos interrogantes por parte de los integrantes del Tribunal, luego de un detenido análisis de todo el material probatorio allegado válidamente a la vista pública, son: (i) la entrevista de la víctima JORGE LUIS VALDIVIEZO no está sola, hay multiplicidad de pruebas tanto directas como indirectas que la acompañan en forma periférica; (ii) la entrevista del testigo MICHAEL sí debería analizarse en forma conjunta con lo vertido en juicio, si no como *testimonio adjunto* como era lo esperado, habida consideración a lo singular de lo sucedido en juicio, al menos sí como medio de impugnación de los apartes en los cuales el declarante fue AMPLIAMENTE confrontado por ambas partes al momento del juicio oral, con la aquiescencia del director de la audiencia; y (iii) en caso de que se dijera -repetimos, en caso extremo y contra todo pronóstico- que aquí no pueden valorarse los apartes pertinente de la entrevista que rindió en forma previa el testigo, sino solo su testimonio en juicio; aun así, es claro que lo decantado en la audiencia permite asegurar que el citado MICHAEL GARCÍA terminó corroborando fehacientemente lo expresado por la víctima.

Para ello, la Sala recordará a continuación los aspectos sustanciales que contiene la entrevista rendida por el ofendido JORGE LUIS VALDIVIEZO, y a

renglón seguido cotejará punto a punto sus dichos con el restante material probatorio allegado al juicio oral:

A.- *Que iba saliendo del edificio donde reside y fue abordado por dos SUJETOS PARA ÉL DESCONOCIDOS -que resultaron ser los aquí acusados- quienes lo increparon para que se identificara, y al constatar de quién se trataba le dijeron que los tenía que llevar al lugar donde se encontraba WILCHES, y que para ello se debía subir en ese vehículo; como se negó a hacerlo, lo trasladaron a empujones hacia el referido automotor.*

Quizá nadie puede repetir "con las mismas palabras" lo que la víctima escuchó decir a esas dos personas. Pero es que si así fuera, entonces sobraría, como ya lo dijimos, hablar de prueba de referencia y simplemente nos estaríamos -se insiste- a lo vertido por esa otra fuente de información. Así que como de lo que se trata aquí no es de REEMPLAZAR LA PRUEBA DE REFERENCIA sino de VERIFICAR LA VERACIDAD DE SU CONTENIDO, lo que se debe asegurar es que todas esas expresiones efectuadas por la víctima en realidad encuentran sustento en otros medios de corroboración aledaños o periféricos que sí fueron válidamente allegados al plenario, a saber:

En primer término, está la declaración del citado MICHAEL GARCÍA JIMÉNEZ -"MAICOL"-, el joven que llevó precisamente hasta ese lugar a los aquí comprometidos con la finalidad ya aludida. Él dio fe EN SU TESTIMONIO RENDIDO EN JUICIO, que en efecto al llegar al edificio donde se sabía residía "Junior", a éste lo abordaron de inmediato, dialogaron, y minutos después presenció a lo lejos la escena en la cual aquéllos sujetos lo trasladaron a empujones -no alzado pero sí a empujones- hasta el vehículo donde él se encontraba con su padre. Incluso añadió que antes de ingresarlo LE DIERON UNA CACHETADA, luego lo subieron al puesto del copiloto y le pusieron el cinturón de seguridad.

En segundo lugar, está la declaración del celador del edificio JHON EDGAR HERRERA, porque a diferencia de lo indicado por el señor juez y la defensa, en criterio del Tribunal esta persona sí efectuó aseveraciones bien comprometedoras, porque es claro que presenció POR SUS PROPIOS SENTIDOS que al joven "Junior" lo abordaron dos sujetos desconocidos justo cuando estaba saliendo por la puerta de acceso principal a ese inmueble, y no lo dejaron seguir como era su propósito. Lo pararon a la brava, le exigieron identificarse, le expresaron varias cosas, y al cabo de unos segundos uno de ellos se le puso por detrás, lo empujó violentamente por el hombro izquierdo para sacarlo del edificio, y a continuación lo cogieron de los brazos y SE LO

LLEVARON -expresión textual bien significativa que el testigo utilizó varias veces- hacia un vehículo que estaba estacionado en la parte exterior.

La contundencia de lo por él percibido no se puede pretender aminorar por el simple hecho de que este celador no se atrevió a llamar a las autoridades, debido al entendimiento errado que solo lo obligaban las cosas que sucedieran "de la puerta hacia adentro y no de la puerta hacia afuera", que porque "él es guarda de seguridad y no policía", cuando de todas formas quedó claro en su exposición que a partir de ese momento permaneció bien preocupado toda esa noche por la suerte del citado inquilino "Junior", e incluso se la pasó rezando y al otro día estuvo pendiente a ver si regresaba; es decir, que algo malo si había sucedido y presagiaba lo peor[11].

Ni tampoco se puede pretender desequilibrar ese acompañamiento probatorio, con el argumento que el citado celador dio fe que VALDIVIEZO "no pidió ayuda", como tratándose de traer a colación en este específico escenario los denominados *indicio y contraindicio morales*, que involucran la subjetividad del individuo, para este caso concreto la víctima, a efectos de censurarle el por qué obró de tal o cual manera y no de otra, cuando es sabido que cada cual es *dueño de su propio miedo*, y que en un acto de esta naturaleza, en donde no le dieron tiempo absolutamente de nada, el que pidiera ayuda o no en el instante en que lo sacaron a empujones, en nada tergiversa la connotación violencia de ese episodio. Con mayor razón cuando en una situación de pánico es común que la persona no sea capaz ni siquiera de modular palabra, como es lo que al parecer le sucede al aquí ofendido, de quien se aseguró por los agentes que efectuaron el operativo que en aquél momento esta persona se encontraba en "shock" y no podía hablar del susto que tenía.

Y finalmente, si es que acaso esas dos versiones no fueran suficientes para concluir que lo que dijo la víctima es total y absolutamente cierto, se tienen ADEMÁS los contundentes registros en video obtenidos de las cámaras de seguridad de ese edificio -entiéndase *TESTIGOS SILENTES QUE NO MIENTEN*-, en los cuales se puede apreciar SIN DUBITACIÓN ALGUNA: (i) el momento en que sale la víctima del edificio; (ii) cuando llega **JOSÉ GARCÍA**, se le para de frente y le exige detenerse; (iii) el diálogo que sostienen; (iv) el RETROCESO de VALDIVIEZO para evadir la situación y volver a ingresar al edificio; (v) la llegada de **MAURICIO VÉLEZ** a la escena; (vi) el ingreso de éste último quien se le hace por detrás a "Junior" y lo empuja violentamente de nuevo hacia el

[11] Literalmente lo que expresó el testigo fue: "[…] ese día que pasaron los acontecimientos me sentí como extrañado, viendo que no había sido como muy normal como se habían llevado a ese señor, me preocupé, esa noche que pasó eso pasé la noche incómodo, asisto a iglesia cristiana y pasé orando que no le fuera a pasar nada a ese señor".

exterior; (vii) cuando lo recibe a continuación **JOSÉ GARCÍA** y lo llevan del brazo hacia el vehículo; y (viii) todo ello bajo la mirada atónita del vigilante quien estaba a pocos metros de la víctima y empieza a hacer movimientos de desesperación ante lo sucedido, en presencia de una inquilina del edificio quien llegó para ese instante y también quedó expectante con la situación.

B.- *Que ya estando en ese vehículo, lo desplazaron por varias calles del centro de la ciudad, pero a poca distancia hicieron descender a MAICOL y al padre de éste, a quienes enviaron en un taxi. A consecuencia de ello quedó a merced de los dos sujetos quienes continuaron la ruta hacia el parque principal de esta ciudad, en cuyo recorrido el que iba en la parte posterior, o sea el capitán* ***MAURICIO VÉLEZ****, lo tomó del cuello, le puso una pistola por el costado izquierdo, y le decía que si no los llevaba donde estaba WILCHES lo trasladarían al río para "pelarlo". Luego lo pusieron a hablar con WILCHES por uno de los dos celulares QUE PREVIAMENTE LE HABÍAN QUITADO, y le alcanzó a decir que estaba con las personas que lo andaban buscando. Al llegar al parque se detuvieron una media cuadra antes del semáforo, o sea en el lugar donde está la Catedral, y cuando cambió a verde continuaron la marcha, giraron a la izquierda por la carrera octava, y como finalmente no vieron a Wilches, entonces siguieron con él CON RUMBO DESCONOCIDO, hasta que los sobrepasó un vehículo de la policía, el que se les atravesó y de esa forma los hicieron parar, con la consiguiente aprehensión de quienes lo llevaban y su rescate.*

De nuevo: ¿quién puede decir con precisión lo mismo que dijo la víctima JORGE LUIS VALDIVIEZO?, desde luego que nadie, pero ello no quiere decir ni significa que ese relato de la entrevista previa no se encuentre debidamente corroborado probatoriamente EN CUANTO A VERACIDAD o CONFIABILIDAD por otros medios de conocimiento válidamente allegados a la actuación, como pasa a verse:

<u>En primer término</u>, por supuesto, con la misma declaración del joven MICHAEL GARCÍA -"Maicol"-, porque este LE DIJO A LA AUDIENCIA que le tocó ver el arma que llevaba consigo uno de los aquí comprometidos que resultó ser capitán del Gaula, que llegaron también a su morada en forma intimidante, que a él y a su padre les tocó llevarlos a donde vivía VALDIVIEZO, que estuvo acompañando en ese mismo vehículo a "Junior" hasta unas dos o tres cuadras más adelante, instante en el cual los hicieron descender tanto a él como a su padre, les dieron plata para que abordaran un taxi y se fueran para la casa, no sin antes exigirles que se quedaran callados frente a lo que estaba sucediendo.

En segundo lugar, con el testimonio RENDIDO EN JUICIO por LUIS FERNANDO WILCHES NARVÁEZ, quien además de narrar todos los pormenores de este caso y la manera como se desenvolvió el cobro forzado de la obligación por la venta de esas simcard, corroboró que efectivamente recibió una llamada de VALDIVIEZO cuando era llevado en ese vehículo, y supo que quienes lo trasladaban eran los dos sujetos que habían llegado a esta ciudad para hacer efectivo el cobro a como diera lugar. De igual modo, PERSONALMENTE constató que ese campero de características bien singulares fue retenido por efectivos de la Policía Nacional que habían sido alertados por él acerca de lo que pretendían hacer en su contra. Quien lo conducía era **JOSÉ GARCÍA**, o sea el personaje que le hizo las llamadas intimidantes desde la ciudad de Medellín, y quien iba en la parte de atrás armado era **MAURICIO VÉLEZ**, de quien luego supo era un capitán vinculado al Gaula con sede en Medellín.

En tercera medida, con el hallazgo de la pistola dentro del automotor, lo cual da credibilidad al dicho de la víctima, porque queda claro que no fue un invento de su parte el haber sostenido que lo intimidaron con un arma de fuego cuando era transportado en ese automotor sin su consentimiento. Es que de no haber sido así, es decir, si la misma no se la hubieran enseñado durante ese recorrido, definitivamente la víctima no hubiera tenido forma de enterarse acerca de la existencia de ese artefacto (recuérdese que la misma no fue sacada durante ese trayecto del edificio al carro, ni tampoco fue encontrada en los primeros registros tanto a ellos como al automotor). Y en ese sentido hay un detalle bien revelador, porque en un primer momento, esto es, en el instante en que los oficiales llevaron a cabo el operativo, no lograron visualizar ese instrumento en el interior del carro, y fue justamente POR LA INSISTENCIA del ofendido quien decía una y otra vez a los agentes captores que el arma tenía que estar dentro del vehículo, QUE POR FAVOR SIGUIERAN BUSCANDO, lo que generó que se diera la orden de volverlo a inspeccionar con más cuidado, y fue allí donde pudieron darse cuenta que esa pistola había sido encaletada dentro de un compartimento que originariamente poseen de fábrica este tipo de camperos en la parte posterior, pero que inicialmente era desconocido para los efectivos que llevaron a cabo la retención.

Importa dejar consignado que con posterioridad y a solicitud de la defensa, se realizó diligencia de inspección judicial a ese rodante con miras a denotar que la ubicación de ese espacio dentro del carro no era de fácil acceso, a efectos de comprobar lo difícil que resultaba que ese instrumento hubiera sido alojado allí por parte del aquí acusado **MAURICIO VÉLEZ**. Sin embargo, en criterio de la Colegiatura, no existe una opción distinta a la ya mencionada, porque LA ÚNICA PERSONA POSEEDORA DE ESE ARTEFACTO era el capitán **VÉLEZ ARBOLEDA** a quien se lo habían asignado como arma de dotación oficial, y este

en momento alguno se desprendió de su tenencia ni estaba interesado en que alguien diferente a él entrara en contacto con ese instrumento. E incluso, cabe decirse en sana lógica, que si se atrevió a traerla consigo hasta esta ciudad era para usarla y exhibirla a quien fuera necesario con tal de lograr el objetivo que se habían propuesto, nada distinto al cobro forzado de un dinero adeudado.

En cuarto lugar, la actuación está colmada de testimonios rendidos por los judiciales a quienes les correspondió atender este caso, de los cuales, si bien por supuesto no se extrae ninguna comprobación directa acerca del desencadenamiento inicial de un *secuestro*, porque nada a ese respecto les consta, sí hay lugar a destacar al menos la intervención de los uniformados GONZALO OLAYA PULIDO del Gaula de la Policía[12], el Sargento del Gaula NELSON ACELAS LÓPEZ[13], y el oficial JOSÉ ALFREDO REYES CÁRDENAS de la Policía Nacional[14], quienes pudieron apreciar de manera PERSONAL Y DIRECTA las condiciones anímicas que presentaba el joven JORGE LUIS VALDIVIEZO en el preciso instante en que se logró hacer parar ese vehículo, ya que además de notar en él la angustia que lo embargaba porque CASI NI PODÍA HABLAR y estaba "en shock" del susto que tenía, les expresó QUE LO HABÍAN SECUESTRADO.

Puede ser, no se discute, como lo quisieron resaltar tanto el señor juez como la defensa, que otros uniformados expresaron que no le escucharon decir al rescatado que había sido secuestrado sino que "lo intentaron secuestrar", o que no lo subieron al vehículo sino que él mismo se subió. Pero ocurre que en un sano cotejo probatorio lo que corresponde preguntarse es lo siguiente: ¿esas otras aseveraciones opuestas tienen mayor peso que el restante material probatorio que compromete?, y la respuesta que surge es por supuesto que no. Y así lo aseguramos, porque: (i) el que primero tuvo contacto con la víctima fue el oficial REYES quien abrió la puerta del lado del copiloto; (ii) los registros de videos del edificio El Portal del Café no mienten, y de allí se extrae en forma palpable el ejercicio de la fuerza en su contra; (iii) nadie ha dicho que

[12] Habló del nerviosismo de la víctima quien dijo que lo llevaban en ese vehículo presionado, en contra de su voluntad, o sea que estaba secuestrado (lo cual es apenas comprensible, porque como se ha sostenido, para estar secuestrado no se requiere haber sido atado, amarrado o amordazado, con la presencia del arma era suficiente para lograr la intimidación).
[13] Se enteró de la existencia del arma en el interior de ese vehículo. El valor de este testimonio es superlativo, en cuanto llevaba 12 años vinculado como Intendente en el Gaula antisecuestro, y dos años como jefe de grupo; luego entonces, tenía la capacidad y destreza suficientes como para comprender los pormenores de lo que en realidad se estaba presentando.
[14] Ya había sido advertido acerca de lo que estaba sucediendo, y refirió que "le puso la mano al vehículo para que parara y no lo hizo", puso de presente eso por la radio y posteriormente interceptado ese automotor. Al llegar observa a la víctima aún con el cinturón puesto, en "shock" porque no podía hablar del pánico que tenía, logró calmarlo y allí se enteró que en verdad era un secuestro. Se enteró del hallazgo del arma dentro del carro, lo cual no ocurrió en ese mismo lugar sino posteriormente cuando le hicieron un registro más minucioso.

al afectado "la amarraron", "la amordazaron" o "la cargaron" para subirlo al vehículo, sino que desde luego fue él mismo quien por sus propios medios se subió, pero lo relevante del caso es que llegó hasta donde estaba estacionado ese carro a los empujones, cogido de los brazos, e incluso le dieron un golpe en la cabeza antes de subir, en consecuencia, se trató indudablemente de un acto violento que enmarca una retención indebida[15].

Así mismo, en forma posterior, la víctima les dio a conocer a los investigadores de Policía Judicial el recorrido que hicieron en ese vehículo por las calles céntricas de esta capital, al igual que el punto donde se detuvieron al frente de la Iglesia, a cuyo efecto se elaboró un croquis que da fe de esa trayectoria. Así lo dieron a conocer en juicio el servidor del Gaula del C.T.I. MAURICIO ALEJANDRO DÍAZ AGUDELO, quien actuó con el apoyo del investigador CALET RODRÍGUEZ, y de los peritos en topografía y fotografía quienes realizaron los planos y secuencias del recorrido que efectuó la víctima, según constan en los respectivos informes de campo.

Desde luego, y en esto le asiste total razón tanto al señor juez de instancia como a la defensa, de la jurisprudencia que se trajo a colación en el fallo se extrae que no es suficiente con que la víctima se sienta secuestrada y así lo manifieste para que se tenga *per se* configurada la ilicitud. Pero es que aquí, como ha quedado dicho, el *secuestro* no se deduce o se infiere solo del dicho final del afectado, porque como se pudo comprobar, existen fuertes y plurales medios de convicción que lo corroboran. Ni tampoco se puede perder de vista que las condiciones en que es hallada una víctima, igualmente sirven indiciariamente para constatar la existencia de una retención no consentida.

Así las cosas, para el Tribunal, a diferencia de lo aseverado por el señor juez de primer grado y la defensa, no es verdad que aquí SOLO EXISTAN PRUEBAS DE REFERENCIA y que por lo mismo no es posible arribar al proferimiento de un fallo de condena. Además, tampoco es cierto, como ya se anunció, que por el hecho de existir un inicial y potencial *constreñimiento ilegal* en contra de OTRAS víctimas, esté vedada la configuración del delito de *secuestro* en la persona del joven JORGE LUIS VALDIVIEZO, por el cual se decantó la Fiscalía General de la Nación al momento de formular la acusación.

Hasta aquí la Sala ha cumplido con despejar la primera y sustancial incógnita que se había dejado formulada, esto es, si era verdad si o no que el testimonio de la víctima contenido en la entrevista estaba huérfano en el plenario, y la respuesta, como ya lo habíamos anticipado, salta de bulto: NO ES ASÍ, LA

[15] Cfr. CSJ, SP 14 de julio de 1994, radicación 8389.

REALIDAD PROCESAL ENSEÑA QUE NO ESTÁ SOLA, PORQUE EL CONTENIDO DE LA ENTREVISTA DE LA VÍCTIMA SE ENCUENTRA RESPALDADO CON MÚLTIPLES EVIDENCIAS QUE DAN FE DE HECHOS INDICANTES QUE CORROBORAN SU VEROSIMILITUD O CONFIABILIDAD.

Ahora despejemos los interrogantes DOS y TRES que consisten en determinar si la deponencia del joven MAICOL debe ser analizada como *testimonio adjunto* a efectos de permitir un cotejo entre lo que sostuvo en su inicial entrevista y lo vertido posteriormente en juicio, o si solo es válido lo narrado en el juicio. Pero más importante aún, si en caso de que se apreciara SOLO su versión en juicio oral, ello resulta ser suficiente para entender igualmente corroborados los relatos de la víctima.

Para ello, la Corporación comenzará por hacer eco de diversos precedentes jurisprudenciales y de la doctrina autorizada en la materia, luego se dirá qué es lo que en forma concreta expresaron las partes a ese respecto, y finalmente se expondrá lo que en criterio del Tribunal corresponde sostener en este caso específico atendiendo la realidad procesal existente.

Es de recordarse *prima facie* que los apartes de las entrevistas pueden ser utilizados básicamente con dos finalidades: (i) para refrescar memoria; y (ii) para impugnar la credibilidad del testigo. Por medio de este mecanismo, lo consignado en las entrevistas que sea verbalizado en la audiencia de juicio oral, forma parte como un todo inescindible conjuntamente con el testimonio del declarante, y como tal puede ser valorado por el juez.

Aunado a ello, existe el fenómeno probatorio que se ha dado en llamar por doctrina y jurisprudencia como *testimonio adjunto o acompañante*, en cuanto la entrevista preliminarmente obtenida deja de ser una prueba de referencia y se convierte en una prueba directa que se valora en forma conjunta con la declaración personal del testigo en juicio. Y se da en dos modalidades: la primera de ellas, cuando la parte que presenta la prueba se enfrenta a un testigo hostil, es decir, aquél que inicialmente se creía iba a soportar su teoría del caso pero sorpresivamente cambia de posición y comparece al juicio a decir algo diferente; y la segunda, cuando es la parte contraria la que en pleno ejercicio del derecho de contradicción confronta al testigo de la parte opuesta que se opone con su relato al contenido de la entrevista que había rendido en forma previa, situación que acontece al momento de ejercer el derecho al contrainterrogatorio acorde con las reglas del interrogatorio cruzado.

Bastante se ha andado respecto a la citada figura[16], pero importa resaltar el más reciente pronunciamiento del órgano de cierre, en cuanto precisó:

> "Al respecto se tiene que la impugnación de la credibilidad es un procedimiento diferente a la incorporación de una declaración a título de testimonio adjunto. **La diferencia sustancial emana de las mismas denominaciones, pues se impugna credibilidad para restarle fuerza demostrativa al testigo, mientras que el testimonio adjunto supone la incorporación de una prueba -en este caso la versión rendida por fuera del juicio-, con el propósito de que sea tenida en cuenta por el juez como soporte de la condena".**[17] -negrillas y subrayado suplidos –

Más allá de lo indicado, también importa resaltar lo atiente a cómo se hace esa incorporación, o en otras palabras, cuál es la técnica para introducir las entrevistas al juicio, y en ese sentido la doctrina[18] enseña:

> "Cuando el testigo modifica o se retracta de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración (Art. 347 CPP).
>
> Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le requerirá para que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral.
>
> La declaración anterior se aporta al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada, las partes podrán contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad[19].
> […]
> Una vez hecho público el contenido de la entrevista -tras su lectura por el propio declarante o por la parte interesada, según sea el caso- y superada la posibilidad natural de controversia a partir del interrogatorio y del contrainterrogatorio al declarante por parte de los sujetos procesales, se entiende incorporada la entrevista al testimonio y en esa medida es indiscutible su condición de prueba[20]".

Ahora sí descendiendo al caso específico, lo que la Sala quiere resaltar a esta altura de la decisión, es que una lectura pausada y correcta de lo sucedido en el plenario, lleva a asegurar que Fiscalía y defensa se enfrascaron y

---

[16] Los primeros precedentes que se pueden consultar respecto de la figura del testigo adjunto, que se recuerde, son la sentencia de noviembre 09 de 2.006, radicado 25738, y la sentencia de octubre 21 de 2009, radicado 31001.
[17] CSJ SP1875-2021, mayo 12 de 2021, radicado 55959.
[18] Cfr. SARAY BOTERO, Nelson. Procedimiento Penal Acusatorio. 2ª Edición, Bogotá: Leyer Editores, 2017. P. 865-866.
[19] Citado en el texto: CSJ SP, 9 noviembre 2006, rad. 25.738; CSJ AP2842-2015, rad. 44070 de 25 mayo 2015.
[20] Citado en el texto: CSJ AP079-2015, rad. 40.835 de 21 enero 2015.

desgastaron en una ardua polémica respecto a si lo que estaba en juego en relación con el testimonio del joven MAICOL era la figura del *testimonio adjunto*, o si por el contrario se trató de una *impugnación de credibilidad*.

Lo decimos de esa manera porque la defensa llegó incluso a asegurar en juicio que una tal figura del "testimonio adjunto" era inexistente y que por tanto el señor juez no podía darle vía libre a esa solicitud de la delegada fiscal a cuyo efecto lo que debía hacer era negar la pretensión con una "orden", lo cual efectivamente ocurrió, porque como es sabido, el director de la audiencia (no obstante permitir el ejercicio de una amplia impugnación de la credibilidad del testigo por parte de la Fiscalía, como quiera que al declarante se le pudo confrontar por ambas partes en forma exhaustiva con respecto a lo sostenido previamente en su entrevista) al final negó su incorporación como "testimonio adjunto" con fundamento en que ello era improcedente dado que ya tenía claro cuáles eran las contradicciones y eso lo resolvería en el momento de hacer la valoración pertinente en el fallo respectivo. Determinación judicial que a la postre se impuso como quiera que, en acatamiento a sugerido por la defensa, le dio la categoría de "orden" y por ese mecanismo se impidió que la delegada fiscal interpusiera el recurso de apelación, aunque como lo anunciamos en un comienzo, bien podía la parte interesada haber agotado el recurso de queja con miras a viabilizar su pretensión, pero como no lo hizo, la determinación judicial cobró firmeza[21].

Lo que el Tribunal piensa de todo esto, en conclusión, es que si bien la entrevista del testigo MICHAEL GARCÍA JIMÉNEZ hubiera podido haber sido introducida perfectamente como *testimonio adjunto o acompañante*, a efectos de permitirle tanto al juez unipersonal como al colegiado hacer el debido cotejo probatorio al momento de proferir el fallo, y de esa manera definir por cuál de esos esos dos extremos opuestos se decantaba en un sano ejercicio de ponderación, la realidad procesal enseña que por las razones expuestas eso ya no es posible, y por lo mismo, nos debemos limitar a entender el asunto como un tema que quedó circunscrito estrictamente a la impugnación de la credibilidad del testigo.

Ahora, que lo anterior sea así, es decir, pese a esa singular polémica, lo a rescatar es que de todos modos, sea como fuere, para el asunto es ciernes es ABSOLUTAMENTE SUFICIENTE lo aseverado por el citado testigo GARCÍA

[21] No discute la Sala que en el escenario jurisprudencial se han presentado situaciones en las cuales la Corte le ha dado validez a esa forma de proceder, es decir, que en determinas circunstancias es válido que se cierre una discusión de esa naturaleza con una simple "orden" a efectos de evitar el entorpecimiento del juicio; sin embargo, la praxis judicial enseña que cada situación particular hay que analizar en sus justos términos.

JIMÉNEZ en juicio, para concluir que sus palabras corroboran de una manera efectiva lo manifestado por la víctima en la entrevista que aquí se tiene como prueba de referencia admisible; CONJUNTAMENTE, por supuesto, con todo el restante material probatorio que ya se dejó consignado y de carácter tanto directo como indiciario.

Esa es la convicción a la que se llega con fundamento en lo siguiente:

1.- Varios de los apartes de su relato en los cuales pudo entrar en alguna contradicción y fue debidamente confrontado por el órgano persecutor durante el juicio, tienen que ver principalmente con el hecho de que es evidente que el deponente no se quiso comprometer o no se quiso arriesgar en la audiencia a efectos de involucrar a los aquí coprocesados en otro delito de *secuestro*, nada diferente al suyo propio y al de su padre, es decir, que el declarante decidió soslayar en el juicio algunos aspecto que llevaban a pensar que tanto él como su padre no se subieron a ese vehículo en forma voluntaria sino forzada o violenta. Pero que así haya sido, no le quita ni le pone a lo que es la materia sustancial de este juzgamiento, o sea lo relacionado con lo ocurrido en la persona del aquí ofendido JORGE LUIS VALDIVIEZO –"Junior"-, que es a lo que en últimas se contrae el pliego acusatorio.

2.- Muy a pesar de intentar soslayar el testigo la violencia en la escena anterior sucedida en su propia morada, de todas formas el joven MICHAEL GARCÍA tuvo que aceptar en ese prolongado y desgastante interrogatorio cruzado al que fue sometido en juicio: (i) que la carta de presentación de las dos personas desconocidas era que venían de parte de una "Oficina de Cobro de Medellín", y eso por supuesto le generó temor porque andaban todos "sulfurados"; (ii) que le exigieron la entrega de las escrituras de la casa para salvar una deuda que no era de ellos, lo cual según sus propias palabras "lo tomó como una amenaza"; (iii) que se comunicaron con WILCHES y VALDIVIEZO para ponerles en conocimiento la situación apremiante por la que estaban pasando, y estos quedaron asustados porque habían llegado a cobrarles esos dineros, a lo cual su familia les pidió que por favor los sacaran del problema en que los habían metido; (iv) que una vez se dieron cuenta que su mamá no era esposa de WILCHES como era lo que equivocadamente pensaban, entonces tanto su padre como él aceptaron llevarlos a donde estaban los verdaderos deudores, lo anterior no obstante el temor que sentían porque: "¿cómo no iban a sentir temor por el hecho de montarse en el carro de unos desconocidos?", pero era la única forma de salirse de ese problema; (v) que como anteriormente ya habían ido a la vivienda de WILCHES y no lo habían encontrado, entonces decidieron buscar a VALDIVIEZO -"Junior"- para por su intermedio dar con el paradero de WILCHES; (vi) que uno de esos

sujetos desconocidos cuando recién se subieron al vehículo, lo que hizo fue sacar un arma de fuego con el objeto de cargarla y ponerla entre sus piernas durante el recorrido que emprendieron[22]; (vii) que llegaron al edificio donde vivía VALDIVIEZO "Junior", lo sorprendieron cuando estaba saliendo, se lo trajeron a empujones o "con un jalón" al carro[23], pero que antes de subirlo efectivamente LE DIERON UNA CACHETADA; (viii) que una vez adentro salieron por el centro de la ciudad y a "Junior" le quitaron los celulares para que no se pudiera comunicar[24]; y (ix) que cuadras más adelante fueron bajados del vehículo tanto él como su padre, y "Junior" continuó dentro de ese carro con los dos desconocidos, no sin antes advertirles los aquí comprometidos que no debían decir nada de lo que estaba sucediendo, y efectivamente nada dijeron, porque padre e hijo no dieron aviso a la policía.

Pregunta: ¿todo lo anterior que corresponde -se itera- a lo que el testigo MICHAEL GARCÍA aceptó a ratificar bajo juramento en juicio, no compromete y no coincide con el relato de la víctima en su versión preliminar? Por supuesto que sí.

Muy a pesar de la contundencia de lo que se acaba de asegurar, tanto el señor juez de la causa -en forma lacónica- como el defensor en su condición de parte no recurrente -de manera extensa-, se mantuvieron en que eso no corroboraba nada, que porque en su criterio el testigo se desdijo en juicio cuanto al final aseguró que ese desplazamiento de VALDIVIEZO había sido a su modo de ver "voluntario". Pero se pasa por alto, que el testigo fue ambivalente e incluso contradictorio al momento de retractarse, por ejemplo:

- Asimila que habría sido "contra la voluntad" y por tanto un secuestro, si a "Junior" lo hubieran "esposado" o "amarrado" o que lo "cargaran" hasta el vehículo -incluso ese concepto lo reitera el testigo cuando se le pregunta si a él también lo secuestraron cuando se lo trajeron en ese mismo vehículo, y reitera que no que porque "a mí no me amarraron"-. Aquí evidentemente se aprecia que el declarante tiene sembrada una idea

[22] Concretamente hizo referencia al capitán aquí involucrado **MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA**.
[23] Aquí el testigo ya no utiliza el término que había mencionado inicialmente en su entrevista en la cual expresó que a "Junior" se lo habían traído para el carro "braviado" contra su voluntad, pero de todas formas no niega que en realidad ese fue el término que usó en esa inicial oportunidad. No obstante, explica que en su criterio se trató de algo "normal" porque quizá "fue como de rabia", y en su sentir no fue un secuestro porque a "Junior" no lo "alzaron" no lo "cargaron" para llevárselo, sino que: "se subió por sus propios medios", o sea que caminaba con sus propios pies. Pero la realidad enseña que él no se subió "normal" ni "voluntariamente" al carro, lo obligaron, y al final cuando vio a Michael y al papá dentro del vehículo dejó de forcejear por un momento, pero fue por eso, porque vio a "Maicol" y eso le dio un poco de tranquilidad; así que está claro que él no quería ir con esas personas desconocidas quienes lo empujaban y hasta le dieron una cachetada.
[24] Concretamente esto lo hizo "el mono" refiriéndose a **JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ**, quien era el que conducía y tiró los celulares a la guantera.

errada de los hechos, porque como es sabido, para que exista secuestro no necesariamente se requiere que a la persona "la amarren", "la esposen", "la amordacen" o "la carguen", basta que medie una intimidación, sea ella física o moral o *vis compulsiva*. Y en este evento es claro que "Junior" nunca dijo ni dio a entender, ni tácita ni expresamente, que quería subirse a ese vehículo; por el contrario, su actitud y su mente estaban decididas a no acompañar a los forasteros.

- Otra idea equivocada que tenía en su mente el deponente, es que para él, supuestamente estaba bien que todo esto sucediera, que porque al no querer pagar lo que debían entonces los que llegaron hicieron lo correcto al cobrarles. Como quien dice que aquí las víctimas eran unos ladrones a quienes estaba bien que los trataran de esa manera, a la fuerza, porque se lo merecían (incluso recordó algunos episodios pasados en los cuales, según el testigo, "Junior" le quedó mal con unos dineros a quien fuera su compañera). En otras palabras, todo lo ocurrido, incluida la sacada violenta de "Junior", era a su entender algo bueno, porque daba mucha rabia que se ocultaran y no dieran la cara, y que por lo mismo lo que hicieron estas personas era "normal" y no ilícito. Siendo así, bajo ese criterio, aquí no había pasado nada, porque el acreedor tenía derecho a cobrar la obligación así sea golpeando, secuestrando o incluso matando.

- Aunque admite que alguna advertencia sí les hicieron tanto a él como a su padre cuando los bajaron del vehículo, afirma que no recuerda bien cuáles fueron las expresiones que utilizaron. Y cuando se le pregunta por qué no pusieron en conocimiento inmediato de las autoridades lo que estaba pasando, da a entender que porque no le vieron mayor relevancia al asunto -textualmente dice: "no me pareció, no lo vi tan riesgoso"-. Pero ambas cosas no coinciden con la realidad que previamente había anunciado el mismo testigo, porque recordemos que él acepta que le dio mucho miedo todo lo que estaba pasando (las amenazas de las que fue objeto su familia, montarse en un carro con desconocidos, e incluso por supuesto el hecho de estar esa persona en posesión de un arma de fuego); por tanto, era apenas lógico pensar que algo malo le podía suceder a "Junior". Luego entonces, el hecho de no avisar a la policía no podía tener como explicación que "todo estaba normal", sino más bien, que esas advertencias que les hicieron surtieron su correlativo efecto.

- Pero lo más increíble de todo esto, es que el testigo MICHAEL GARCÍA se contradice en algo absolutamente esencial, concretamente en cuanto a la razón por la cual supuestamente mintió en la entrevista cuando dijo que a "Junior" lo habían subido al vehículo "braviado contra su voluntad". Y así es porque al comienzo venía contando el testigo que él tenía mucho miedo, pánico, pero ante la insistencia del señor defensor en el contrainterrogatorio respecto a qué lo llevó a declarar contra esas personas en esa entrevista, ya entra a decir varias cosas ambiguas: primero, que porque "un investigador le hizo meter miedo en cuanto lo podían involucrar en el asunto si no contaba lo sucedido", y más adelante "que por la rabia que tenía de que el tal **JOSÉ MANUEL** le hubiera dicho que le iban a recoger los electrodomésticos, que porque era un grupo de extorsión". La pregunta que surge de todo ello es: ¿al fin por qué se atrevió a mentir supuestamente en esa inicial entrevista: ¿"por miedo" o "por rabia"?, ya que se trata de dos sentimientos abiertamente opuestos, incompatibles, o es una cosa o es la otra, pero no las dos al mismo tiempo. La sensación que queda de todo esto, es que como el "susto" no era explicación alguna de la supuesta mentira acerca de que a "Junior" lo subieron "braviado" al vehículo, al testigo le tocó generar otra explicación quizá más convincente en el sentido que lo que tenía era "rabia"; pero curiosamente, ya en el redirecto de la Fiscalía, el testigo vuelve a decir que así obró "por lo asustado que estaba". Y para acabar de rematar, asegura que ese "susto" provino del hecho de que los investigadores le dijeron que esas personas eran muy peligrosas porque eran de una "Oficina de Cobro", gente muy mala de Medellín; pero al testigo se le olvidó que fue él mismo quien al comienzo de su declaración sostuvo que fueron los citados sujetos cuando llegaron a su casa quienes los intimidaron diciendo que venían de una "Oficina de Cobro de Medellín" y que tenían que entregarles las escrituras de la casa. Luego entonces, en qué quedamos: ¿cuál fue la verdadera causa del susto? <u>En conclusión: no hay una razón atendible acerca del por qué supuestamente mintió a ese respecto en la entrevista</u>.

Con todo lo expuesto, surgen las siguientes *INQUIETUDES o REFLEXIONES FINALES*:

1.- ¿Por qué un oficial de la policía de Medellín se desplaza hasta Pereira con esa finalidad?, o ¿qué hacía un oficial de la policía, incluso uno perteneciente precisamente al Gaula, como quiera que luego se supo que se trataba del Subcomandante del Gaula Regional Medellín, en una escena tan escabrosa como esta? O de otra manera: ¿para qué o con qué objetivo el acreedor

JOSÉ MANUEL GARCÍA, quien ya había constreñido vía telefónica a su deudor WILCHES, decidió desplazarse hasta esta ciudad en compañía de un capitán del Gaula armado, si no era precisamente para que éste exhibiera ese instrumento de fuego a quien tuviera que mostrárselo con el fin de atemorizar y lograr el objetivo? Es que si esa no hubiera sido la finalidad que se tenía, sencillamente el acreedor se hubiera venido solo, o en caso de llegar acompañado pero sin pretender enseñar las armas, de seguro ni MICHAEL GARCÍA ni JORGE LUIS VALDIVIEZO se hubieran enterado de su existencia.

2.- ¿Si aquí no había pasado nada raro, si a VALDIVIEZO no se lo estuvieran llevando de manera forzada sino en forma voluntaria como se quiere hacer pensar, entonces para qué se iba a poner a mentir sobre eso y ganarse semejante problema, o por qué se tenía que ocultar el arma de dotación oficial? Es que, desde luego, era más sencillo para el citado VALDIVIEZO decir que dejaran eso así que no se trataba de nada malo y listo. Por demás, no tendría nada de extraño que el capitán explicara lo ocurrido a los oficiales que detuvieron la marcha del vehículo, y en la requisa de la que fue objeto tanto ellos como el vehículo, hacer entrega de la pistola como era lo que correspondía; pero contrario a toda lógica, no fue así, lo que hizo fue negar en todo momento la existencia de esa arma frente a las autoridades locales, y solo se vio compelido a admitir esa posesión -como no podía ser de otra manera- cuando se sobrevino el hallazgo.

3.- ¿Por qué si lo que se quiere hacer notar es que simplemente vinieron a hablar con LUIS FERNANDO WILCHES NARVÁEZ para "persuadirlo que pagara", no le pidieron el favor a JORGE LUIS VALDIVIEZO LUCAS que llamara a su jefe para que se hiciera presente en el edificio Portal del Café donde se encontraban y de esa forma dialogar?; es más ¿por qué le quitaron inicialmente los celulares a VALDIVIEZO tan pronto ingresó al vehículo, con el fin de evitar que se comunicara?

Todas esas inquietudes o reflexiones no tienen a juicio del Tribunal una explicación razonable, y a lo único que llevan es a pregonar que los hechos se registraron tal cual lo expresó desde un comienzo la víctima.

Otros temas con incidencia en el debate:

- <u>Procedimiento oficial indebido</u>

Se queja el letrado y el fallador lo atiende, que el proceder policial no fue el más ortodoxo tratándose de un caso de secuestro, ya que: (i) mezclaron

víctimas con victimarios; (ii) no aprehendieron en un primer momento sino en forma posterior a los directos involucrados; y finalmente (iii) nadie firmó el acta de incautación del arma de fuego.

Lo que al respecto dirá la Sala, es que todo eso es verdad, es decir, quizá no se cumplieron todos los protocolos esperados para una situación delictiva como la que se estaba presentando, pero también lo es, que nadie puede negar que se trató de un procedimiento inicialmente algo extraño o confuso que incluso generó para todos los asistentes una situación tensa, como quiera que uno de los implicados era nada menos que el Subcomandante del Gaula de Medellín, a quien algunos de los agentes que llevaron a cabo el operativo consideraban como su jefe y hasta se dirigían a él como "mi capitán"; es más, hasta en el mismo juicio[25] esa fue la expresión que siguieron utilizando para referirse al coprocesado **MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA**. Luego entonces, antes que pretender capturarlo, lo trataron acorde con su cargo porque consideraban que le debían obediencia y respeto.

Adicionalmente, como el citado capitán les insistía en que allí no había pasado nada malo, que simplemente se trataba de "unos amigos a quienes venían a visitar desde Medellín", entonces el ambiente se mostró enrarecido y tenían que escuchar a ambas partes para intentar auscultar lo que en verdad estaba pasando, lo cual efectivamente hicieron entrevistando a ambas partes en forma separada. Así que al analizar los efectivos del Gaula de Pereira los pormenores del caso, concluyeron que de lo que se trataba era realmente de un secuestro, y entendieron que tenían que proceder en esa dirección independientemente de que uno de los involucrados fuera su homólogo.

Coetáneamente, también surgió algo que obligó a cambiar los protocolos inicialmente establecidos, porque no solo al lugar llegaron patrulleros pertenecientes a la policía de vigilancia, sino que, como ya se anunció, también concurrieron los efectivos del Gaula de esta capital habida consideración a la información que se tenía que se trataba de un secuestro, quienes al advertir la calidad que poseía uno de los implicados, hicieron lo que tenían que hacer, es decir, permitir que el caso pasara a manos de un grupo especial o élite de investigación judicial, con lo cual, los iniciales respondientes tuvieron que ceder la labor a los nuevos integrantes.

[25] Concretamente el patrullero PAÚL ANDRÉS GARCÍA CARDONA se refirió a él durante todo su testimonio como "mi capitán", a quien incluso le preguntó que si era cierto que en el vehículo estaba un arma porque la víctima insistía en eso, y el capitán le dijo que no, que ahí no había armas, cuando en realidad sí existía porque el citado patrullero en compañía del también patrullero ZAMORANO, la encontraron. Se trataba de una pistola que la tenían "montada" porque tenía un cartucho en la recámara.

Para acabar de rematar y con respecto a la mezcla entre víctimas y victimarios, también hay que recordar que en esa escena surgió algo inesperado, nada distinto a que hizo presencia en el lugar LUIS FERNANDO WILCHES NARVÁEZ, es decir, el deudor. Desde luego, éste llegó con el fin de aprovechar el momento a efectos de lograr un acuerdo con los cobradores, y prevalido de la tranquilidad que le daba la presencia de la autoridad, quiso zanjar diferencias con ellos para evitar más problemas hacia el futuro, al punto que según se llegó a afirmar en juicio, el monto total de esa pretendida deuda al final no lo pagó.

Por último, y debido justamente a todas esas variantes en el caso, se sobrevino algo también muy singular, porque si bien el arma fue hallada por un oficial de la policía como era lo esperado y correcto, específicamente el PT. PAÚL ANDRÉS GARCÍA CARDONA en su condición de Recolector de Inteligencia del Área metropolitana, éste se negó a firmar el acta de incautación que le habían pedido llenar como primer respondiente, con fundamento en un argumento más de tipo legal que logístico, nada distinto a que consideró, en su sano criterio, que no contaba para ese momento con funciones de Policía Judicial debido a que el asunto ya estaba en manos de inteligencia del GAULA, y que por tanto debían ser estos quienes firmaran el aludido documento. A su vez, el oficial JOSÉ ALFREDO REYES CÁRDENAS, a quien igualmente le asignaron esa función por haber estado al tanto de todo este procedimiento desde su origen, tampoco quiso firmar esa acta de incautación del arma porque consideró que de hacerlo estaría cometiendo una falsedad, como quiera que no la había encontrado, recolectado, embalado, y rotulado.

Preguntémonos ahora: ¿acaso por todo lo anterior es posible asegurar o al menos insinuar como lo hace la defensa y lo secunda en ese sentido el juez a quo, que se trató de un procedimiento ilegal o ilícito, o que no hubo realmente delito, o que no se halló efectivamente el arma de fuego dentro del vehículo, o que se rompió la cadena de custodia al punto que no se puede asegurar la autenticidad o mismidad de ese artefacto? Por supuesto que no, dado que en últimas de lo que se trata es de un problema de valoración probatoria en el que no se puede desechar lo sustancial por la forma. Y así lo afirma la Sala, porque: (i) sin aprehensión o con aprehensión el procedimiento fue el debido; (ii) con diálogo o sin diálogo, con contacto o sin contacto entre víctimas y victimarios, eso en nada variaba la realidad de las cosas; y finalmente (iii) con firma o sin firma del acta de incautación, nadie puede negar, ni siquiera la defensa, que el arma sí permanecía oculta en ese habitáculo o dispositivo de la parte posterior del vehículo donde fue encontrado -tanto que se intentó explicar con pruebas posteriores, que era muy

difícil adjudicar al excapitán **MAURICIO VÉLEZ** el haber puesto ese instrumento en ese lugar-; que se trataba del mismo instrumento que le había sido entregado como arma de dotación oficial -tanto que posteriormente fue remitida al Comando del Gaula de Medellín por pertenecer a esa institución-; y que incluso fue el mismo utilizado para atemorizar tanto a MICHAEL como a VALDIVIEZO, de eso no queda la menor duda porque incluso el señor juez de instancia no lo niega.

- Potencial fuga del secuestrado

Se argumentó que la posición en la que viajaba la víctima dentro del vehículo no era la apropiada si en verdad se trataba de un secuestro, con fundamento en que a VALDIVIEZO lo ubicaron en el puesto del copiloto, en tanto el capitán MAURICIO quedó en la parte de atrás donde igualmente iban, en un principio, tanto MICHAEL como el padre de éste. Y se añade, según lo establecido en posterior inspección judicial a ese automotor, que de la puerta del copiloto también se tenía dominio con respecto al seguro, y que si esa puerta delantera derecha no la abrían, no era posible que los pasajeros que iban atrás se pudieran bajar del carro, toda vez que este tipo de camperos poseen un sistema bien particular dado que la puerta trasera no abre si no se abre primero la delantera.

Frente a ello, la Sala debe decir que aquí se pasa por alto lo siguiente: (i) que no era conveniente darle la espalda a un secuestrado. Tan cierto es, que el mismo "Junior" explicó que desde la posición en que se encontraba, el capitán **MAURICIO** lo cogió del cuello y le puso el arma por el costado izquierdo, es decir, que esa ubicación en la parte posterior era apta para evitar la fuga, con mayor razón cuando le habían puesto el cinturón y cualquier intento siquiera de quitárselo generaría la reacción inmediata del conductor **JOSÉ MANUEL** que estaba a su lado. Persona ésta que incluso le puso la mano en la pierna para evitar que saliera en el instante en que apareció sorpresivamente la patrulla policial que les cerró el paso; (ii) que precisamente para el instante en que hizo presencia esa patrulla, quien según se afirma salió primero para intentar dar explicaciones fue el mencionado capitán que estaba en la parte posterior, en tanto la víctima se quedó en el mismo asiento delantero y con el cinturón puesto. Luego entonces, es claro que los pasajeros de la parte de atrás sí podían salir, y, por supuesto, "Junior" sabía que si intentaba bajarse también lo haría el capitán con los consabidos resultados; y (iii) se olvida que según lo explicó el experto que atendió la diligencia de inspección judicial, el vehículo está dotado de un sistema de seguridad en las puertas, y este es controlado tanto por el piloto como por el copiloto, lo que obviamente lleva a asegurar que el mando de esa situación lo tenía el conductor, porque se parte del

entendido que éste poseía un mejor conocimiento del automotor que la víctima.

- Posible entrampamiento

La madre del acusado **MAURICIO VÉLEZ** intervino en juicio y entre otras cosas relató que según le comentaron algunos oficiales de policía que conocían a su hijo, a él le habían hecho una "celada" o sea que le habían "tendido una trampa" para que todo pareciera un secuestro.

La Sala dirá que quizá eso se afirma por el hecho de que el deudor WILCHES efectivamente llamó a la autoridad a poner en conocimiento lo que venía sucediendo y lo que eventualmente iba a suceder, nada distinto a que lo venían amenazando unas personas desde Medellín y que estaban próximos a desplazarse a esta capital para obligarlo a pagar esa deuda, como efectivamente ocurrido. Concretamente, WILCHES se había comunicado con el agente JOSÉ ALFREDO REYES CÁRDENAS para ponerlo en sobreaviso de esta situación, como quiera que se conocían porque éste prestaba sus servicios en el CAI de la Plaza de Bolívar, lugar donde aquél acostumbraba vender las simcard, y por lo mismo estaba atento a este desenlace.

Pero que así sea, es decir, que esa información hubiera servido para lograr una pronta localización del vehículo donde era trasladado JORGE LUIS VALDIVIEZO -el celador del edificio donde vivía WILCHES, le anotó las placas a ese campero luego de que esas personas llegaran a averiguar por él-, no significa que lo que le pasó a "Junior" sea falso, o que se trató de un mero montaje sin fundamento alguno.

Y una ideación de esta supuesta trama en cabeza de la víctima, no es posible, por lo siguiente: (i) fue MICHAEL quien aceptó llevar a los aquí comprometidos al edificio donde vía VALDIVIEZO, así que no fue éste quien así lo planeó; (ii) la retención de "Junior" se dio en un momento sorpresivo para él, porque cuando se disponía a salir del edificio donde vivía para encontrarse con WILCHES, le cerraron el paso y fue abordado en ese preciso instante por los dos desconocidos; (iii) todos esos movimientos no era posible controlarlos, como quiera que quienes decían qué hacer o no hacer, no eran las víctimas, sino los victimarios; (iv) el deseo del deudor WILCHES era esperarlos en la plaza principal porque el CAI estaba ubicado justo al frente y allí podía tener seguridad, pero no contaba con que los aquí acusados se decidieran a ir hasta la vivienda de "Junior" para tomarlo de rehén; y (v) éste fue un acto totalmente inesperado, porque dentro de

ningún plan podía estar el permitir que cogieran a "Junior" y lo trasladaran sin saberse de su suerte, incluso a riesgo de que no pararan en la Plaza de Bolívar y siguieran con él con rumbo desconocido, como así iba finalmente a suceder de no haberse interpuesto en ese recorrido la patrulla policial.

- Arrepentimiento de la víctima

Por último, hay lugar a decir, que al juicio además de la madre de **MAURICIO VÉLEZ** también fue llamado a declarar el padre del procesado **JOSÉ GARCÍA**. Ambos, con el fin de mencionar que fueron enterados tanto por terceras personas como directamente por el mismo JORGE LUIS VALDIVIEZO, que tenía intención de retractarse porque todo esto había sido una mentira debido a que fue presionado, pero que ni la Fiscalía, ni el Gaula, ni la Policía de Pereira, se lo permitían.

Desde luego, el Tribunal no contradice esos relatos, pero de su contenido no se extrae algo que en el análisis conjunto de la prueba sirva para desechar la contundencia de la evidencia de cargo. Así se afirma, en cuanto si fuese verdad que VALDIVIEZO acudió personalmente o por interpuesta persona para indicar que los hechos fueron diferentes a los denunciados, y que se quería retractar pero no lo dejaban, tal postura no coincide con la contundencia de lo aquí ocurrido, porque está claro que este episodio no fue un invento, fue algo real y con las connotaciones ya referidas.

Por todo lo expuesto, la Colegiatura concluye que un fallo absolutorio en tan particulares condiciones se salía de contexto y era ajeno al material probatorio válidamente aportado al juicio; en consecuencia, lo que corresponde es revocar la decisión de primer grado para en su lugar proferir una sentencia de carácter condenatorio en contra de los coacusados **JOSÉ GARCÍA** y **MAURICIO VÉLEZ**, a cuyo efecto se pasará a dosificar la sanción que por ley corresponde.

Punibilidad

A los procesados **JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ** y **MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA** se les ha demostrado la participación a título de coautores materiales en el punible de *secuestro simple*, con circunstancias de agravación a voces de lo reglado en los artículos 168 y 170 numerales 2 y 5 C.P., el cual comporta una sanción que oscila entre 256 y 540 meses de prisión, y multa de 1.066,66 a 2.250,oo smlmv, con la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral 10 del artículo 58 *ídem.*

En consecuencia, los cuartos de movilidad quedarían de la siguiente manera: primer cuarto: de 256 a 327 meses, cuartos medios: de 327 meses 1 día a 469 meses, y cuarto máximo: de 469 meses 1 día a 540 meses.

De similar manera, los cuartos atinentes a la pena de multa serían los siguientes: primer cuarto: de 1.066,66 a 1.362,49 smlmv; cuartos medios: de 1.362.49 a 1.954,15 smlv, y cuarto máximo: de 1.954.15 a 2.250 smlmv.

Acorde con lo señalado en el canon 61 C.P., el sentenciador para efectos de la individualización de la pena se deberá mover dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de mayor y menor punibilidad, y en este caso, se evidencia que a los procesados igualmente se les acusó de haber cometido la ilicitud en coparticipación criminal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 artículo 58 C.P., razón por la cual para efectos de imponer la pena respectiva, la Corporación deberá partir de los cuartos medios, y para ello tomará como sanción el límite inferior y en igual sentido lo hará respecto de la pena de multa; en consecuencia, la sanción a imponer a los acusados **GARCÍA VÉLEZ** y **VÉLEZ ARBOLEDA** quedará fijada en definitiva en 327 meses y 01 día de prisión, y multa de 1.362.49 smlmv.

Se impondrá para los sentenciados la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término equivalente a veinte años.

Subrogados y sustitutos

En atención al monto de la pena, de conformidad con lo establecido en los artículos 63 C.P modificado por el 29 de la Ley 1709/14, y 38B *ibídem* adicionado por el 23 de la citada Ley 1709, los sentenciados no tienen derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria.

En consecuencia, la pena debe hacerse efectiva en forma intramural, y en consonancia con lo consagrado en el artículo 450 de la Ley 906/04, se impone librar las correspondientes órdenes de captura. Se tendrá como parte cumplida de la pena, el tiempo que estuvieron privados de la libertad con ocasión de este mismo asunto.

De la doble conformidad

Según lo ordenado por la Corte Constitucional en las sentencias C-792/14 y SU-215/16, que regularon el principio de la doble conformidad, y de lo que en términos similares adujó la misma Alta Corporación en sentencia SU-146/20, al igual que la Sala de Casación Penal en CSJ AP, 03 abr. 2019, Rad. 54215 y CSJ AP, 03 sept. 2020, Rad. 34017, al haber sido emitido por primera vez el fallo de carácter condenatorio en sede de segunda instancia, los sentenciados tendrán derecho, bien sea de manera directa o por intermedio de sus apoderados, a interponer y sustentar dentro de las oportunidades establecidas el recurso de impugnación excepcional, o el extraordinario de casación, a su elección. Las demás partes e intervinientes -Fiscalía, apoderado de víctimas y agente del Ministerio Público- tienen la posibilidad de interponer exclusivamente el recurso de casación.

ANOTACIONES FINALES

- Muy a pesar de haberse llevado a cabo en el presente asunto el decomiso del vehículo en el cual se realizó la ilicitud, la realidad procesal enseña que al momento de las audiencias preliminares no se dispuso medida cautelar alguna sobre el mismo. En efecto, la Fiscalía solicitó ante el juzgado de control de garantías, además de la legalización de la captura, la incautación del arma de fuego y del vehículo, a lo que se opuso defensa y Ministerio Público, a cuyo efecto el despacho indicó que sobre el vehículo la Fiscalía tomaría la decisión de a quién entrega el automotor o realiza otra audiencia preliminar, a consecuencia de lo cual negó la incautación al no tener acta, como tampoco del arma de fuego, ya que el acta no aparecía firmada. La Fiscalía interpuso apelación.

En una decisión de segunda instancia, el juez a quien correspondió definir provisionalmente ese asunto, concluyó que ello era inviable para ese momento procesal de las preliminares, y determinó que la Fiscalía debía solicitar lo pertinente al decomiso ante el juez de conocimiento. No obstante, durante el período de juzgamiento el ente persecutor no hizo ninguna solicitud a ese respecto, como quiera que en la audiencia de formulación de acusación nada se dijo sobre ese particular y en la preparatoria tampoco.

Siendo así, no es procedente a esta altura procesal tomar alguna determinación por medio de sentencia sobre el citado bien, en acatamiento a lo decantado por jurisprudencialmente[26]. Será por tanto la Fiscalía General de la Nación quien proceda a tomar, si es que ya no lo ha hecho, las

[26] Ver acerca de ese punto específico, entre otros, CSJ AP, 23 oct. 2008, Rad. 29859. y CSJ AP, 17 OCT. 2012, Rad. 39659.

determinaciones que a bien tenga en relación con la Extinción del Dominio del automotor aquí comprometido.

- Así mismo, aunque también se decomisó el arma de fuego tipo pistola utilizada para la comisión del hecho criminoso, tampoco hay lugar a disponer el decomiso, como quiera que consta en actas que el instrumento fue retornado al Gaula con sede en Medellín, como entidad a la cual se encontraba asignada oficialmente.

- Finalmente, hay lugar a mencionar que en el último capítulo del escrito presentado por la defensa como parte no recurrente, hizo alusión a un comportamiento potencialmente disciplinable de parte de la fiscal del caso, del cual se debería ordenar investigación por el Tribunal en cuanto la delegada para el momento de interponer la apelación trató en forma desconsiderada al titular del Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta ciudad, porque prácticamente le dijo que era un "prevaricador" por haber emitido una sentencia absolutoria en el presente asunto. La Sala debe decir que se abstiene de emitir opinión alguna a ese respecto, como quiera que lo que deba analizarse en esa materia es del resorte exclusivo y excluyente de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, en cuanto se tiene conocimiento que fue directamente el juez quien formuló denuncia disciplinaria en contra de la fiscal, por ese trato a su modo de ver indebido.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: SE REVOCA la sentencia absolutoria proferida a favor de los acusados por parte del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira (Rda.), y en su lugar **SE CONDENA** a los procesados **JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ** y **MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA** como autores materiales del delito de secuestro simple, con circunstancias de agravación, a una pena equivalente a 327 meses y 01 día de prisión, y multa de 1.362,49 smlmv a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

SEGUNDO: SE CONDENA a los mismos procesados **JOSÉ MANUEL GARCÍA VÉLEZ** y **MAURICIO VÉLEZ ARBOLEDA**, a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el término de veinte años.

TERCERO: SE DECLARA que los sentenciados no tienen derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni a la prisión domiciliaria; en consecuencia, se hará efectiva la sanción a voces del artículo 450 de la Ley 906 de 2004, teniéndose como pena cumplida el tiempo que los mismos hayan estado privados de la libertad por cuenta de este proceso. Líbrense las correspondientes órdenes de captura.

CUARTO: Comuníquese esta determinación a las autoridades a las cuales hace referencia el artículo 166 C.P.P.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta decisión se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo Nº 806 de 2020[27], determinación contra la cual procede el recurso de impugnación excepcional, o el extraordinario de casación, a elección de la defensa. Las demás partes e intervinientes -Fiscalía, apoderado de víctimas y agente del Ministerio Público- tienen la posibilidad de interponer exclusivamente el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado
Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado
Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado
Con firma electrónica al final del documento

[27] En tal sentido se puede consultar CSJ AP, 11 nov. 2020, Rad. 58318, en el cual se estableció la procedencia en el proceso penal del régimen de notificaciones electrónicas consagrado en el Decreto 806 de junio 04 de 2020.

AUTORIZADO CONFORME
arts. 7º, Ley 527 de 1999, 2º Decreto 806 de 2020
y 28 del Acuerdo PCJA20-11576 del C.S.J.

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 2 SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

JULIAN RIVERA LOAIZA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA PENAL DE LA CIUDAD DE PEREIRA-RISARALDA

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: **91bdcaf9f31850bda036a33fd19e5888a7709c3524843cad4fa95641b344c001**
Documento generado en 28/06/2021 03:54:26 p. m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, siete (07) de julio de dos mil nueve (2009)

APROBADO MEDIANTE ACTA No. 0488
SEGUNDA INSTANCIA

Hora:	09:00 a.m.
Imputado:	Daniel Sánchez Mosquera y Jhon Heiler Becerra Perea.
Cédula de ciudadanía No:	1.112.758.485 y 82.140.920 ambas de Pereira (Rda.), respectivamente
Delito:	Homicidio y Porte Ilegal de Arma de fuego
Víctima:	Jhon Eloy Caracas Mena
Procedencia:	Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.) con funciones de conocimiento.
Asunto:	Se conoce de la apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia condenatoria de fecha 04-03-09.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar en los siguientes términos:

1.1.- Dan cuenta los registros, que el día quince (15) de agosto de 2008, a eso de las 16:31 horas, agentes de policía que patrullaban el barrio Los Cristales de la Ciudadela Cuba en esta capital, fueron informados que en la carrera 29 frente al No 403 de ese sector, dos personas de tez morena dispararon contra la humanidad de otro individuo con similares características y que fue identificado como JHON ELOY CARACAS MENA, persona ésta que falleció en ese lugar. Se supo, que de inmediato los agresores huyeron en una moto color negro, de placas terminadas en 09A.

Se procedió a un operativo envolvente y de esa manera fue ubicada una residencia a la cual posiblemente habían ingresado las personas señaladas como autores de este crimen (el rodante estaba estacionado al frente); inmueble que fue objeto de

registro y en su interior, concretamente en la parte superior del patio, la autoridad halló dos revólveres cubiertos con una prenda blanca.

En atención a las características físicas suministradas, la identificación de la moto y el hallazgo de las armas, operó la retención de las personas que respondieron a los nombres de **DANIEL SÁNCHEZ MOSQUERA y JHON HEILER BECERRA PEREA.**

1.2.- A consecuencia de lo anterior, el día siguiente (16-08-08) se llevaron a cabo ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función con control de garantías, las audiencias preliminares de legalización de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento, por medio de las cuales: (i) se declaró legal la aprehensión; (ii) se atribuyó coautoría material en un concurso material y efectivo de conductas punibles de HOMICIDIO (art. 103, artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y circunstancia de mayor punibilidad descrita en el numeral 10º del artículo 58 del Código Penal) y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO de defensa personal (art. 365); cargo que los indiciados ACEPTARON; y (iii) se impuso como medida de aseguramiento la detención preventiva intramural.

1.3.- Dada la admisión unilateral de los cargos, las diligencias fueron remitidas ante los Juzgados Penales del Circuito con funciones de conocimiento de esta capital, correspondiéndole por reparto al Tercero de esa categoría, cuya titular convocó para una audiencia de "estudio sobre validez de la aceptación de cargos y sentencia". En esa diligencia fueron interrogados los acusados acerca de la voluntariedad en la aceptación de los cargos, quienes expusieron que sí habían admitido la imputación, pero no de una manera libre, consciente y voluntaria, por cuanto "fueron engañados".

1.4.- La titular del despacho de conocimiento, luego de verificar el contenido de los registros de las audiencias preliminares, aseguró que allí no se presentó vulneración a garantías fundamentales de los imputados y procedió a impartirle aval a la referida aceptación de cargos, a cuyo efecto convocó para la lectura del fallo de carácter condenatorio, no sin antes hace constar una dilación indebida de este trámite por parte de los sujetos procesales y la improcedencia de la retractación en estas circunstancias según lo tiene decantado la jurisprudencial nacional (citó en respaldo las sentencias de casación penal del 18-04-07, radicación 27159, reiterada el 03-05-07, radicación 27108; al igual que la sentencia C-1195 del 22-11-05). La defensora de **SÁNCHEZ MOSQUERA** interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra esa determinación, motivo por el cual al negarse la reposición se concedió el de alzada. El otro defensor y la Fiscalía no interpusieron recurso alguno.

Con posterioridad y estando el asunto ante esta segunda instancia, la profesional del derecho inconforme desistió del recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, motivo por el cual la Sala admitió la petición y la carpeta retornó al despacho de conocimiento a efectos de agotar el incidente de reparación de perjuicios y proferir el fallo de mérito.

1.5.- Con fecha 04-03-09, se profiere sentencia de condena por medio de la cual: (i) se declara a los dos acusados penalmente responsables en congruencia con los cargos formulados; (ii) se les impone pena privativa de la libertad equivalente a 150 meses y 21 días de prisión, más la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término; (iii) se dispuso el comiso definitivo de las armas incautadas; y (iv) le negó el subrogado de la suspensión condicional de le ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

1.6.- Los defensores no estuvieron de acuerdo con esa decisión y la impugnaron, motivo por el cual los registros fueron remitidos ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

2.- Debate

2.1.- Defensa -recurrente-

Para el acto público de sustentación del recurso, se hizo presente un nuevo defensor quien representó los intereses de ambos sentenciados y expresó:

- Hace constar que no fue el abogado que asistió a sus representados en las audiencias precedentes, motivo por el cual va a poner en entredicho el obrar de sus antecesores a quienes incluso se les denunció disciplinariamente por un indebido ejercicio del cargo encomendado.

- La presentación que se hizo del caso en las audiencias públicas anteriores, fue un discurso eminentemente defensivo, en donde se dejó entrever que el hoy occiso atentó contra la humanidad de **DANIEL SÁNCHEZ,** quien ya había sido víctima de otros tantos atentados por parte de aquél y con respecto de lo cual se adelantaron sendas investigaciones criminales. Existen testigos que dan fe que aquél individuo quería darle muerte.

- Se dejó constancia en el sentido de que los imputados no se sentían bien representados y que no querían seguir siendo asistidos porque hubo negligencia en el cabal cumplimiento del mandato.

- Es evidente que aquí "se está pagando lo que no se debe", por cuanto la aceptación de cargos tuvo origen en un mal entendimiento de las cosas, dada la existencia de una legítima defensa que no se tuvo en cuenta por parte de los letrados que lo antecedieron.

- La jurisprudencia ha admitido que es factible la anulación del allanamiento a los cargos cuando se transgreden las garantías fundamentales, y ese es el caso que aquí nos concita. Además, la terminación anticipada del proceso también exige la presencia de prueba para condenar, a efectos de evitar la injusta condena a un inocente.

- Al existir prueba cierta acerca de la enemistad entre estas personas, era factible admitir la existencia de una legítima defensa y es lo que sus procurados pretenden. El juez así debió haberlo verificado para proceder en consecuencia.

- Como lo abogados "sabían desde un comienzo todo esto y no hicieron lo propio para lograr una adecuada defensa", estima que no se debe dar valor a este plural allanamiento.

Concluye solicitando que "se revise con cuidado el *quantum* punitivo, lo mismo que las audiencias preliminares".

2.2.- Procesado Daniel Sánchez

- El abogado le dijo que no había más salida que aceptar los cargos. Le expresó que el otro lo quería matar, pero la respuesta del defensor fue simplemente que él tenía muchos años de trabajar en esto y que no veía otra alternativa en su caso.

- Es primera vez que se encuentra acusado de un delito y pide que se compare su hoja de vida con la del muerto.

- Explica que las víctimas no fueron dos, de milagro. Siempre quiso evitar el problema. En todo momento huyó de él y lo único que siempre hizo fue defenderse.

2.3.- Procesado Jhon Heiler Becerra Perea

- Todo esto es un error. No tuvo nada que ver en lo ocurrido. Simplemente abusaron de su ignorancia.

- Los hechos se registraron a dos cuadras de donde vivían, como situación que evidencia que no tenían esto programado.

- Hay tres familias, incluida la del muerto, que están pagando este error, porque el hoy occiso vivía en Cartago y vino "a buscar lo que no se le había perdido".

2.4.- Fiscal -no recurrente-

No comparte los planteamientos esgrimidos por el defensor, por lo siguiente:

- En la praxis judicial se sabe que los jueces de control siempre han sido muy cuidadosos a la hora de poner de presente a los implicados todos sus derechos y las posibilidades que tienen en relación con la imputación, y este caso no fue la excepción, porque los registros nos enseñan que la aceptación de los cargos se hizo en forma libre, voluntaria, consciente, espontánea y debidamente asistida.

- No se puede hacer aquí un juicio al anterior abogado y se están planteando cosas de las cuales no existe prueba.

- La señora juez de conocimiento atendió la aceptación de cargos como no podía ser de otra manera y condenó porque existía mérito para hacerlo.

- Dadas esas amplias garantías al momento de la admisión unilateral de la imputación, ambas Cortes han sido enfáticas en sostener que no es posible la retractación porque va en detrimento de una recta administración de justicia.

- No es verdad que aquí existiera la posibilidad de una legítima defensa, porque de una valoración conjunta de los medios de prueba se extrae más allá de cualquier duda la responsabilidad penal. El caudal de evidencias enseña que una persona se desplazaba por una vía del barrio Cuba y fue atacada "intempestivamente" por sujetos que se encontraban armados e iban en moto, quienes de inmediato huyeron y fueron posteriormente aprehendidos en flagrancia cuando ingresaron a una casa y ocultaron sus armas.

- El acusado **DANIEL SÁNCHEZ** expone que lo iban a matar, pero no hay prueba en ese sentido puesto que ni siquiera fueron lesionados; por el contrario, de manera indefensa el hoy occiso fue alcanzado por las balas asesinas.

- Se viene a decir ahora que el defensor anterior les dijo que luego de aceptados los cargos se podía posteriormente alegar una legítima defensa, lo cual es absurdo, con mayor razón cuando se sabe de la seriedad de los defensores públicos.

- Este Tribunal ha penetrado en el análisis del error para efectos de aniquilar un allanamiento unilateral de los cargos, lo mismo que respecto a la no comprensión de los cargos por un manejo inapropiado de los tecnicismos jurídicos, pero eso es muy diferente a lo que aquí sucede, porque el consentimiento que se ofreció al juez no está viciado.

- En lo atinente al *quantum* de la pena, lo único que hizo la juez fue ajustarse a la ley y por este aspecto no observa razón alguna para la modificación del fallo. Además, estamos ante una justicia rogada, y el abogado en realidad no ha presentado al Tribunal una solicitud concreta, pues no se sabe bien si lo que pretende es un examen de la pena o la nulidad de lo actuado y de ser así desde qué momento procesal.

3.- Para resolver, se considera

3.1.- Competencia

La tiene la Sala con fundamento en los factores objetivo, territorial y funcional, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 33.1 de la Ley 906 de 2004.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae básicamente a resolver, si para el caso concreto existe alguna posibilidad de permitir la retractación del allanamiento unilateral a cargos por parte de ambos procesados.

3.3.- Solución a la controversia

Es deber dejar esclarecido, en primer término, que el manejo de la defensa técnica ha sido tortuoso en el presente asunto, dadas las múltiples peticiones surgidas en la primera instancia y los cambios de profesionales a efectos de intentar tesis contrapuestas.

Basta decir que la profesional que asistía los intereses de uno de los inculpados, inicialmente apeló la decisión de primera instancia que aprobó la admisión de los cargos, para posteriormente desistir de ese recurso. Posteriormente, cuando se le entera de la decisión condenatoria, afirmó que interponía apelación por no estar de acuerdo con el *quantum* de la pena. Muy a pesar de lo anterior, ante esta instancia el nuevo apoderado esboza como motivo principal de impugnación, la admisión viciada de los cargos por el error en que sus antecesores hicieron incurrir a sus clientes, aunque sin decir en forma expresa que pedía nulidad, porque cuando se le preguntó que cuál era entonces la petición concreta, el profesional manifestó: "pido que se revise el *quantum* de la pena y que se analicen las audiencia preliminares".

Como vemos, no existió sustentación alguna en lo referido a la pretensa inconformidad con respecto a la dosificación punitiva en este caso, motivo por el cual en cuanto a este aspecto concreto la Sala declarará desierto el recurso[1]. De todas maneras se advierte que la juez de primer grado fue benévola al momento de cuantificar la sanción, porque partió de la pena mínima del primer cuarto y aunque concedió un 45% de rebaja por el allanamiento y no el máximo del 50%, hubo una adecuada motivación para proceder en este sentido.

El pronunciamiento de la Sala tendrá que centrarse por tanto única y exclusivamente en lo atinente a la posibilidad de admitir en el presente caso una retractación de la aceptación unilateral, para concluir si por esa vía es factible la anulación que de manera tácita propone el recurrente.

No entrará la Sala en esta ocasión a hacer acopio de los precedentes jurisprudenciales de ambas Cortes sobre el tema de la prohibición de retractarse, a efectos de disuadir a las partes acerca del compromiso ineludible de acatar el principio de lealtad procesal, no sólo por ser bien conocidos por todos, sino porque la

---

[1] En sentencia de casación penal del 02 de mayo de 2002, rad. 15.262, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll, se expresó: "[..] El recurso de apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no sólo deber ser interpuesto oportunamente, sino, también, sustentado por escrito ante la primera instancia, de manera que la fundamentación de la apelación, se constituye en acto trascendente en la composición del rito, pues no es suficiente con que el recurrente exteriorice inconformidad general con la providencia que impugna sino que le es imperativo, además, concretar el tema o aspectos de los que disiente, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada, al punto que si no se sustenta debidamente el disentimiento se declara desierto y no se abre a trámite la segunda instancia, pues en tal evento el juzgador no podría conocer sobre qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio.
Así, entonces, la sustentación de la apelación es carga para el impugnante y constituye presupuesto ineludible para acceder a la segunda instancia […].

jueza de primer grado cumplió a cabalidad ese cometido cuando con buen tino hizo mención de puntuales precedentes en esta materia.

Para esta Magistratura, interesa ahora, destacar que el presente asunto no presenta los ribetes justificativos que de manera excepcionalísima podrían generar una invalidación del allanamiento a los cargos, y para ello diremos:

Es bien cierto que, como lo ha sostenido el Tribunal con asiento también en la jurisprudencia nacional, no puede ser suficiente la mera aceptación de cargos para proferir una condena. Ello, por cuanto el juez no es un autómata, ni estamos ante un procedimiento mecánico, y el funcionario tiene que apersonarse de la situación a efectos de verificar, por lo menos, que el hecho atribuido sea en realidad típico y que existe una base seria de autoría y responsabilidad en la incriminación; de lo contrario, no podría proferir una declaración de culpabilidad por encima de preclaros preceptos legales y constitucionales.

De ese modo, cuando se asegura que el procesado no puede retractarse de lo ya admitido, ello se entiende sin perjuicio de que la evidencia demostrativa mínima esté garantizada y que, por supuesto, los hechos referidos como ciertos por el ente acusador -*imputación fáctica*- estén acordes con la adecuación legal del comportamiento -*imputación jurídica*-. Pues cabe recordar también que el Juez de Control debe estar alerta a la proposición fáctica y jurídica que hace la Fiscalía al momento de comunicar al indiciado la imputación, con el fin de pedir las aclaraciones, complementaciones o correcciones que fueren indispensables, en aras de hacer congruente el cargo y tener un control efectivo sobre la tipificación de la conducta[2].

Pero una cosa es que dentro de la incipiente información relevante ofrecida por el ente acusador no se extracte un principio probatorio que permita obrar en esa dirección, y otra muy diferente el que exista un vicio en el consentimiento al momento de admitir los cargos de manera unilateral.

Esta Sala de Decisión ha sido partidaria de anular la aceptación de los cargos pero en otras circunstancias muy diferentes a la que ahora nos concita y en aras de evitar una rampante impunidad, *verbi gratia*, cuando se ha omitido un elemento esencial para la imputación que incide en la tipicidad del comportamiento y es factible su obtención, como sería por caso el no allegamiento a la actuación de la necropsia, o de un dictamen balístico acerca de la idoneidad del arma para percutir que es puesta en duda, o de la calidad de estupefaciente de la sustancia incautada, o de la cantidad para ser considerada dosis personal en el caso de las sustancias derivadas de la amapola como el opio; es decir, situaciones susceptibles de corrección que de no procederse en tal sentido sencillamente se daría lugar a una indebida impunidad.

[2] Cfr. Sentencia C-396 del veintitrés (23) de mayo de 2007 y Sentencia de Casación Penal del 19 de Octubre de 2006, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

De igual modo, ha accedido a nulitar la admisión de cargos, cuando se evidencia una confusión de superlativa magnitud, que no se le pueda atribuir al indiciado, y que involucre un indebido manejo de la audiencia por parte del juez de garantías o de las partes interesadas en su adecuada realización. Como cuando se hace la imputación en términos ininteligibles para el procesado y esto da lugar a un error de su parte derivado de un falso entendimiento por insuficiente ilustración.

En el caso específico, no sólo existe una base probatoria seria para proceder en la dirección hacia una condena, sino que no hay resquicio alguno que permita suponer que los procesados no sabían lo que estaban aceptando.

En cuanto a lo primero, principio de prueba para condenar, la información que se ofrece permite avizorar que dos personas armadas atacan a un tercero y de inmediato huyen en una motocicleta para ocultar finalmente las armas dentro de una vivienda, situación que de por sí pone en tela de juicio una eventual legítima defensa como es lo que ahora se pretende rescatar. Pero además, se manifiesta que entre víctima y victimarios ya existían problemas anteriores, con agresiones físicas incluidas; situación que pone un toque final a la discusión en cuanto se sabe de antemano que todos estaban predispuestos al ataque y que no se trató de una situación inesperada.

La simple ventaja numérica entre atacantes y agredido, al igual que el hecho cierto de estar los primeros en poder de armamento, ponen de manifiesto la improbabilidad del requisito de proporcionalidad que consagra la eximente.

Como fácilmente se aprecia, un debate de la causal de justificación que tardíamente se alega, haría bien eventual su prosperidad en juicio público, y, ante la expectativa de ganar o perder, es totalmente comprensible el temprano acogimiento a los cargos en la forma en que aquí acaeció. Ese es precisamente el cabal entendimiento de los fines de las figuras premiales, autocompositivas y consensuadas del actual sistema acusatorio, y a ellas nos debemos atener.

En tal sentido, el Tribunal halla razón a todo lo expresado por el delegado Fiscal como parte no recurrente en la audiencia de sustentación.

Ahora, frente a lo segundo -error por insuficiente ilustración-, la Sala coincide con lo esbozado por la primera instancia, porque no podía ser más elocuente el amplio asesoramiento técnico ofrecido a los imputados; tanto así, que en el transcurso de la audiencia preliminar se hizo un receso para una mejor explicación del asunto a los inculpados, a cuyo término la defensa expresó que si bien no estaba de acuerdo con la aceptación de los cargos, respetaba de todas formas la libre voluntad de los asistidos. Significa lo anterior, que entre el apoderado y sus clientes se presentó discusión en torno a la conveniencia o no de admitir los cargos y el resultado fue una discrepancia a ese respecto que terminó, como no podía ser de otra manera, por prevalecer el interés de quienes al fin y al cabo irían a recibir en forma directa la sanción.

No vemos por parte alguna la deficiencia en el asesoramiento, menos el error o el engaño capaz de viciar el asentimiento otorgado ante el juez natural, razón por la cual el Tribunal acompañará la determinación de primer grado.

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

RESUELVE:

PRIMERO: NIEGA la nulidad del acto de allanamiento unilateral a los cargos por un supuesto vicio del consentimiento.

SEGUNDO: SE CONFIRMA la sentencia objeto de recurso en cuanto lo fue de carácter condenatorio.

TERCERO: SE ABSTIENE la Sala de conocer el recurso de apelación en lo atinente al tema de la dosificación punitiva, por ausencia de sustentación en tal sentido.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE **LEONEL ROGELES MORENO**

La secretaria de la Sala,

CRUZ ELENA GONZÁLEZ LÓPEZ

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

TEMAS: ESTAFA AGRAVADA / ELEMENTOS QUE LA CONSTITUYEN / DELITO MASA / INCUMBENCIA PROBATORIA / SI EL ACUSADO OPTA POR OPONERSE A LAS PRUEBAS DE LA FISCALÍA, ASUME LA CARGA DE DEMOSTRAR LO ALEGADO / LA SUSTENTACIÓN COMO REQUISITO DEL RECURSO DE APELACIÓN / PRINCIPIO DE CARIDAD COMO MEDIO PARA OBVIAR LAS FALENCIAS ARGUMENTATIVAS.

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende. (…)

… en el caso sub-examine se observa que en la argumentación de los recurrentes no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limitan a mencionar que las víctimas no habían sido escuchadas en el juicio oral y que el A quo sólo le había dado credibilidad a los dichos de la acusada.

En ese sentido se debe tener en cuenta que la delegada de la FGN pese a que tiene todo el conocimiento técnico, jurídico y jurisprudencial relacionados con la forma de interponer y sustentar los recursos, optó por hacer unas manifestaciones escuetas a través de las cuales no se atacó de fondo la decisión impugnada, por lo cual se declarará desierto el recurso incoado por el ente investigador.

Ese mismo reproche no puede ser aplicado al apoderado de las víctimas, respecto a quien se debe recordar que es un estudiante de derecho, que no ha finalizado sus estudios universitarios, y de ello se infiere que no tiene un conocimiento profundo sobre la manera en la que se interpone y sustentan los recursos de ley…

En consecuencia, esta Colegiatura en aplicación al principio de caridad respecto al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas, procederá a pronunciarse sobre la responsabilidad de la señora MRSP frente al delito de estafa agravada. (…)

“En el caso de la estafa, la norma exige que el resultado (obtención de un provecho económico), esté antecedido de varios actos, a saber: (i) Que el sujeto agente emplee artificios o engaños sobre la víctima, (ii) que la víctima incurra en error por virtud de la actividad histriónica del sujeto agente, (iii) que debido a esta falsa representación de la realidad (error) el sujeto agente obtenga un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, y (iv) que este desplazamiento patrimonial cause un perjuicio ajeno correlativo”. (…)

… tal como lo exige el principio de la incumbencia probatoria, respecto al cual la SP de la CSJ ha indicado lo siguiente:

“Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor. (…)

Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones…”. (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

Libertad y Orden

SALA DE DECISIÓN PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 209 del primero (1º) de marzo de dos mil diecinueve (2019)
Pereira, cinco (5) de marzo de dos mil diecinueve (2019)
Hora: 2:06 p.m.

Radicación	66001 60 00 036 2008 01591 01
Acusado	MRSP
Delito	Estafa
Juzgado de conocimiento	Segundo Penal Municipal de Pereira
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia del 16 de junio de 2017

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas y por la FGN, contra la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira mediante la cual se absolvió a la señora MRSP de la conducta punible de estafa por la cual había sido convocada a juicio.

2. ANTECEDENTES

2.1 Los hechos investigados fueron puestos en conocimiento de la FGN, a través de denuncia instaurada en contra de la señora MRSP, por parte de los señores Sonia Mercedes Pérez Arteaga, Astrid Triana, Floralba Parra Cruz, Alba María Cruz de Parra, José de Jesús Pérez Arteaga, Martha Gladys Rodríguez Caro, María Lucía Hoyos Moreno, Alfonso Antonio Hoyos, y Olga Lucía Echeverry Moncada, Rocío Restrepo Parra, Sonia Amparo Restrepo Parra y Ruby Imbania Ñañez Correa, en las que en términos generales refirieron que se vincularon a una fundación con el fin de acceder a unas viviendas, en la cual fueron atendidos y asesorados por la señora MRSP, quien les indicó que debían vender mensualmente 10 o más bonos por valor de $10.000 cada uno. Las sumas de dinero fueron entregadas mes a mes y durante largos periodos a la señora MRSP, quien no les hacía entrega de un comprobante de esos pagos y quien nunca cumplió con las promesas de entregarles un lugar para habitar.

2.2 La audiencia de formulación de imputación se realizó 5 de noviembre de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira (fl. 17), acto en el cual se declaró en contumacia a la señora MRSP, luego de lo cual la FGN le formuló imputación por el delito de estafa agravada (art. 247 num 1º del CP).

2.3 El Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira asumió el conocimiento de la presente causa (fl. 18). La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo en sesiones del 10 de abril de 2014 (fl 21), y 15 de septiembre de 2014 (fl. 23 y 24); la audiencia preparatoria se surtió en diligencias del 13 de julio de 2015 (fl. 31), 1º de

septiembre de 2015 8fl. 35), 28 de septiembre de 2015 (fl. 39-40). El juicio oral se celebró en sesiones del 27 de abril de 2016 (fl. 65-66), 14 de marzo de 2017 (fl. 74), 14 de marzo de 2017 (fl. 75), 6 de abril de 2017 (fl. 77). La sentencia absolutoria fue proferida el 16 de junio de 2017 (fl. 78-54).

2.4 El representante de las víctimas y la delegada de la FGN interpusieron recurso de apelación en contra de la decisión de primer grado.

3. IDENTIDAD DE LA PROCESADA.

Se trata de **MRSP**, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.192.342 de Pereira (Risaralda), nació el 18 de febrero de 1960 en Santuario (Risaralda), es hija de Rodolfo y María Idali, de ocupación labor social.

4. LA DECISIÓN IMPUGNADA

4.1 En la sentencia de primera instancia, el despacho de conocimiento absolvió a la procesada con base en las razones que a continuación se sintetizan:

- La señora MRSP fue convocada a juicio ya que esta presuntamente a través de una fundación se ofreció a entregar casas de interés social, y para ello las víctimas realizaban trabajos y entregaban sumas de dinero a título de compra de bonos, mediante los cuales se lucró la procesada, sin que los denunciantes accedieran a las viviendas prometidas.

- El A quo hizo referencia a la naturaleza del delito de estafa previsto en el artículo 246 del CP. También trajo a colación la sentencia proferida por la SP de la CSJ el 8 de junio de 2006, radicado 24.729 y un concepto del doctrinante Guillermo Duque Ruiz, referentes a los componentes estructurales de dicha conducta punible, para indicar que con base a estos, el delito que se le endilga a la procesada era concordante con la tipificación del tipo de estafa, ya que: i) había una oferta de acceso a una vivienda, la cual incluso fue publicada en medios masivos de comunicación; ii) se obtuvo un provecho ilícito a través de la venta de unos bonos y el uso del engaño para hacer creer a las víctimas que serían beneficiarios de unas casas; y iii) existió la afectación al patrimonio de las personas que resultaron afectadas, no sólo mediante el trabajo que estas realizaban, sino también mediante las sumas de dinero que entregaban, incluso a través del constreñimiento para cancelar los bonos con su propio peculio.

- En el asunto de la referencia aparentemente existía un doble perjuicio para las víctimas ya que la acusada no sólo se aprovechaba de sus servicios o fuerzas de trabajo sino también del patrimonio económico de estas quienes los invertían con el fin de acceder a una vivienda.

- A su modo de ver la FGN no logró acreditar la existencia de la conducta de estafa atribuida a la señora MRSP, ya que no se introdujo la prueba referente a la existencia de la fundación a la que se hizo referencia durante la

investigación. Sin embargo, fue la misma acusada quien reconoció la existencia de dicha entidad durante su declaración.

- Tampoco se presentaron evidencias relacionadas con la presunta oferta de las viviendas de interés social ni de la publicidad que se realizó a través de los medios de comunicación sobre las mismas, y al respecto solo obran los dichos de las víctimas.

- El ente investigador no acreditó lo relacionado con los aportes y/o el trabajo que era ejecutado por los denunciantes y los dichos de estos son particulares a las circunstancias de la oferta que se les hacía.

- No se logró probar el vínculo de las víctimas con la fundación, y pese a que dijeron que en reuniones le entregaban el dinero a la acusada, estos no lograron identificarse entre sí, ni dieron fe de lo que había acontecido con cada uno de ellos.

- No existen comprobantes que promocionaran los sorteos a los que aludieron los denunciantes ni de los presuntos bonos, por lo tanto las versiones de las víctimas no tiene un fundamento y por lo tanto el supuesto provecho ilícito se queda sin bases, máxime cuando la misma procesada indicó que esos bonos efectivamente habían sido vendidos y que lo recaudado con los mismos era reinvertido en la fundación, y que en ningún momento realizó los trámites para la entrega de las viviendas de interés social, situaciones que debían ser desvirtuadas por la FGN, lo cual no aconteció, generando de esta forma dudas sobre la materialidad de la conducta investigada.

- Las argumentaciones realizadas por el delegado del ente investigador, sumadas a los dichos de los denunciantes, no son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia de la señora MRSP.

- En consecuencia de lo anterior, el juez de primer grado absolvió a la acusada del delito de estafa agravada.

5. EL RECURSO INTERPUESTO

5.1 APODERADO DE LAS VÍCTIMAS (Recurrente)

- Solicitó que se revocara la decisión de primer nivel por afectación de las víctimas a conocer la verdad de lo acontecido, en los términos que sobre la materia lo ha dispuesto la Corte Constitucional en el Sentencia C-228 de 2002 y la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 93 CN, ya que en el caso de la referencia varias personas denunciaron la comisión de una misma conducta por una persona determinada, y a través de los testimonios que estos rindieron bajo la gravedad de juramento de manera congruentes, dieron a conocer la manera en la que procedía ilegalmente la acusada, sin que el despacho de primer nivel tuviera en cuenta su condición de personas de especial protección, quienes fueron asaltadas en su buena fe y revictimizadas.

- Considera que se configura una nulidad por violación al debido proceso, pues se desconoció el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre la conducta que los afectó, máxime cuando estas contaban con la documentación respectiva y rindieron su versión de los hechos, la cual no constituía prueba de referencia como lo aseguró el A quo.

5.2 REPRESENTANTE DE LA FGN (Recurrente)

- Los testigos traídos al juicio narraron detalladamente lo acontecido, y de cada una de sus narraciones se puede extractar que existe responsabilidad por parte de la acusada respecto a la conducta investigada ya que está se valió de artificios y engaños para generar un perjuicio económico, a través del cobro de unas cuotas mediante las cuales los afectados accederían a una vivienda que jamás les fue suministrar.

- Cuando la señora MRSP renunció a su derecho a guardar silencio, pese a que trató de no dar respuesta a algunas preguntas hechas por la FGN, esta finalmente reconoció que existían unos carnés y unos bonos que supuestamente eran reinvertidos en las víctimas, pero no acreditó tal situación y los afectados dejaron tal afirmación.

- En el presente asunto sólo se tuvieron en cuenta los dichos de la acusada, más no las de los denunciantes.

- Solicitó que se valorara el caudal probatorio con el fin de que se hiciera justicia.

5.3 DEFENSA (No recurrente)

- Con los EMP allegados al juicio no se pudo establecer la responsabilidad de la señora MRSP, incluyendo las manifestaciones de las víctimas, quienes no por su edad o su humildad al parecer fueron engañados por la procesada, pues los dichos de estos no guardan coherencia entre sí para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos investigados.

- La FGN no probó la responsabilidad de la acusada, pues no existe prueba alguna que soporte la teoría del caso presentada en contra de la señora MRSP en el sentido de que existía una ONG representada por esta dedicada a ofrecer viviendas de interés social.

- Solicitó que se confirmara el fallo de primer nivel.

6. CONSIDERACIONES LEGALES.

6.1 Competencia

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2 Problema jurídico a resolver

La Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el apoderado de las víctimas y la delegada de la FGN debe ser denegado en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado y en caso de superar este examen, debe procederse a establecer el grado de acierto de la decisión del Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira, que absolvió a la acusada por la conducta punible de estafa agravada, si es viable revocar la decisión de primera instancia.

6.3 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

6.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu*, confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.*
>
> *En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.*
>
> *El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*
>
> *Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.*
>
> *Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.*

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su

criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

Obsérvese que, existiendo la prohibición de la ***reformatio in pejus****, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.*

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…" [1]

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

"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o

[1] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.

En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.

En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"[2].

Recientemente, la misma Corporación indicó que:

"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.

El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"[3] Subrayado fuera de texto).

6.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores

[2] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.
[3] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que en la argumentación de los recurrentes no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limitan a mencionar que las víctimas no habían sido escuchadas en el juicio oral y que el A quo sólo le había dado credibilidad a los dichos de la acusada.

En ese sentido se debe tener en cuenta que la delegada de la FGN pese a que tiene todo el conocimiento técnico, jurídico y jurisprudencial relacionados con la forma de interponer y sustentar los recursos, optó por hacer unas manifestaciones escuetas a través de las cuales no se atacó de fondo la decisión impugnada, por lo cual se declarará desierto el recurso incoado por el ente investigador.

Ese mismo reproche no puede ser aplicado al apoderado de las víctimas, respecto a quien se debe recordar que es un estudiante de derecho, que no ha finalizado sus estudios universitarios, y de ello se infiere que no tiene un conocimiento profundo sobre la manera en la que se interpone y sustentan los recursos de ley, pero es importante recalcar, que este apelante, en un esfuerzo mayor al realizado por la FGN, incluso solicitó la nulidad de la actuación, ya que a su modo de ver con las resultas del proceso, sus representados no habían accedido a la verdad y sus dichos durante el juicio habían sido ignorados por el juez de primer grado, además de no ser confrontados con las manifestaciones hechas por la acusada.

En consecuencia, esta Colegiatura en aplicación al principio de caridad respecto al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas, procederá a pronunciarse sobre la responsabilidad de la señora MRSP frente al delito de estafa agravada.

Frente al principio de caridad, la SP de la CSJ en decisión del 9 de septiembre de 2015, radicado 46235, indicó:

> *"Acorde con la jurisprudencia de la Sala[4], el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible[5].*
>
> *Se trata de una forma de superar los yerros de sustentación a efectos de encontrar el verdadero sentido del recurso en procura de dar efectividad al derecho material subyacente. En ese orden, debe existir un ejercicio de fundamentación que, aunque impreciso, permita desentrañar el contenido de la censura.*
>
> *No obstante, si no se entregan razones para sustentar la impugnación o las suministradas son insuficientes para deducir una postura jurídica concreta frente al tema de debate, resulta imposible acudir a este principio para obviar falencias argumentativas."*

[4] Cfr. CSJ proveídos del 10/03/09 Rad. 30822; 01/07/09 Rad. 27397; 12/05/10 Rad. 33755; 20/10/10 Rad. 33022; 05/09/12 Rad. 39284, entre otros.
[5] Cfr. CJS SP 08/06/11 Rad. 35130.

6.6 Los artículos 246 y 247 numeral 1º del CP del Código Penal establecen lo siguiente:

> *"246. ESTAFA. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.*
>
> *La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *"ARTICULO 247. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. La pena prevista en el artículo anterior será de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses cuando:*
>
> *1. medio fraudulento utilizado tenga relación con vivienda de interés social.*
>
> *(…)"*

6.7 Corresponde a la Sala determinar si en el caso concreto se probaron los elementos normativos constitutivos de la conducta punible de estafa, siendo necesario establecer si la incriminada, por medio de artificios o engaños, indujo en error a las víctimas, y si a causa de ese error, el patrimonio económico de ésta última se vio menoscabado. En este punto es importante recordar lo que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha mencionado sobre la estructura típica de este delito así:

> *"En el caso de la estafa, la norma exige que el resultado (obtención de un provecho económico), esté antecedido de varios actos, a saber: (i) Que el sujeto agente emplee artificios o engaños sobre la víctima, (ii) que la víctima incurra en error por virtud de la actividad histriónica del sujeto agente, (iii) que debido a esta falsa representación de la realidad (error) el sujeto agente obtenga un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, y (iv) que este desplazamiento patrimonial cause un perjuicio ajeno correlativo.*
>
> *Como puede verse, el precepto, además de exigir la presencia de ciertas modalidades conductuales previas a la obtención del resultado (provecho ilícito), demanda que las mismas se presenten en específico orden cronológico (primero el artificio, luego el error y después el desplazamiento patrimonial), y que entre ellas exista un encadenamiento causal inequívoco, es decir que el uno conduzca necesariamente al otro, de suerte que si estos requerimientos conductuales no se presentan, o presentándose concurren en desorden, o la cadena causal se rompe, trastoca o invierte, no podrá hablarse de delito de estafa".*[6]

6.8 Ahora bien, como en el caso objeto de estudio la FGN, en el escrito de acusación adicionó a dicha conducta la circunstancia de agravación punitiva prevista en el artículo 267 numeral 1º del CP, además de lo contemplado en el parágrafo 31 Ibídem,

[6] Sentencia del 8 de junio de 2006. Proceso Rad. 24729. M.P. Mauro Solarte Portilla.

referente a los delitos continuados y masa, se debe establecer que frente a esta última conducta punible la SP de la CSJ ha estableció lo siguiente:

> *"Así, en sentencia de casación del 27 de septiembre de 1995, radicado No. 8942, la Sala señaló lo siguiente:*
>
> *«Trátese, por tanto, en casos como este, de una acción única con pluralidad de actos ejecutivos, que de suyo excluye la posibilidad del delito continuado, que por definición exige una pluralidad de conductas. Lo que sucede es que al recaer cada uno de los actos ejecutivos que la conforman en diversas personas, esto no significa que se trate de acciones independientes con relevancia jurídico penal, sino que estos son actos ejecutivos de la conducta integralmente considerada, que como única, tipifica una sola acción delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, pues no en pocas ocasiones exige la puesta en marcha de una multiplicidad de actos dependientes de los medios utilizados, que naturalística y jurídicamente se tornan en necesarios para que la acción final defraudadora pueda consumarse»*
>
> *En otra ocasión, señaló igualmente la Sala que el delito masa «se presenta cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que genera una multiplicidad de infracciones a un tipo penal, todo lo cual se ejecuta de acuerdo con un plan con el que se pretende afectar el patrimonio económico de un número indeterminado de personas.»,*
>
> *Y, sobre el delito de estafa en la modalidad de delito masa, la Corte ha señalado lo siguiente:*
>
> *« (…) la mentada conducta punible admite la posibilidad de que con la acción timadora resulten plurales sujetos pasivos afectados en su patrimonio, y no excluye la eventualidad de que el sujeto activo de la ilicitud realice múltiples y reiterativos actos tendientes a la obtención de un solo propósito defraudador, que perdura y se materializa en el tiempo con fraccionados logros. Así las cosas, el engaño es único, como único también es el dolo en estos eventos, "porque la materialización de cada acto no disgrega el todo de la acción, en cuanto lo único que cada uno revela es que el sujeto prosigue en su empeño principal y único." -Cfr. Sentencias de septiembre 27/95, Rdo. 8942, M.P. Dídimo Páez Velandia; noviembre 27/96, Rdo. 9308, M.P. Carlos E. Mejía Escobar; diciembre 3/96, Rdo. 8874, M. P. Carlos A. Gálvez Argote; junio 26/99, Rdo. 12.591, M.P. Mario Mantilla Nougués, entre otras. (…)»".*

6.9 De lo expuesto en el escrito de acusación se deduce lo siguiente: i) los señores Sonia Mercedes Pérez Arteaga, Astrid Triana, Floralba Parra Cruz, Alba María Cruz de Parra, José de Jesús Pérez Arteaga, Martha Gladys Rodríguez Caro, María Lucía Hoyos Moreno, Alfonso Antonio Hoyos, Olga Lucía Echeverry Moncada, Rocío Restrepo Parra, Sonia Amparo Restrepo Parra y Ruby Imbania Ñañez Correa, interpusieron denuncia en contra de la señora MRSP por el delito de estafa agravada; ii) las citadas personas acudieron a una fundación ubicada en la carrera 4 Nro. 14-52 de esta ciudad, denominada "Corazones Unidos", dedicada a la fabricación y comercialización de traperos, escobas, velas y chocolates, donde se ofrecía la entrega de viviendas a personas necesitadas, entre ellos discapacitados y personas de avanzada edad, tal es el caso de los señores José Jesús Pérez y Alba María Cruz Parra; iii) para acceder a los predios las víctimas realizaban aportes económicos reflejados en bonos cuyo valor unitario era de $10.000, los cuales supuestamente eran para realizar labores sociales; iv) inicialmente las víctimas vendían o adquirían 3 bonos, pero con el transcurrir del tiempo, se les exigía vender 10 o más de esos bonos; v) la señora MRSP no entregaba comprobantes de los pagos que realizaban las

personas vinculadas con la fundación; y vi) los sucesos puestos en conocimiento de la autoridad acontecieron entre los años 2002 y 2012.

6.10 A consecuencia de lo anterior, la FGN convocó a juicio a la señora MRSP por el delito de estafa agravada (art. 246 y 267 numeral 1 y art. 31 inciso 2º CP), aclarando que en el escrito de acusación que se imputaba la conducta como delito masa.

Sin embargo, es importante señalar que durante el desarrollo de la audiencia de formulación de acusación (H:00:27:04), la FGN sustentó los términos de la acusación, indicando que en el asunto de la referencia se configuraba el agravante al que se hizo alusión, teniendo en cuenta el grave perjuicio que con la conducta investigada se había generado a las víctimas, quienes pertenecían a los estratos 1 y 2 y sus condiciones económicas eran precarias, pese a lo cual entregaron sus dineros a la acusada con la esperanza de obtener una vivienda.

Sin embargo, en aquella oportunidad el ente investigador prescindió del concurso de conductas punibles y se acusó por un delito masa según el artículo 31 del CP.

6.11 El debate se centra en decidir si es viable revocar la decisión de primera instancia, y en su lugar proferir sentencia de carácter condenatorio en contra de la señora MRSP…, por la violación a las normas aludidas, con base en los argumentos expuestos por el representante de las víctimas y de la FGN quienes fungen como recurrentes. Por ello, en atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala abordará el estudio de la prueba sobre la existencia de la conducta investigada y de la responsabilidad del acusado, para adoptar la decisión correspondiente.

6.12 Sobre la responsabilidad de la acusada

6.12.1 En atención a la argumentación realizada por el representante de las víctimas y de la FGN, se debe resolver lo concerniente al grado de acierto de la decisión de primera instancia, donde fue absuelta la señora MRSP, por la conducta punible de estafa agravada, ya que el juez de primer grado consideró en lo esencial que no se obtuvo el conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad de la procesada respecto a las defraudaciones de las cuales habían sido víctimas los señores MRSP, por parte de los señores Sonia Mercedes Pérez Arteaga, Astrid Triana, Floralba Parra Gil, Alba María Cruz de Parra, José de Jesús Pérez Arteaga, Martha Gladys Rodríguez Caro, María Lucía Hoyos Moreno, Alfonso Antonio Hoyos, y Olga Lucía Echeverry Moncada, Rocío Restrepo Parra, Sonia Amparo Restrepo Parra y Ruby Imbania Ñañez Correa, teniendo en cuenta lo siguiente: i) el ente investigador no había allegado prueba alguna respecto a la existencia y representación de la “Fundación Corazones Unidos”. Sin embargo fue la misma procesada quien hizo alusión a ese aspecto en particular; ii) no se allego evidencia alguna, diferente a los testimonios de las víctimas, que permitiera inferir la veracidad sobre la oferta de las viviendas de interés social que la procesada realizaba a través de medios masivos y con el apoyo de algunos dirigentes políticos; iii) tampoco se logró establecer el vínculo que existía entre los denunciantes y la fundación; y iv) los testigos

convocados al juicio no se reconocieron entre sí, ni dieron fe de las reuniones a las que asistían ni sobre dineros entregados a la acusada.

6.12.2 De lo anterior se extrae que el problema jurídico principal se orienta a determinar si las pruebas presentadas en el decurso del juicio oral son suficientes para proferir un fallo de condena en contra de MRSP.

6.12.3 En atención al principio de necesidad de prueba, establecido por los artículos 372 y 381 del CPP, se procede a hacer la valoración de la evidencia introducida al juicio, en lo que atañe a la responsabilidad de la procesada respecto a los hechos materia de investigación.

6.12.4 Las pruebas más relevantes contra la señora MRSP vienen a ser los testimonio de los señores José Jesús Pérez Arteaga, Floralba Parra Cruz, Ruby Imbania Ñañez Correa, Alba María Cruz de Parra, Astrid Triana, Sonia Amparo Restrepo Parra, Olga Luz Echeverri Moncada, Martha Gladys Rodríguez Caro, Alfonso Antonio Hoyos y Luz Stella Pérez Arteaga, frente a los cuales vale la pena establecer que esta Sala encuentra que los mismos guardan homogeneidad respecto a los siguientes aspectos puntuales: i) entre los años 2002 y 2008, acudieron a una fundación de la cual tuvieron conocimiento a través de sus amigos y familiares más cercanos o por medio de una emisora de radio, la cual ofertaba viviendas de interés social a personas de escasos recursos; ii) para hacer pertenecer a esa entidad y acceder a un inmueble debían realizar la inscripción respectiva y hacer el pago de la misma, y además debían allegar copias de los documentos de identidad de sus hijos y familiares cercanos; iv) el acceso a la vivienda se lograba a través de la venta de unos bonos, que inicialmente tenían un valor muy bajo pero que posteriormente fue incrementando hasta llegar a la suma de $10.000 cada uno de ellos; v) cada miembro de la fundación debía responder por el dinero de la venta de 10 o 12 bonos mensuales; v) la venta de los bonos se extendió durante varios años, sin que los denunciantes vieran el fruto de su esfuerzo; vi) el pago de los bonos lo hacían incluso con recursos propios obtenidos mediante el trabajo que realizaban o con la enajenación de algunos bienes muebles de su propiedad y nunca obtenían comprobante de la entrega de ese dinero; vii) la señora MRSP era la persona encargada de la fundación, era quien les entregaba los bonos y recibía el dinero, además de ser la promotora de las viviendas, indicándoles que visitarían el lugar donde se construirían las mismas, y refiriendo que estas estarían ubicadas en Frailes y Llano Grande en el Parque Industrial; viii) muchas las personas que hacían parte de la fundación y eran convocadas a reuniones en diferentes puntos de la ciudad para hacer la entrega del dinero que obtenían con la venta de los bonos; ix) con los bonos que eran vendidos supuestamente se realizaban unos sorteos o rifas pero nunca se dieron cuenta del ganador o de entrega del premio; x) nunca se acercaron a ninguna autoridad con el fin de verificar la legalidad de la fundación y de las actividades que realizaban, pues estas eran abiertas y se desarrollaban incluso en lugares públicos y con concurrencia de muchas personas; xi) con el transcurrir el tiempo se percataron de que estaban siendo defraudados en su patrimonio y buena fe, pues ellos entregaban el dinero con la única expectativa de acceder a una de las viviendas que ofertaba la acusada; y xii) la acusada se tornaba agresiva cuando las personas no podían hacer entrega del dinero correspondiente a la venta de los bonos.

6.12.5 En contraposición a lo narrados por las víctimas de los hechos investigados, la señora MRSP renunció a su derecho a guardar silencio, y durante su declaración advirtió lo siguiente: i) para el año 2002 laboraba en un hogar infantil que tenía en su lugar de residencia, en el que atendía a 48 niños, a quienes les suministraban todo lo que necesitaban para su subsistencia. El jardín funcionaba en la carrera 3ª, no recuerda la nomenclatura, pero funcionaba frente a la antigua puerta de urgencias del Hospital San Jorge; ii) a través de la Fundación Corazones Unidos realizaba dicha actividad. La entidad se encuentra registrada en la Cámara de Comercio, en la Dian y en la Gobernación; iii) en cuanto a los fondos que adquiría para el funcionamiento de la fundación, indicó que el Fondo de Alimentos les vendía alimentos a costos muy económicos, fuera de que muchas personas y entidades sabían la existencia de los niños y por eso les ayudaban con mercados; iv) los denunciantes sabían de su actividad, pero no acudían a la actividad de los niños, solamente participaban de diferentes celebraciones como el día de la madre, amor y amistad, se les hacía entrega de zapatos para sus hijos, etc.; v) nunca les ofreció vivienda a las denunciantes, máxime cuando ella no cuenta con un inmueble propio, ya que es pobre y no tiene dinero para ello; vi) a partir del año 2003 se empezaron a vender unos bonos por sugerencia de algunas de ellas en medio de una reunión, donde le indicaron que ella a través de la fundación podía obtener buenos descuentos en zapatos, alimentos, medicamentos, valoraciones médicas, por lo cual accedió a vender los bonos; vii) durante el año se hacían 3 ventas de bonos, no recuerda los meses, pero esa información reposa en la carpeta de cada una de las personas, el número de bonos, la cantidad de bonos vendidos; vii) el dinero recaudado se invertía en las mismas personas de la fundación, se compraban cajas de cuadernos, zapatos por docenas, se hacían valoraciones y exámenes en Radiólogos, medicamentos, se había capacitaciones, también se hacía el pago del persona que las capacitaba, de un psicólogo y de un abogado, información que reposa en unos archivos que están guardados; viii) nunca publicitó a través de medios de comunicación un plan de vivienda para los miembros de la fundación; ix) la fundación estaba constituida con 189 personas, pero nunca hizo una actividad global con todas esas personas, ya que algunas trabajaban, pero si hay fotos en las que aparecen reunidas en fechas concretas como el día del padre, el día de la madre, el día del amor y la amistad o el día de enero que se les entregaban los cuadernos a sus hijos. No solo existen fotos sino también las firmas como constancia de todo lo que recibían; x) de 189 personas que había en la fundación, solo la denunciaron 10 de ellas, pero no sabe el motivo real de la misma pues ella jamás se robó el dinero de las denunciantes y tiene documentos que acreditan que las sumas se invertía en ellas mismas; xi) no recuerda el tiempo que permaneció cada uno de los integrantes de la fundación, pero a modo de ejemplo indicó que la señora Floralba Parra estuvo en la fundación 4 años, y que “Chucho” estuvo 4 años; xii) en la actualidad la fundación continua desarrollando su labor, incluso se renovó la matrícula de la Cámara de Comercio; xiii) dentro de los estatutos de la fundación está la posibilidad de tramitar viviendas con otras entidades, sin embargo no lo hacen ya que no se cuentan con los medios para ello; xiv) no sabe por qué las personas que la denunciaron no volvieron a la fundación, ellas simplemente se retiraron, nunca dijeron nada. Años después la convocaron al proceso que porque ella era una estafadora. Incluso una de ellas dijo que le había hecho

entrega de $30.000.000, dinero que esa persona pudo haber invertido comprando una vivienda pero que mejor se lo entregó a ella; xv) antes del año 2002 trabajaba en el Diario del Otún. Desde esa fecha a la actualidad labora con una multinacional y con la fundación. Realiza labor social suministrando elementos de estudio y dotación, y consiguiendo personas que apadrinan niños para brindarles educación; xvi) a las denunciantes se les dieron capacitaciones, se les enseñó a fundar empresas, se les realizó asesoramiento en psicología y con un abogado; xvii) los formadores de la fundación eran profesionales que iban hasta la fundación y cuenta con los contratos de estos. Con el Sena se hizo un convenio y muchas de ellas, cree que fueron 98 mujeres las que se capacitaron en esa entidad; xviii) en la fundación atendían a los niños y a los adultos. Había espacio para los adultos. Se atendían a las personas que fueran y se capacitaban en esa misma entidad porque contaban con espacios especiales para ello; xix) los fondos de la fundación provenían de las personas que les ayudaban y de la venta de los bonos; xx) los bonos eran vendidos por ella, sus hijos y por "todo el mundo". Empezaron vendiendo bonos de $3.000 y terminaron en -$10.000. En la actualidad no venden bonos, y no quiso informar cómo se subsidian en la actualidad; xxi) las personas venían los bonos tres veces en el año, no recuerda cuántos bonos se entregaban pero cree que eran 3 o 4 bonos; xxii) las personas que acudían a la fundación solo se acercaban con la expectativa de que fueran capacitados por el Sena; xxiii) ninguna de los denunciantes dejó sus hijos en la fundación. Esas personas iban a la fundación por la cantidad de beneficios que tenían; xxiv) los mercados que les daban a ellos eran repartidos entre las personas, de lo cual existen fotos y firmas de lo recibido; xxv) no tiene conocimiento por qué esas personas continuaban durante años en la fundación si solo iban a capacitaciones y a 3 celebraciones al año. Algunas personas permanecieron 3 años, otros 4 años y nunca supo por qué se habían ido; xxvi) no hizo reuniones con políticos para que las denunciantes accedieran a una vivienda; xxvii) tiene las 189 carpetas en las que obra la información de los bonos que cada una de las personas vendía. Esa información se la suministró a su anterior abogado y esos documentos estuvieron guardados en la Defensoría del Pueblo, a donde fue a reclamarlos nuevamente ya que habían permanecido allí durante un año pero no hicieron nada. Ella entregó los documentos al abogado que representó sus intereses con anterioridad y este a un señor Alexánder que era un investigador de esa entidad. Supo que algunas personas habían rendido "indagatoria" directamente en la Defensoría del Pueblo. Alexánder le devolvió las carpetas pero él no fue llamado a juicio; xxviii) existen fotos donde constan sus dichos y toda esa información fue entregada a abogado en comento de la Defensoría del Pueblo, pero se dio cuenta que no hicieron nada; xxix) existen otros testigos de los hechos, son muy pocas personas que de esa época continúan en la fundación porque debido a la "demanda" no volvieron, sumado a que había una mujer que hacía brujería y espiritismo a quien le tenían mucho miedo y por ello ninguna quiso comparecer al juicio y declarar a su favor. Los otros testigos no vinieron al juicio por temor a esa persona; xxx) fue víctima de amenazas, situación que quería denunciar pero no fue escuchada porque se trataba de una "contrademanda" ya que ella ya había sido denunciada por estafa. También a la salida del Palacio fue agredida físicamente por las denunciantes y tuvo que intervenir la policía, pero al acercarse a denunciar le dijeron que no podía hacerlo. La denuncia fue a instaurarla en la Fiscalía en la calle 37; xxxi) como líder social sabe que tiene unos derechos pero es la primera vez que

se ve enredada en un lio de estos; xxxii) no concilió con las partes, incluso la primera vez que fue convocada a una diligencia la sentaron con dos de las denunciantes, ella no podía ni hablar y la fiscal de esa época la trató hasta de ladrona. No denunció esa situación ya que no le gustan los problemas y porque denunciar a una fiscal es buscar que la "desaparezcan". Sabe de sus derechos y va a denunciar a su anterior abogado; xxxiii) en los estatutos está lo del componente de vivienda pero esos estatutos son muy amplios; xxxiv) en una de las declaraciones que leyó dice que una persona le entregó 30 millones de pesos, pero esas personas no tenían capacidad económica para ello. Ni siquiera vendiendo los bonos hubiera recolectado esa suma. Las personas que la denunciaron eran amas de casa, empleadas domésticas, aseadoras, sus ingresos eran mínimos. La fundación tenía como fin ayudar a la población vulnerable; xxxv) esas personas no le hacían aportes a la fundación, ellas vendían los bonos en sus lugares de trabajo, pero ellas no sacaban de su bolsillo dinero para la fundación, tal y como ellas mismas se lo indicaban. Si no podían vender los bonos ellas los devolvían. No era obligatorio vender los bonos; y xxxvi) No se hacía ningún pago para pertenecerá la fundación ni pagos periódicos.

6.12.6 Contrario a lo enunciado por el A quo, en el caso objeto de estudio, de conformidad con lo enunciado por los testigos y por la misma procesada, fueron varias las situaciones que se lograron acreditar al confrontar las declaraciones vertidas durante el desarrollo del juicio oral, estas son las siguientes:

i) Efectivamente existía una fundación en la ciudad de Pereira que para el año 2002 operaba por el Hospital San Jorge de Pereira, la cual estaba legalmente constituida y se encontraba inscrita ante la Cámara de Comercio, la Dian y era vigilada por la Gobernación de Risaralda, y que de conformidad con sus estatutos existía la posibilidad de promover el acceso a una vivienda, la cual correspondía al nombre de Fundación Corazones Unidos, la cual estaba encaminada a brindar ayuda a la población más vulnerable.

ii) Una vez las personas ingresaban a esa fundación se comprometían con la venta de unos bonos.

iii) Inicialmente los bonos tenían un valor mínimo de $3.000 pero con el transcurrir del tiempo su valor fue aumentando hasta alcanzar el costo de $10.000.

iv) Las personas eran convocadas a unas reuniones en las que hacía entrega del dinero y no se les expedía comprobante alguno de pago, pues era la misma MRSP quien llevaba las cuentas de las entregas que se realizaban.

v) Algunos beneficiarios de esa entidad durante varios años vendieron los bonos y posteriormente, no volvieron regresaron a la fundación.
6.12.7 Ahora bien, en la decisión de primer nivel se le otorgó plena credibilidad a las manifestaciones realizadas por la acusada, desechando de plano las situaciones narradas por las víctimas, y sin realizar una corroboración periférica de las pruebas.

6.12.7.1 En ese sentido se debe establecer que un total de diez testigos (José Jesús Pérez Arteaga, Floralba Parra Cruz, Ruby Imbania Ñañez Correa, Alba María Cruz de Parra, Astrid Triana, Sonia Amparo Restrepo Parra, Olga Luz Echeverri Moncada, Martha Gladys Rodríguez Caro, Alfonso Antonio Hoyos y Luz Stella Pérez Arteaga), quienes de manera independiente pero con un argumento hilado y coherente, sin un discurso elaborado con el ánimo de perjudicar a la acusada, informaron que habían sido defraudados en su patrimonio y en su buena fe por parte de la señora MRSP, quien luego de que cada uno de ellos y sus familiares y amigos más cercanos realizaran los trámites de inscripción y pagaran la suma de $30.000 por la afiliación a la fundación en comento, iniciaron la venda de unos bonos con el único fin de acceder a unas viviendas de interés social que eran promovidas la acusada, respecto a las cuales según los dichos de las señores Sonia Amparo Restrepo, Olga Luz Echeverry Moncada, Floralba Parra Cruz, José Jesús Pérez y Ruby Imbania Ñañez, la procesada les había exhibido los planos y/o maqueta de las viviendas, las cuales estarían ubicadas en el sector de Llano Grande, en el Parque Industrial o en Frailes.

También quedó demostrado que esas personas debían procurar la venta de unos bonos para tener derecho a la vivienda ofrecida, los cuales iniciaron con un costo de $3.000 y que paulatinamente se acrecentaba ese valor hasta ser cotizados cada uno de ellos en $10.000.

6.12.7.2 Las mismas víctimas en el afán de acceder a las viviendas con las cuales habían sido ilusionados, vendieron entre 10 y 12 bonos mensuales por valor de $10.000 cada uno de ellos, es decir, que mensualmente y de manera independiente, cada miembro de la fundación le hizo una entrega aproximada de $100.000 o $120.000 a la señora MRSP, lo que representa un total anual de $1.000.000 o $1.200.000, cifras frente a las cuales las personas afectadas no recibieron un comprobante de pago, ya que como la misma acusada lo indicó, ella era quien llevaba las cuentas y hacia las anotaciones de los dineros recaudados a los miembros de la fundación.

6.12.10 No resultaban creíbles ni de recibo para esta Sala las manifestaciones hechas por la señora MRSP, quien en su afán de demostrar un rol altruista y con el único fin de prestar un servicio a la comunidad más vulnerable, indicó que los dineros que eran recaudados eran reinvertidos en la misma fundación para beneficio de sus propios integrantes, pues no es lógico pensar que las personas que se encontraban inscritas en esa entidad, se sometieran voluntariamente a vender a cualquier costo esos bonos, llegando incluso a adquirir obligaciones personales, a acudir a préstamos “gota a gota” o a enajenar sus bienes muebles, como en el caso de los señores Alfonso Antonio Hoyos, Martha Gladys Rodríguez Caro y Floralba Parra Cruz, a cambio de la realización de exámenes médicos, limpiezas dentales, acceso a un par de zapatos o de útiles escolares, a capacitaciones, etc, pues se entiende que esos mismos servicios podían ser asumidos de manera particular por las víctimas con el dinero que debían aportar mensualmente a la fundación representado en los bonos aludidos.

6.12.11 Por lo anterior es posible concluir que las personas que denunciaron a la señora MRSP no se inscribieron ni se afiliaron a la fundación pagando incluso la suma

de $30.000, para acceder a servicios que con su propio peculio y sus escasas fuentes de ingresos hubieran podido acceder a los mismos, sino que las labores que hacían mes a mes y durante varios años, tenía un interés mayor, representado en acceder a las viviendas prometidas por la señora MPSP, para lo cual hacían todo tipo de esfuerzos con el objeto de cumplir con el pago de los bonos que les eran asignados, pues todos estaban advertidos en el sentido de que si no hacían la entrega del dinero, serían excluidos del programa de vivienda, y por ello algunos de los denunciantes sobrepasaron sus limitaciones para cumplir con sus cuotas, tal y como quedó contemplado con anterioridad.

6.9.12 Sumado a ello, el hecho de que las víctimas que acudieron al proceso, no se conocieran o identificaran entre sí, o que pudieran dar fe de la asistencia a las reuniones o a la entrega de los dineros entre sí, es totalmente entendible, pues aquellas indicaron que eran muchas las personas vinculadas a esa fundación, y algunos de ellos refirieron que se trataba de más de 400 personas postuladas para acceder a una vivienda de interés social, pese a que la señora MRSP durante su declaración indicó que eran 189 personas las que se beneficiaban de la fundación. Esa situación en particular llama la atención de la Sala, pues ello quiere decir que las personas que decidieron denunciar a la procesada, lo hicieron de manera independiente y en atención a la defraudación de la que cada una de ellas fue víctima, pero que en conjunto guardan similitud respecto a la persona a la que se le atribuyen los hechos investigados, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los mismos, tal y como se observa en el escrito de acusación (fl. 2 a 5).

6.12.13 Fuera de lo anterior, esta Colegiatura considera que no le asistió razón al A quo cuando le otorgó plena credibilidad a los dichos de la señora MRSP durante su declaración en el juicio, en el sentido de que el dinero por ella recaudado había sido reinvertido en la misma fundación, pues al respecto se debe recordar que era la defensa quien debía acreditar esos dichos a través de los soportes y documentación respectiva, pese a ello y conforme a lo plasmado en el acta de la audiencia preparatoria, la defensa no realizó ninguna solicitud probatoria y por lo tanto no se allegaron los EMP ni EF que respaldara los dichos de la señora MRSP en tal sentido, tal como lo exige el principio de la incumbencia probatoria, respecto al cual la SP de la CSJ ha indicado lo siguiente:

> *"Se tiene, de esa manera, que en el proceso penal no es posible trasladar la carga de la prueba de responsabilidad al acusado, pues no le corresponde a él desplegar actividades dirigidas a demostrar su ajenidad en el ilícito. Por el contrario, el Estado soporta el deber de acreditar la culpabilidad del procesado, protegido hasta el fallo definitivo por la presunción de inocencia, la cual, para ser desvirtuada, se insiste, exige la convicción o certeza, más allá de toda duda, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el autor.*
>
> *(…)*
>
> *Lo que sí le es dado al procesado es oponerse a las pruebas que la Fiscalía trae para desvirtuar su inocencia, actividad que corresponde a un acto propio del derecho de defensa a través del cual puede, incluso, explicar o justificar su conducta. Si opta por ese camino, declinando el derecho a guardar silencio, asume el deber de acreditar esas explicaciones, de manera que si, por ejemplo, propone una coartada, debe*

procurar para la actuación los medios de prueba que acrediten su ubicación a la hora de los hechos, en un lugar diferente al de la ejecución, ya que la simple manifestación de ausencia, resultaría insuficiente para desvirtuar la imputación que le haga la Fiscalía como autor o partícipe de la ilicitud. Igual diligencia se le exigirá si frente a la acusación propone la existencia de causales eximentes de responsabilidad, pues debe emplearse en demostrar los supuestos de hecho que las actualizan. La Fiscalía, por su parte, procurará negar la existencia de esas circunstancias.

En todos esos eventos, se activa el principio general de la incumbencia probatoria, de conformidad con el cual le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico…".

6.12.14 Resulta evidente que en el caso concreto los señores José Jesús Pérez Arteaga, Floralba Parra Cruz, Ruby Imbania Ñañez Correa, Alba María Cruz de Parra, Astrid Triana, Sonia Amparo Restrepo Parra, Olga Luz Echeverri Moncada, Martha Gladys Rodríguez Caro, Alfonso Antonio Hoyos y Luz Stella Pérez Arteaga efectivamente fueron asaltados en su buena fe y en su patrimonio, pues a través de engaños y con la esperanza de acceder a una vivienda de interés social cuyo proyecto no existía, se afiliaron a una fundación en la que la señora MRSP les exigía la venta mensual de 10 o 12 bonos, cada uno de ellos por valor de $10.000, aportes que se prolongaron durante años, sin que pudieran acceder a la misma o sin que se les hiciera devolución del dinero aportado, y bajo esas circunstancia fue que se configuraron los elementos de la conducta punible endilgada a la señora MRSP, como se pasa a verificar a continuación:

6.12.14.1 Los artificios y engaños con los que la señora MRSP embaucó a los afectados para realizar el aporte representado en bonos se presentaron cuando a cada una de las víctimas se les informó que en calidad de beneficiarios de esa fundación se les haría entrega de una casa de interés social ubicada en el sector de Llano Grande, Parque Industrial o Frailes y que para ello, debían realizar unos aportes mensuales representados en bonos, los cuales eran recaudados mensualmente por la señora MRSP durante las reuniones que esta convocaba en diferentes sitios de la ciudad, a la cual acudía una cantidad considerable de postulados.

Quiere decir lo anterior, que el error en que incurrieron las víctimas estuvo inescindiblemente ligado a los dichos de la acusada, en los que creyeron fehacientemente, teniendo en cuenta los planos y maquetas a los que hacía referencia la señora MRSP, a la cantidad de personas que concurrían a las reuniones en las que se hacía entrega el dinero producto de la venta de los bonos y a los lugares públicos en los que se ejecutaban los encuentros masivos.

6.12.15.2 A su vez la prolongación indefinida en el tiempo respecto del pago de los bonos sin que se viera el fruto de sus esfuerzos, fue lo que llevó a las víctimas a sospechar de la procesada.

6.12.14.3 Por último, el desmedro patrimonial de los denunciantes se generó desde el momento en el que realizaron el pago de una afiliación a una fundación con la firme convicción de que se les haría entrega de una vivienda a través de la venta mensual

de unos bonos, y para tal fin, las víctimas que de conformidad con lo allegado al juicio, son personas de escasos recursos y algunas de avanzada edad, no escatimaron esfuerzos para cumplir con la cuota de $100.000 o $120.000 que les correspondía mensualmente, las cuales cancelaron durante varios años, llegando al punto de vender sus enseres o de adquirir prestamos con el fin y la expectativa de obtener un inmueble, lo cual configura la causal de agravación prevista en el artículo 267 del CP ya que se causó grave daño a las víctimas, atendiendo su precaria situación económica, ya que se trataba de personas pertenecientes a los estratos 1 y 2, quienes entregaron sus dineros a la procesada con la esperanza de obtener una vivienda.

6.13 En este punto, es válido recalcar que el injusto de estafa contiene una faz subjetiva que se materializa en la intención de obtener un provecho ilícito para el sujeto activo o para una tercero, y que fue explicada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia así:

> *"…Además de un contenido fáctico y uno jurídico[7], el ingrediente normativo del provecho ilícito en la conducta punible de estafa comprende tanto un aspecto objetivo como uno subjetivo. El primero consiste en el despojo económico que la víctima sufre como consecuencia directa de las maniobras engañosas que la han inducido en error, al igual que el correspondiente beneficio patrimonial que obtiene el sujeto activo para sí o para un tercero. Y el segundo corresponde a la intención, por parte de este último, de procurarse a favor de sí mismo o de una tercera persona la ventaja patrimonial en comento.*
>
> *Este elemento subjetivo del tipo no puede confundirse con el dolo, que, como tantas veces lo ha precisado la Sala, se refiere al conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias que integran el llamado tipo objetivo.*
>
> *La intención de provecho ilícito es un estado de ánimo que va más allá del puro saber y querer la realización de los elementos del tipo objetivo y, generalmente, se pone de manifiesto mediante la forma en que éste es obtenido. Según la doctrina:*
>
> *"Junto al dolo, como aquel elemento subjetivo-personal general, que fundamenta y configura la acción como acontecer final, a menudo aparecen en el tipo elementos subjetivo-personales especiales, que tiñen el contenido ético-social de la acción en determinado sentido. La actitud o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción determina frecuentemente en gran medida el significado ético-social específico de la acción. […]*
>
> *"Por lo tanto, el contenido específico de desvalor ético-social de una acción se determina en muchos casos por la actitud o posición subjetiva del autor, de la cual ha surgido la acción. Decimos que se trata de elementos subjetivos de autor de la acción, puesto que es la postura o actitud anímica del autor la que tiñe o anima la acción de un modo típico"[8].*
>
> *"[…] el ánimo o intención de lucro o de apropiación es constitutivo de la clase de delitos que con él requiere más que un perjuicio ajeno consciente e incluso intencional. No comete aún estafa quien perjudica a otro mediante engaño (v. gr. para enfadarle), sino sólo quien lo hace con el ánimo o intención de lucro o enriquecimiento antijurídico. La estafa no es por tanto un caso de perjuicio patrimonial artero, sino un delito de enriquecimiento"[9].*
>
> *"Generalizando, puede decirse que elementos subjetivos del tipo (o del injusto) son todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo que el tipo exige, además de éste,*

[7] Cf. sentencia de 21 de julio de 2004, radicación 18762.

[8] Welzel, Hans, Derecho penal alemán. Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, pág. 113.
[9] Roxin, Claus, Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 1997, § 12, 13.

para su configuración"[10].[11]

6.14 En el caso *sub-examine*, resultaron probados tanto los ingredientes objetivos, como el subjetivo que componen el delito de estafa, pues se demostró la obtención del provecho ilícito – el ánimo y la posterior apropiación de las cifras aludidas en el escrito de acusación, las cuales fueron suministradas durante el lapso comprendido entre el año 2002 y el año 2008, año en el cual se radicaron las primeras denuncias.

6.14.1 El desmedro patrimonial de los ofendidos, se logró al ser engañados por MRSP, logrando que depositaran en ella su confianza y su dinero a través de las falsas promesas de adquirir una vivienda.

6.14.2 En torno al error que se genera en la víctima del *contra jus* de estafa, el máximo tribunal de la jurisdicción penal expuso:

> *"…Como quiera que en el hecho punible de estafa se trata de proteger el poder de disposición de las personas sobre sus bienes, cosas o derechos, sobre todo en relación con maniobras fraudulentas que se orientan a obtener un desplazamiento patrimonial, el tipo penal señalado exige una rigurosa relación de antecedente-consecuente entre cada uno de los componentes típicos y en el orden antes indicado. Por ello, el delito se consuma con la obtención de un provecho ilícito para sí o para otro, como consecuencia de una situación de error provocada en la víctima por el ardid que dispone el sujeto activo. El perjuicio correlativo al provecho ilícito determina al sujeto pasivo, como titular del patrimonio que sufrió la mengua; pero el perjudicado puede ser persona distinta del destinatario de la maquinación fraudulenta, que constituye la víctima…"*[12]

6.15 Demostrada en grado de certeza la existencia de la conducta punible de estafa agravada de la que fueron víctimas José Jesús Pérez Arteaga, Floralba Parra Cruz, Ruby Imbania Ñañez Correa, Alba María Cruz de Parra, Astrid Triana, Sonia Amparo Restrepo Parra, Olga Luz Echeverri Moncada, Martha Gladys Rodríguez Caro, Alfonso Antonio Hoyos y Luz Stella Pérez Arteaga, no queda otro camino que revocar la decisión de primer nivel y en consecuencia condenara a la señora MRSP por la conducta por la cual fue convocada al juicio.

6.16 Igualmente se debe establecer que en el presente asunto la FGN logró acreditar en debida forma la configuración de un delito masa de estafa, en atención a lo siguiente:

i) En el escrito de acusación se hizo referencia a los hechos narrados y denunciados por 13 personas determinadas, estas son Sonia Mercedes Pérez Arteaga, Astrid Triana, Floralba Parra Cruz, Alba María Cruz de Parra, José de Jesús Pérez Arteaga, Martha Gladys Rodríguez Caro, María Lucía Hoyos Moreno, Alfonso Antonio Hoyos, Olga Lucía Echeverry Moncada, Rosario Restrepo Parra, Sonia Amparo Restrepo Parra y Sonia Imbania Ñañez Correa. Pese a ello, al juicio oral sólo comparecieron 10 de esas personas, ellas fueron José Jesús Pérez Arteaga, Floralba Parra Cruz, Ruby Imbania Ñañez Correa, Alba María Cruz de Parra, Astrid Triana, Sonia Amparo

[10] Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte general, B de F, Buenos Aires, 2005, pág. 280.
[11] C.S.J. Sala de Casación Penal. Rad. 26197 .4 de febrero de 2009 M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.
[12] Sentencia del 8 de febrero de 2001. Proceso Rad. 013839. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Restrepo Parra, Olga Luz Echeverri Moncada, Martha Gladys Rodríguez Caro, Alfonso Antonio Hoyos y Luz Stella Pérez Arteaga, quienes refirieron que eran más de 400 personas las que hacían parte de la fundación, y con ello se podría pensar que ese gran conglomerado tenía la misma expectativa de las víctimas de ser beneficiarios de una vivienda, para lo cual, y que por lo tanto, tal y como lo hicieron los testigos relacionados, debían garantizar la venda de 10 o 12 bonos mensuales, por valor de $10.000 cada uno de ellos.

ii) Respecto al número de "beneficiarios" de la fundación, la misma procesada indicó que habían 189 personas inscritas.

Lo anterior permite inferir que la FGN estableció las defraudaciones que sufrieron algunas de las víctimas, y en el juicio oral algunas de ellas de manera separada pero coincidente, indicaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron defraudados en su patrimonio y asaltados en la buena fe, por parte de la señora MRSP, señalando además que eran muchas más las personas que de igual manera realizaban la venta de los bonos y entregaban el dinero a la señora MRSP, y en ese sentido se debe recordar que fue la misma acusada quien dijo que eran 189 personas las "beneficiadas" a través de la fundación que ella dirigía, por lo que resultaba viable que el ente investigador le hubiera endilgado la conducta punible de estafa agravada como un delito masa, pues como ya se advirtió, fueron varias las personas que resultaron afectadas con ese comportamiento, que de conformidad con el escrito de acusación, generó la siguiente defraudación patrimonial: i) a la señora Sonia Mercedes Pérez Arteaga en cuantía de $8.640.000; ii) a la señora Astrid Triana en cuantía de $3.600.000; ii) a la señora Floralba Parra Cruz en cuantía de $150.000 pesos cada dos meses a partir del año 2002; iii) a la señora Alba María Cruz de Parra en cuantía de $2.900.000 por concepto de la venta de los bonos, más $500.000 de los cuales hizo entrega con el fin de que se le garantizara el alcantarillado y el agua; iv) José de Jesús Pérez Arteaga en cuantía de $120.000 mensuales, sin que se determinara el tiempo que realizó dichos aportes. Sin embargo, de conformidad con lo referido por este durante la audiencia del juicio oral, realizó la venta de los bonos por un período de 7 años; v) Martha Gladys Rodríguez Caro en cuantía de $2.800.000; vi) a la señora María Lucía Hoyos Moreno en cuantía de $900.000 mediante los cuales "separó el cupo" de la vivienda, y $200.000 mensuales por el lapso de un año y medio; vii) Alfonso Antonio Hoyos en cuantía de $9.350.000; y viii) Olga Lucía Echeverry Moncada en cuantía de $3.000.000; Sonia Amparo Restrepo, en cuantía de $3.000.000.

Lo anterior, aunado las situaciones particulares que cada uno de los testigos enunció en el juicio oral, a través de las cuales se desprende el agravio que sufrieron en su patrimonio económico al vender unos bonos durante largos períodos de tiempo con la esperanza de acceder a una de las vivienda de interés social que promocionaba la acusada en su fundación.

6.17 En consecuencia de lo anterior y como quiera que esta Sala acogió la pretensión de la revocatoria de sentencia de primer grado elevada por el apoderado de las

víctimas, no resulta procedente hacer algún tipo de pronunciamiento respecto a la solicitud de declaratoria de nulidad presentada por el interviniente en comento.

7. DOSIFICACIÓN DE LA PENA

7.1 Para dosificar la pena a imponer a la procesada se atenderá lo dispuesto por los artículos 60 y 61 del Código Penal, que señalan los parámetros que se deben tener en cuenta para la determinación de los mínimos y los máximos punitivos y los fundamentos para individualizar la pena.

7.2 Frente a la conducta que se atribuye a la señora MRSP se debe aplicar la consecuencia jurídica prevista en el artículo 247 del CP del C.P., que establece que la pena será de prisión de 64 a 114 meses de prisión. La cual debe ser aumentada de 1/3 parte a la 1/2 en cumplimiento a las previsiones del artículo 264 del CP, pena que a su vez incrementada en 1/3 parte conforme lo ordena el parágrafo del artículo 31 del CP. En ese orden de ideas, el ámbito punitivo de movilidad es de 174 meses y 10 días, que al dividirlo en cuartos corresponde a 43 meses y 15 días. En consecuencia, los cuartos de pena de prisión se fijan así:

PRIMER CUARTO: De 113 meses y 20 días a 157 meses y 7 días de prisión
CUARTOS MEDIOS: De 157 meses y 8 días a 244 meses y 12 días de prisión
CUARTO MÁXIMO: De 244 meses y 13 días a 288 meses de prisión

Para la pena de multa serán tenidos en cuenta los mismos criterios quedando los cuartos de la siguiente manera:

PRIMER CUARTO: De 118.5 SMLMV a 838,875 SMLMV
CUARTOS MEDIOS: De 838,875 SMLMV a 2279,625 SMLMV
CUARTO MÁXIMO: De 2279,625 SMLMV a 3000 SMLMV

7.3 Al no concurrir ninguna causal de mayor punibilidad, pero si una de menor punibilidad para la acusada como lo es la carencia de antecedentes penales (para la época de los hechos), se impondrá la mínima pena dentro del primer cuarto, es decir 113 meses y 20 días de prisión.

7.4 Igualmente se condenará a la procesada a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual al de la pena principal.

8. Sobre subrogados penales.

Teniendo en cuenta el monto de la pena impuesta a los incriminados, queda claro que en el caso *sub examen* no se reúne el requisito objetivo que señala el artículo 63 del C.P. en su actual redacción, pues la pena a imponer excede de cuatro (4) años de prisión, por lo cual no es posible reconocer a los sentenciados el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Tampoco habrá lugar a la concesión de la prisión domiciliaria y con base el texto del artículo 38 del CP, ya que en el presente asunto no se cumple el factor objetivo de dicha norma, ya que la pena a imponer a la acusada sobrepasa el término de los 8 años de prisión. Sin embargo no se dispondrá la captura inmediata de la procesada por las razones que se explicarán a continuación.

8. SOBRE LA LIBERTAD DE LA PROCESADA.

Como consecuencia de la revocatoria de la sentencia absolutoria de primera instancia, es necesario hacer las siguientes precisiones, relacionadas con la aplicación del artículo 450 del CPP:

8.1 La norma en mención dispone lo siguiente:

> "*Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez puede disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.*
>
> *Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento"*

8.2 En atención al contenido de esa norma, la Sala debe hacer referencia a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-342 del 24 de mayo de 2017, donde se hizo control abstracto de la norma antes citada y se dijo lo siguiente:

> "(...) .
>
> *11.1. La Corte resolvió la demanda formulada por un ciudadano en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, que contiene el Código de Procedimiento Penal, el cual dispone que el juez al momento de dar el sentido del fallo, podrá ordenar la detención del procesado si esta resulta necesaria. El accionante señaló que tales enunciados vulneran el derecho a la libertad personal y algunas de las garantías del debido proceso, como el acceso a la segunda instancia mediante recurso judicial efectivo y la presunción de inocencia. La Sala consideró que es necesario efectuar la integración normativa con la totalidad del artículo demandado, pues de no hacerlo, la eventual declaratoria de inexequiblidad de las expresiones implicaría que los apartes que no fueron acusados perderían la posibilidad de producir efectos jurídicos.*
>
> *11.2. Como primer asunto la Sala se refirió al amplio espacio de configuración del legislador para regular los procedimientos judiciales, así como los límites del mismo. Señaló que se funda en lo dispuesto por los numerales 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución, que consagran la cláusula general de competencia del Congreso de la República, que le permite regular los procedimientos judiciales y administrativos. Adicionalmente la Sala identificó cuatro límites de esa facultad configurativa, precisados entre otras, en la Sentencia C-319 de 2013, siendo estos[13]: (i) la fijación directa, por parte de la Constitución, de determinado recurso o trámite judicial; (ii) el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y particularmente de la administración de justicia; (iii) la satisfacción de principios de razonabilidad y proporcionalidad; y (iv) la eficacia de las diferentes garantías que conforman el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. La norma demandada respeta dichos límites.*

[13]Sentencia C-319 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica No. 5

11.3. En segundo término, la Corte verificó los derechos que el demandante señaló como violados. Respecto de la libertad personal, la Corporación señaló que se trata de un principio y derecho fundamental, que para su protección cuenta con las garantías de la reserva legal y la reserva judicial, precisando que las medidas privativas de la libertad son de carácter excepcional y de interpretación restrictiva. En lo que tuvo que ver con el debido proceso, se afirmó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana[14] y de la Corte Constitucional[15], el derecho al recurso judicial efectivo supone la existencia de mecanismos procesales accesibles y eficaces que permitan el control y la revisión de las decisiones judiciales, cuando los afectados consideren vulnerados sus derechos. Finalmente y en relación con la presunción de inocencia, la Sala determinó desde su jurisprudencia[16], que se trata de un principio constitucional, un derecho fundamental y una de las garantías del debido proceso, de acuerdo con la cual, la persona sometida a proceso penal deberá ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario, a través de un proceso en el que se le haya declarado judicialmente responsable mediante sentencia ejecutoriada.

11.4. Finalmente se procedió a la solución del caso, para lo cual la Corporación afirmó que la interpretación hecha por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el fallo condenatorio consiste en un acto jurídicamente complejo dentro del sistema acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004, es constitucionalmente consistente, en el sentido de integrar como una unidad conceptual el anuncio del sentido del fallo y el texto de la sentencia condenatoria que se emitirá después, lo que no excede los límites del amplio espacio de configuración del legislador para el establecimiento de los procedimientos judiciales.

11.5. En lo que tuvo que ver con el cargo de violación del derecho a la libertad personal, la Sala encontró que la orden de privación de la libertad establecida por el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal respeta las garantías de la reserva judicial, la reserva legal y el carácter excepcional de las medidas privativas de la libertad, pues se trata de una medida que únicamente ocurre en el primer momento del acto jurídicamente complejo en que consiste la sentencia condenatoria. Para el efecto se precisó, que respecto de la necesidad de la detención, el inciso segundo del artículo 450 demandado debe asumirse en relación con los artículos 54 y 63 del Código Penal, que establecen los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, y no con los criterios que deben ser considerados al decretar la medida de aseguramiento.

Igualmente consideró la Sala que esa orden de detención tampoco viola las garantías del debido proceso, pues el afectado cuenta con medios de control adecuados, como son la declaratoria de nulidad del sentido del fallo y de la orden de detención, y el recurso de apelación sobre la sentencia, en virtud del cual podrán ser impugnadas tanto la privación de la libertad, como la declaratoria de responsabilidad penal. Dentro de esta misma perspectiva se concluyó también, que la norma demandada no viola la presunción de inocencia, pues la detención excepcional que se ordena al anunciar el sentido del fallo, constituye una restricción de la libertad dictada por motivos de necesidad, en los términos antedichos.
11.6. Como cuestión final la Corte reiteró que el juez de conocimiento tiene la obligación de evaluar todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate[17]. Por lo mismo, el funcionario debe asumir rigurosamente, que la privación de la libertad es excepcional y que más

[14] Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México. Sentencia de noviembre 26 de 2010. Serie C No. 220, párrafo 142. Este fallo reitera y precisa el precedente contenido en los casos Caso Baena Ricardo contra Panamá, citado en la sentencia de fondo del Caso de los 19 Comerciantes contra Colombia. Sentencia de julio 5 de 2004. Serie C No. 109, párrafo 192
[15] Sentencia C-1195 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica No. 4.3, citando la Sentencia T-268 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell
[16] Sentencia C-003 de 2017 M.P. Aquiles Arrieta Gómez, consideración jurídica No. 3.1.1
[17] Alrededor de la vigencia de este principio en materia penal se han referido entre otras las sentencia T-401 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-070 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-788 den 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-909 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

aún debe serlo la privación de la libertad intramural, por lo cual y de conformidad con la doctrina reconocida por la Corte, "las autoridades deben verificar en cada caso concreto la procedencia de los subrogados penales como la prisión o detención domiciliaria, la vigilancia electrónica y la libertad provisional, pues éstas desarrollan finalidades constitucionales esenciales en el Estados Social de Derecho"[18].
(Subrayas ex texto)

8.3 De acuerdo a las consideraciones antes mencionadas debe decirse que en este evento no podrían aducirse las razones mencionadas en el artículo 308 del CPP, que se relacionan con la imposición de una medida de aseguramiento, para ordenar la captura inmediata del procesado, quien se encuentra en libertad, ya que los supuestos de esa norma están relacionados con situaciones previstas en los numerales 1º a 3º de esa norma así : 1. "*Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia 2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima "3. Que resulte probable que el imputado comparezca al proceso o que no cumplirá la sentencia".*

8.4 En ese orden de ideas como en el precedente citado se reafirma el carácter excepcional de la privación de la libertad, debe evaluarse una circunstancia puntual como la comparecencia de la señora MRSP al proceso, la cual queda evidenciada en las actas de las audiencias de formulación de acusación (fl 21 y 23), en dos de las sesiones del juicio oral (fl. 74 y 75) y en la de lectura del fallo (fl. 77), y pese a que la encartada no asistió a las dos sesiones de audiencia preparatoria, se debe tener en cuenta que el abogado que representaba los intereses de la señora MRSP para esa época, presentó un escrito en el que indicó que a la salida de una de las diligencias celebradas por el despacho de primer nivel, la acusada había sido agredida verbalmente y se intentó atacarla físicamente y que por lo tanto solicitó que se le brindara la protección requerida durante los actos y al momento de evacuar las instalaciones del Palacio de Justicia (fl 25), de lo que se infiere que existía temor de la encartada a comparecer a las diligencia posteriores, por lo cual siguiendo los términos de la sentencia C-342 de 2017, al evaluar: *"…todas las circunstancias relacionadas con el caso y la conducta desarrollada por el acusado, velando por la integridad de sus derechos fundamentales y la vigencia del principio pro libertate",* se considera que en el presente caso no resulta indispensable la privación de la libertad de la incriminada, que tiene carácter excepcional según el precedente mencionado, por lo cual su eventual detención en su lugar de residencia a efectos de que descuente la pena impuesta, solo se hará efectiva, de cobrar ejecutoria la presente decisión.

9. CONSIDERACIÓN ADICIONAL SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTERPONER EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA ESTA DECISIÓN.

9.1 En la sentencia CSJ SP del 4 de diciembre de 2017, radicado 47716 M.P. Eyder Patiño Cabrera, se hicieron las siguientes consideraciones:

"(…)

Al descender al caso concreto, la Sala encuentra que la decisión del Tribunal de dar cabida al recurso extraordinario de casación, en lugar del ordinario de apelación, no

[18] Sentencia T-276 de 2016 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, consideración jurídica No. 2.5.1.3.

contraría el ordenamiento jurídico interno, ni quebranta el derecho a la impugnación de las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia.

Recuérdese que con ocasión del pronunciamiento de las sentencias de la Corte Constitucional, C.C. C-792-2014, mediante la cual se declaró la inexequibilidad de varios artículos de la Ley 906 de 2004 por déficit normativo y, C.C. SU-215-2016, que delimitó los efectos y alcances de la anterior, esta Sala ha venido sosteniendo (CSJ AP258-2017, 25 en 2017, Rad. 48075) que el único recurso que procede actualmente contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores en segunda instancia, es la casación.

Las razones que ha expuesto para sustentar esta postura han sido fundamentalmente dos. Una, que la normatividad procesal penal vigente no prevé contra esta clase de decisiones recurso distinto al de casación. Y dos, que la orden de implementación por vía judicial de una impugnación especial que supla el déficit normativo advertido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-792/2014, resulta irrealizable, porque implicaría crear nuevos órganos judiciales, redefinir funciones y redistribuir competencias, labor que por su naturaleza y alcances sólo podría adelantar el Congreso de la República.

Complementariamente ha dicho que las afirmaciones que se hacen en el sentido de que la casación en el sistema colombiano no satisface los estándares exigidos para la garantía del derecho a la impugnación, son infundadas, porque nuestra legislación, contrario a lo que ocurre con otros sistemas procesales, consagra un modelo de casación abierto, ampliamente garantista, que permite recurrir todas las sentencias dictadas por los tribunales en segunda instancia, por conductas constitutivas de delito, y adicionalmente a ello, cuestionar sus fundamentos fácticos, probatorios y normativos. Los primeros, a través de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, y los últimos, a través de la causal consagrada en el numeral primero ejusdem.

Además, porque el procedimiento casacional le otorga a la Sala las facultades de, (i) superar los defectos de la demanda cuando advierta necesario estudiar el caso para la realización de los fines del recurso, y (ii) realizar casaciones oficiosas cuando encuentre que se han vulnerado garantías fundamentales, institutos que le permiten intervenir en procura de hacer efectivo el control constitucional y legal de la decisión y por esta vía asegurar la realización de los fines del recurso.

Sostener, por tanto, que la casación en el modelo colombiano no es eficaz para garantizar una impugnación integral, entendida por tal, la que permite el escrutinio amplio de los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos de la decisión, es una afirmación que no consulta los contenidos y alcances del recurso, porque, como se ha dejado visto, todos estos aspectos pueden ser controvertidos por el procesado, y adicionalmente a esto, la Sala cuenta con facultades especiales, no previstas para la apelación, que le permiten intervenir motu proprio con el fin de corregir situaciones no alegadas por el impugnante.

Por otra parte (CSJ AP1467-2017, 8 mar. 2017, Rad. 49826), también se ha dicho:

En la Sentencia C-792 de 2014 [...] la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad "con efectos diferidos" de varios artículos de la Ley 906 de 2004, relacionados con la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias y exhortó al Congreso de la República para que en el lapso de un año, contado desde la notificación por edicto de ese fallo, regulara de manera integral el particular. Así mismo, señaló que vencido ese término, de no hacerlo, debía entenderse que procedía "la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena".

El edicto a través del cual se notificó la Sentencia C-792 de 2014 se fijó entre las 8:00 a.m. del 22 de abril de 2015 y las 5:00 p.m. del 24 siguiente, por manera que el término de un año se cumplió el 24 de abril de 2016, sin que el Congreso efectuara

las reformas necesarias a la Constitución y a la ley para ajustar la legislación interna a la exigencia de doble conformidad judicial de la sentencia condenatoria penal.

En el fallo de tutela SU-215 de 28 de abril de 2016, la Corte Constitucional, con el objeto de determinar el alcance de la Sentencia C-792 de 2014, precisó, entre otros, que: (i) surtía efectos desde el 25 de abril de 2016, (ii) que operaba respecto de las sentencias dictadas a partir de esa fecha o que para entonces estuviesen en proceso de ejecutoria, (iii) que aunque en ella solo se había resuelto el problema de las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, debía entenderse que su exhorto llevaba incorporado el llamado al legislador para que regulara en general la impugnación de las condenas irrogadas por primera vez en cualquier estadio del proceso penal y (iv) que la Corte Suprema de Justicia, dentro de sus competencias, o en su defecto el juez constitucional, atendiendo las circunstancias de cada caso, debía definir la forma de garantizar el derecho a impugnar el fallo condenatorio impuesto por primera vez por su Sala de Casación Penal.

La Sala Plena de Corte Suprema de Justicia, en sesión de 28 de abril de 2016, aprobó el comunicado 08/2016 en el que señaló que la pretensión de la Corte Constitucional, plasmada en la Sentencia C-792 de 2014, resultaba irrealizable porque ni esta Colegiatura, ni autoridad judicial alguna, cuenta con facultades para introducir reformas o definir reglas que permitiesen poner en práctica esa prerrogativa.

Y en ese mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Penal, en el entendido que un mandato de la naturaleza prevista en las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, requiere de una reforma constitucional y legal que solo puede adelantar el Congreso de la República por cuanto implica suplir un déficit normativo que incluiría la redefinición de funciones, la creación de nuevos órganos y la redistribución de competencias, entre otros aspectos (Cfr. CSJ AP 3280-2016)

Por consiguiente, en el caso que se estudia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, al señalar que contra el fallo de segunda instancia sólo procedía el recurso extraordinario de casación[(27)], ninguna vulneración de garantías fundamentales cometió, habida cuenta que, aunado al claro contenido de los fines del recurso que la normatividad reconoce, que no solo apuntan a la protección de esta clase de derechos, sino de la salvaguarda de los demás reconocidos en el ordenamiento jurídico, también, en estricto sentido, acogió lo planteado por la Alta Corporación Constitucional…"

9.2 En atención a la decisión antes citada y otros precedentes de la SP de la CSJ, esta Sala consideró inicialmente por mayoría y luego en forma unánime, que no era procedente conceder el recurso de apelación contra la primera sentencia condenatoria que se dictara en el proceso, ya que en esos eventos solamente procedía el recurso de casación, para lo cual se tuvo en cuenta lo dicho en las sentencias C-621 de 2015 de la Corte Constitucional y CSJ SP del 23 de octubre de 2014 radicado 39538, en el sentido de que las decisiones de los órganos de cierre de cada jurisdicción, también constituyen precedente judicial vinculante.

9.3 Sin embargo en CSJ SP del 5 de diciembre de 2018, radicado 44564, al resolverse un recurso de casación interpuesto por un delegado de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, el 7 de julio de 2014, mediante la cual confirmó la decisión de absolver a Carlos Andrés Díaz de la Ossa, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en la cual se dijo:

"(...)

4.3.7 Garantía del derecho a impugnar la –primera- sentencia condenatoria

Según el artículo 29 de la Constitución Política, CARLOS ANDRÉS DÍAZ DE LA OSSA tiene derecho a impugnar la presente sentencia, por ser la primera de carácter condenatorio. Sobre la naturaleza y efectividad de esta prerrogativa, en reciente decisión (SP4883-2017, nov. 14, rad. 48820), se indicó:

De acuerdo con el art. 29 inc. 1º de la Constitución, el ámbito de protección del derecho al debido proceso está demarcado tanto por prescripciones constitucionales genéricas como por la específica configuración legal de las formas propias de cada juicio, pues se trata de una garantía de marcada composición normativa.

Desde esa perspectiva, el Acto Legislativo Nº 01 de 2018, cuyo objeto estriba en "implementar el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria", no sólo delineó las bases fundantes de un proceso penal de doble instancia para los aforados mencionados en el art. 235 de la Constitución, sino que instituyó una garantía fundamental, en cabeza de toda persona condenada penalmente, a que la declaratoria de responsabilidad penal sea corroborada (doble conformidad de la sentencia condenatoria).

El derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria (art. 235 incs. 2º y 7º de la Constitución, modificados por el A.L. 01 de 2018), más que un asunto de estructura, es una garantía instituida a favor de quien es declarado penalmente responsable, al margen de la instancia en que es condenado; de esa manera, se pretende que la presunción de inocencia que cobija a toda persona deba pasar por un doble filtro -ordinario- de revisión, antes de ser desvirtuada mediante declaratoria judicial.

Ello muestra que, para el constituyente, el mecanismo de impugnación está atado a la sentencia de naturaleza condenatoria. El derecho a impugnar el primer fallo de condena es una protección reforzada al derecho fundamental a la presunción de inocencia, concretado en la garantía de la doble conformidad, igualmente prevista en el art. 15-5 del P.I.D.C.P..." (Subrayas ex texto)

9.4 Si bien en el caso de la providencia referida se trató de una sentencia condenatoria dictada en sede de casación, en el mismo precedente se manifiesta que esa garantía opera en favor de quien es declarado responsable: *"al margen la instancia en que fue condenado",* lo que da entender que el mismo sería aplicable a casos como el presente, donde se ha revocado la sentencia absolutoria de primera instancia que se dictó en favor de MRSP, por lo cual se considera que en el caso *sub examen,* la defensa del procesado estaría habilitada para interponer el recurso de apelación contra la decisión adoptada por esta colegiatura, tal como se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

9.5 A su vez, en la decisión citada se expuso lo siguiente:

"(...)

Está próximo a cumplirse un año de la expedición del Acto Legislativo Nº 01 de 2018, sin que siquiera existan iniciativas o proyectos de ley para expedir la reglamentación legal correspondiente, para dar aplicación a la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias dictadas por primera vez en sede de casación. Y no pueden pasarse por alto los antecedentes de la consagración constitucional de la garantía de doble conformidad, como integrante del derecho fundamental al debido proceso. Habiendo la Corte Constitucional exhortado al Congreso de la República para que, en el término máximo de un año, regulara integralmente el derecho a impugnar todas las

sentencias condenatorias[19], sólo después de tres años y dos meses se cumplió parcialmente ese mandato. Así que, dadas esas circunstancias, la Corte Suprema no puede dejar en el vacío la protección de las garantías constitucionales y mantenerse impávida ante la omisión legislativa para efectivizar el acceso a la administración de justicia en esos casos.

Por ello, la Sala se ve obligada a activar el ejercicio de la impugnación especial, a través de un procedimiento transitorio, producto del desarrollo judicial del derecho, por analogía, que compatibilice los instrumentos normativos vigentes con el mandato de supremacía y vigencia de los derechos fundamentales. Eso sí, exhortando al Congreso de la República para que reglamente integralmente del asunto.

En la referida providencia, se determinó que el derecho a impugnar la primera condena, emitida en sede de casación, se garantizaría mediante la aplicación analógica de las reglas procesales del recurso de apelación, directriz ésta que ahora se reitera, aunque precisando que en el presente asunto tal remisión normativa se dirigirá a las prescripciones establecidas en la Ley 906 de 2004, especialmente en su artículo 179 –modificado por L. 1395/2010-, por ser ésta la que rigió la actuación. En consecuencia, el trámite que garantizará la impugnación especial contra sentencias condenatorias, dictadas por primera vez al resolver el recurso extraordinario de casación, será el que se pasa a describir:

a) La impugnación especial de la condena, deberá formularse en la audiencia de lectura del fallo de casación.

b) La respectiva sustentación tendrá lugar, a elección del impugnante, en la misma audiencia de lectura, de manera oral, o dentro de los cinco (5) días siguientes, por escrito.

c) Si ocurre lo primero, se concederá la palabra a la Fiscalía y a los demás intervinientes, que comparezcan a la audiencia, para que ejerzan el derecho a la contradicción.

d) En caso de sustentación escrita, se correrá traslado de la misma a la Fiscalía y a los demás intervinientes, por el término de cinco (5) días.

e) Surtido el trámite anterior, inmediatamente, se remitirá el proceso al despacho del magistrado que sigue en turno al último que suscribió la sentencia, para que conforme sala con los dos magistrados que le siguen en orden alfabético, a fin de que decidan la solicitud de doble conformidad".

En consecuencia, de formularse el recurso de apelación contra el fallo adoptado por esta Sala en segunda instancia, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 179 del CPP, en lo relativo a ese trámite.

Con base en lo expuesto en precedencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR desierto el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN en contra de la sentencia proferida el 16 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pereira.

[19] A través de la sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014.

SEGUNDO: REVOCAR el fallo recurrido y en su lugar CONDENAR a la señora MRSP como responsable del delito de estafa agravada.

TERCERO: IMPONER a la señora MRSP la pena de 113 meses y 20 días de prisión, y multa de 118,5 SMLV. Como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

CUARTO: NEGAR la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural a la señora MRSP de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. Sin embargo, su privación de la libertad para cumplir la pena impuesta solo se hará efectiva de cobrar ejecutoria esta decisión de segunda instancia, como se explicó en el apartado número 8 de esta providencia.

QUINTO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella proceden los recursos de reposición respecto a la decisión de declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN, y el de apelación especial y de casación contra la sentencia de segunda instancia, conforme a lo explicado en el apartado número 9 de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Aprobado mediante acta # 631 del 14 de julio de 2016

Pereira (Risaralda), viernes quince (15) de julio de dos mil dieciséis (2016)
Hora: 8:00

Procesado: JORGE ELIECER DUQUE GARCÍA
Delito: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS
Rad. # 66001 60 00 036 2010 05556 01
Asunto: Declara parcialmente desierto el recurso y confirma la decisión en lo demás

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación que en forma oportuna fue interpuesto y sustentado por parte del apoderado del encartado, en contra de la decisión tomada el día 17 de junio del año que trascurre, por el señor Juez Tercero Penal del Circuito de Pereira, en la cual declaró penalmente responsable al encausado JORGE ELIECER DUQUE GARCÍA, como autor de la conducta de actos sexuales con menor de catorce años.

LOS HECHOS Y LA ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos se dieron a conocer por denuncia que instaurara la señora MÓNICA VARGAS CEBALLOS en contra del señor JORGE ELIECER DUQUE, debido a que entre los meses de septiembre y noviembre de 2010, este señor realizó tocamientos libidinosos en los senos y la vagina de su menor hija L.M.V.V. cuando convivía con este en la casa ubicada en la vereda el provenir vía la florida de este municipio.

Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Sin espaciado,Interlineado: sencillo
Con formato: Derecha: 2,59 cm, Superior: 4 cm, Inferior: 3 cm, Ancho: 21,59 cm, Alto: 33,02 cm
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado:
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: 6
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo, Borde:Superior: (Línea única, Automático, 0,5 pto Ancho de línea)
Con formato: Fuente:11 pt
Eliminado: Se inhibe de conocer recurso, declara desierto.
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: múltiple 1,15 lín.
Eliminado:
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo
Eliminado:
Con formato: Justificado, Interlineado: múltiple 1,15 lín.
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Interlineado: múltiple 1,15 lín.
Eliminado: A
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo

Después de realizar los actos previos de investigación el señor DUQUE GARCÍA es capturado y las diligencias de control de garantías se realizan el 28 de abril de 2015 ante el juez Quinto Penal Municipal con dicha función, en las cuales se declaró legal la aprensión y se le formuló imputación como presunto autor responsable de la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, agravado por su condición de padrastro de la víctima.

Una vez se presentó escrito de acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación en contra del señor JORGE ELIECER DUQUE GARCÍA, por la presunta comisión de la conducta de acto sexual con menor de catorce años, la etapa de la causa le correspondió al Juzgado tercero Penal del Circuito de esta ciudad, quien después de realizar el trámite respectivo, el día 17 de junio de esta anualidad profirió fallo en el cual declaro penalmente responsable al encausado y lo condenó a la pena de 152 meses de prisión y la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas; además le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

Leída la decisión del A quo, el apoderado del hallado responsable interpuso recurso de apelación en contra de tal proveído, escrito que presentó dentro de la oportunidad legal.

LA ALZADA:

Como sustento de su inconformidad, el defensor del encausado realiza un recuento fáctico y menciona que la fiscalía había manifestado llevar a juicio a la señora MÓNICA VARGAS CEBALLOS, sin que la allegará al juicio sin razón alguna y su relato hubiera hecho cambiar la decisión del Juez, además se llevaron los testimonios de la fiscalía, y la defensa y resalta que la fiscalía solo llevó algunos que resultaron ser testigos de oídas, advierte que se escuchó la menor quien según el apelante no encuentra nexo cronológico de la ocurrencia de los hechos.

Agrega que se condenó a una persona sin valorar la totalidad de las pruebas y sin consultar la verdad de los hechos, la Fiscalía infringió su deber de realizar una investigación integral motivo por el cual solicita se modifique el fallo y se profiera fallo absolutorio por aplicación del principio del *in dubio pro reo.*

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Eliminado: Se inhibe de conocer recurso, d

Eliminado: penal

Eliminado: ,

Eliminado: decisión

Con formato: Fuente:13 pt, Negrita

Con formato: Fuente:13 pt

Con formato: Justificado, Interlineado: sencillo

Con formato: Interlineado: sencillo

Eliminado: a

Eliminado:

Con formato: Fuente:13 pt, Negrita

Con formato: Fuente:13 pt

Con formato: Justificado, Interlineado: sencillo

Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

Código de campo cambiado

Código de campo cambiado

Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

- Competencia:

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una providencia emanada de un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de decisión penal, según las voces del # 3º del artículo 33 C.P.P. sería la competente para resolver la presente alzada.

- Problema Jurídico:

Se plantea por el recurrente, ante esta Corporación, un recurso de apelación por su inconformidad con la decisión del Juez de primera instancia. En consecuencia decide la Sala si se satisface el presupuesto de la sustentación adecuada de la impugnación, como primer aspecto de procedibilidad para adquirir competencia en torno al pronunciamiento de fondo. De ser así, la Sala abordará el objeto propio del recurso, que tiene que ver con la ausencia de requisitos probatorios para proferir un fallo de condena, o en su defecto habrá de declararlo desierto.

- Solución:

El recurso de apelación es un medio legal que tienen las partes para que el interesado objete, con fundamentos serios y jurídicos las providencias que resulten contrarias a sus intereses, siendo a su vez el ejercicio del derecho de defensa que garantiza el debido proceso propio de todas las actuaciones judiciales y administrativas como lo prevé el artículo 29 de la Carta Fundamental.

El recurso constituye una acción defensiva de quien estima afectado su derecho con la decisión judicial de primer grado. Este principio rector de la ley instrumental, conocido como de la doble instancia, se hace procedente en la medida que el impugnante satisfaga el presupuesto de sustentación del mismo.

La argumentación consiste en hacer una exposición razonada, lógica y suficiente de unos argumentos que pongan en evidencia su inconformidad con la decisión recurrida, es decir que la ataquen de manera frontal, para a su vez dotar al *Ad quem* de unos elementos de juicio que le permitan pronunciarse, pero un discurso incoherente respecto del señalamiento de hechos y situaciones generales, impide a la Colegiatura asumir un estudio serio y ponderado de un posible reproche de ilegalidad o desacierto del *A quo*, por lo que en tales casos se debe entender que el apelante no ha cumplido con la obligación de sustentar en debida forma la alzada, por lo que debe sufrir las

Eliminado: Se inhibe de conocer recurso, d
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Interlineado: sencillo
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo, Dividir palabras
Eliminado: ,
Con formato: Interlineado: sencillo
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo
Con formato: Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo
Eliminado: ,
Eliminado: para
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Código de campo cambiado
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

consecuencias de no cumplir con esa carga procesal, la cual, según los términos del artículo 179A C.P.P. que la declaratoria de desierto del recurso.

Al transpolar lo anterior al caso en estudio, se tiene que la sustentación de la alzada interpuesta por la Defensa se fundamenta en ofrecer argumentos de tipo, indeterminados, especulativos, abstractos e imprecisos con los cuales pretende demostrar su inconformidad con lo resuelto y decidido en el fallo confutado, lo cual para la Sala no satisface el requisito de la debida sustentación, razón por lo que la Sala procederá a **declarar parcialmente desierta** la alzada en lo que atañe con los argumentos genéricos y especulativos expuesto por el apelante como sustento de su disenso.

Ahora bien, a pesar de lo difusa de la argumentación, alcanza a entrever la Sala que la defensa pide que la sentencia sea *modificada (sic)* para que se profiera otra en donde se absuelva al encartado, con sustento en una precaria argumentación que cabalga en las tesis consistente en que el fallo se edificó con testimonios de oídas, lo que debemos entender como pruebas de referencia, y en contradicción con los postulados del principio de la investigación integral.

Si bien es cierto que los reproches propuestos en tales términos por el recurrente son precarios, a pesar de la precariedad se avizora con algo de dificultad cual es la inconformidad del apelante, razón por la que la Sala, acudiendo al principio de caridad, avocará el conocimiento de la alzada sobre estos dos temas específicos:

a) LA INVESTIGACIÓN INTEGRAL: La Sala discrepa de lo manifestado por el togado de la defensa, de cuyos alegatos de disenso se duele por la ausencia de una investigación integral por parte del ente Fiscal, lo cual es errado en atención a que tales críticas y reparos no se compadecen en nada con las reformas que el acto legislativo # 03 del 2.002 le introdujo al artículo 250 de la Carta al adoptarse el sistema penal acusatorio, el que por su carácter adversarial conllevó a la derogatoria del principio de la investigación integral, del cual -reitera la Sala-, erradamente el recurrente se duele en la alzada al no ser tenido en cuenta por la Fiscalía.

b) VALORACIÓN PROBATORIA: Sobre este otro aspecto, cabe anotar que el señor Togado recurrente argumenta – respecto del testimonio de la menor víctima- no existir un nexo con las circunstancias cronológicas de la ocurrencia de los hechos que la misma diera en la entrevista, sin realizar mayor claridad sobre dicho aspecto, lo que genera una deficiente argumentación, ya que con tal manifestación no puede esta Colegiatura identificar -según el criterio del togado

Eliminado: Se inhibe de conocer recurso, d

Eliminado: .
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo
Con formato: Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo
Con formato: Fuente:13 pt, Resaltar
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita, Color de fuente: Rojo, Resaltar
Con formato: Fuente:13 pt, Color de fuente: Rojo, Resaltar
Con formato: Fuente:13 pt, Resaltar
Eliminado:
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: bajo el supuesto
Eliminado: de
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: genérica y abstracta sobre aspectos acaecidos en la primera instancia. Esta Sala debe aclarar que no es pretensión imponer una técnica argumentativa especial para cada recurso, pero puntualiza que el sustento del disenso sí demanda el cuidado y estudio de quien acude a esta instancia ... [1]
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Interlineado: sencillo
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: *Contrario sensu* a
Eliminado: en donde pregona
Eliminado: . Es de anotar que
Eliminado: ,
Con formato: Fuente:11 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 13 pt
Con formato: Fuente:13 pt, Negrita
Con formato: Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo
Con formato ... [2]
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: De suerte que en el caso en estudio, c ... [3]
Con formato: Fuente:13 pt, Color de fuente: Rojo
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: Al respecto
Con formato: Fuente:11 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: c
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:11 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Código de campo cambiado
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

recurrente- cuáles son los aspectos establecidos en los dos escenarios utilizados por la víctima para dar su declaración y los tenidos en cuenta por el señor Juez para dictar su providencia, con la correspondiente refutación por parte de la defensa de la causa del disenso.

También identifica el recurrente en su inconformidad que en los testigos traídos a juicio "algunos" fueron solo de oídas, pero tal afirmación no se da como soporte para puntualizar que la decisión se haya tomado única y exclusivamente con testigos de oídas, ello extractado de la misma afirmación de profesional del derecho cuando manifestó que "algunos" sin haber hecho claridad que era la totalidad de los mismos, o en qué grado incidieron dichos testimonios para la responsabilidad declara en contra de su representado, argumento que tampoco podía tener validez ya que se extracta del escrito que la menor-víctima fue presentada como testigo, quien ostenta la calidad de testigo directo.

Ahora bien, si lo que pretendía reclamar el recurrente con sus precarios argumentos de disenso es que la sentencia se fundamentó con base en pruebas de referencia, considera la Sala que se equivoca, puesto que la espina dorsal del fallo la constituyó el testimonio de la agraviada *"L.M.V.V."*, quien ofreció un relato de los acosos, manoseos y besuqueos libidinosos a los que era sometida por parte del procesado, lo cual se debe catalogar como un testimonio directo. Asimismo, se tiene también como prueba directa el testimonio del perito JAIRO ROBLEDO VÉLEZ, quien después de entrevistar y analizar a la menor agraviada, expuso que su relato debía ser catalogado como lógico y coherente.

Como se podrá concluir, si lo pretendido por el apelante con sus precarios argumentos era acreditar que la sentencia se fundamentó con pruebas de referencia, ello no es así, puesto que el fallo se estructuró con pruebas testimoniales directas, las que al ser apreciadas en conjunto conducían al grado de convencimiento exigido por el articulo 381 C.P.P. para proferir un fallo de condena.

Colofón de lo anterior, esta Colegiatura, respecto de los dos planteamientos de disenso antes desarrollados, confirmara la sentencia proferida por el Juez *A quo*, y en los demás temas del disenso, se declarará desierto el recurso de apelación.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Eliminado: Se inhibe de conocer recurso, d
Eliminado: cuales
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: incorformidad
Eliminado: que
Eliminado: testigos
Eliminado: tomó
Eliminado:
Eliminado: - victimavíctima
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: o
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: A lo que se le debe aunar el testimonio de la madre de la agraviada, quien también se debe considerar como un testigo directo, respecto de la confrontación que tuvo con el Procesado cuando le fue a reclamar había acontecido con su hija.
Con formato: Fuente:13 pt, Color de fuente: Rojo
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Interlineado: sencillo
Eliminado: Por último, esta Colegiatura debe ratificar que la oportunidad para aducir los factores alegados por el recurrente, está claramente definida en la ley procesal – en el debate procesal y los alegatos de conclusión por parte del representante judicial del encartado o al momento de la dosificación de la pena- y su inconformidad debe quedar por sentada al momento del uso de los recursos. ... [4]
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: deberá
Eliminado: la
Eliminado: decisión
Eliminado: *Tercero Penal del Circuito*
Con formato: Fuente:13 pt, Cursiva
Con formato: Fuente:Cursiva
Con formato: Fuente:13 pt, Cursiva
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:13 pt, Color de fuente: Rojo, Resaltar
Con formato: Fuente:13 pt, Resaltar
Eliminado: respecto de los dos planteamientos an ... [5]
Con formato: Fuente:13 pt
Eliminado: sobre los demás temas alegados como ... [6]
Con formato: Fuente:Verdana, 13 pt
Eliminado: En mérito de todo lo antes expuesto, l ... [7]
Con formato: Fuente:13 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt
Código de campo cambiado
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente:Verdana, 9 pt

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad el día 17 de junio de 2016, mediante el cual se declaró la responsabilidad penal del señor JORGE ELIECER DUQUE GARCÍA, como autor material del ilícito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: Respecto de los demás temas de disenso, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, se declarara parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado en contra del proveído emanado del Juzgado Tercero penal del Circuito de esta ciudad, del día 17 de junio de 2016.

TERCERO: Contra la decisión de confirmar la sentencia impugnada procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

CUARTO: Contra la decisión de declaratoria de desierto parcial del recurso procede el recurso de reposición, el que debe ser sustentado dentro de la oportunidad legal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ
Magistrado

Eliminado: Se inhibe de conocer ... [8]
Con formato ... [14]
Con formato ... [15]
Con formato ... [16]
Con formato ... [17]
Eliminado: c
Eliminado: el proveído
Eliminado: emanado del Juez
Eliminado: p
Eliminado: ,
Eliminado: d
Eliminado: Declarar desierto el recurso de apela ... [18]
Con formato ... [19]
Con formato ... [20]
Con formato ... [21]
Con formato ... [22]
Con formato ... [23]
Eliminado: D
Eliminado: Juez
Eliminado: ,
Con formato ... [24]
Eliminado: respecto de los demás temas de dise ... [25]
Eliminado: Contra la presente decisión procede e ... [26]
Con formato ... [27]
Con formato ... [28]
Con formato ... [29]
Con formato ... [30]
Con formato ... [31]
Eliminado: ... [32]
Con formato ... [33]
Con formato ... [34]
Con formato ... [35]
Eliminado: :
Con formato ... [36]
Con formato ... [37]
Con formato ... [38]
Con formato ... [39]
Eliminado: ... [40]
Con formato ... [41]
Con formato ... [42]
Con formato ... [43]
Con formato ... [44]
Con formato ... [45]
Con formato ... [46]
Eliminado:
Eliminado:
Eliminado: ... [47]
Con formato ... [48]
Con formato ... [49]
Con formato ... [9]
Con formato ... [11]
Código de campo cambiado ... [10]
Código de campo cambiado ... [12]
Con formato ... [13]

Página 4: [1] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:27:00

genérica y abstracta sobre aspectos acaecidos en la primera instancia. Esta Sala debe aclarar que no es pretensión imponer una técnica argumentativa especial para cada recurso, pero puntualiza que el sustento del disenso sí demanda el cuidado y estudio de quien acude a esta instancia, de tal manera que su intervención presente alguna congruencia entre la decisión objeto de ataque y la exposición argumentativa, con citación si es el caso, de la norma sustantiva o procesal que tenga alguna no desfasada relación, con el fin de identificar los defectos fácticos o jurídicos en los cuales se pueda ver afectada la decisión objeto de estudio.

Es pertinente dejar en claro al togado recurrente algunos aspectos de carácter relevante, dentro del estudio realizado, como son:

Página 4: [2] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:18:00

Fuente:13 pt, Negrita, Color de fuente: Automático

Página 4: [3] Eliminado Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 11:53:00

De suerte que en el caso en estudio, con la sustentación del recurso, no se avizoraron elementos de juicio serios y suficientes como para iniciar el estudio del proveído de primer grado, ya que se observa que en ningún momento el ataque atiende a las razones fundadas que otorgó el *A quo* para declarar una responsabilidad penal, y más bien se valieron de argumentos sofísticos, generales que no ponen en evidencia la presunta ruptura de la sentencia atacada con el orden jurídico.

Página 5: [4] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:49:00

Por último, esta Colegiatura debe ratificar que la oportunidad para aducir los factores alegados por el recurrente, está claramente definida en la ley procesal – en el debate procesal y los alegatos de conclusión por parte del representante judicial del encartado o al momento de la dosificación de la pena- y su inconformidad debe quedar por sentada al momento del uso de los recursos.

Página 5: [5] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:49:00

respecto de los dos planteamientos antes desarrollados, declarar

Página 5: [6] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:51:00

sobre los demás temas alegados como sustento del recurso debido a su carácter difuso y abstracto que imposibilitan fijas el límite de competencia de esta Sala.

Página 5: [7] Eliminado **mcrinconj** **14/7/16 14:49:00**

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

Página 1: [8] Eliminado **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 13:15:00**

Se inhibe de conocer recurso, d

Página 1: [9] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **1/7/14 18:00:00**

Fuente:Verdana, 9 pt

Página 1: [10] Cambio **Unknown**

Código de campo cambiado

Página 1: [11] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **1/7/14 18:00:00**

Fuente:Verdana, 9 pt

Página 1: [12] Cambio **Unknown**

Código de campo cambiado

Página 1: [13] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **1/7/14 18:00:00**

Fuente:Verdana, 9 pt

Página 6: [14] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:24:00**

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [15] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:16:00**

Fuente:13 pt

Página 6: [16] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:24:00**

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [17] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:16:00**

Fuente:13 pt

Página 6: [18] Eliminado **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 13:08:00**

Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado en contra del proveído emanado del Juez Tercero penal del Circuito de esta ciudad, del día 17 de junio de 2016.

Página 6: [19] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:24:00**

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [20] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:13:00**

Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo

Página 6: [21] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:16:00**

Fuente:13 pt

Página 6: [22] Con formato **Microsoft Office User** **26/8/21 13:48:00**

Fuente:13 pt, Color de fuente: Rojo, Resaltar

Página 6: [23] Con formato **Microsoft Office User** **25/8/21 0:37:00**

Fuente:13 pt, Resaltar

Página 6: [24] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [25] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:53:00

respecto de los demás temas de disenso en consideración a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

Página 6: [26] Eliminado Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 13:08:00

Contra la presente decisión procede el recurso de reposición, el que debe ser sustentado dentro de la oportunidad legal.

Página 6: [27] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:24:00

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [28] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [29] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [30] Con formato Microsoft Office User 25/8/21 0:38:00

Fuente:13 pt, Resaltar

Página 6: [31] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [32] Eliminado mcrinconj 14/7/16 14:58:00

CUARTO: Devuélvase el expediente al Juzgado remitente.

Las partes quedan notificadas en estrado.

Página 6: [33] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:13:00

Interlineado: sencillo

Página 6: [34] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [35] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:25:00

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [36] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:25:00

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [37] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:16:00

Fuente:13 pt

Página 6: [38] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:13:00

Justificado, Interlineado: sencillo

Página 6: [39] Con formato Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho 14/7/16 15:13:00

Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo

Página 6: [40] Eliminado **mcrinconj** **14/7/16 14:55:00**

Página 6: [41] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [42] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Sin espaciado,Derecha, Interlineado: sencillo

Página 6: [43] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Fuente:Negrita

Página 6: [44] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Sin espaciado,Interlineado: sencillo

Página 6: [45] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Fuente:13 pt, Negrita

Página 6: [46] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:13:00**

Sin espaciado,Izquierda, Interlineado: sencillo

Página 6: [47] Eliminado **mcrinconj** **14/7/16 14:54:00**

Página 6: [48] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Derecha, Interlineado: sencillo

Página 6: [49] Con formato **Aux Mag. Irma Londoño P Wilson Villa Camacho** **14/7/16 15:25:00**

Sangría: Izquierda: 9,99 cm, Interlineado: sencillo

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente.
El contenido total y fiel debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 26 de octubre de 2017
Proceso: Penal – Declara desierto recurso de apelación
Radicación Nro. : 66400 60 00 068 2011 00299 01
Procesado: JOSÉ WILLIAM MARTÍNEZ MARTÍNEZ
Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Tema: **DECLARA DESIERTA APELACIÓN CONTRA SENTENCIA.** Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *A quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él. Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que la defensora no se ocupó de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limitó a mencionar que el procesado padece de una serie de patologías que no eran compatibles con la vida en reclusión. Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que de conformidad con el auto allegado por el juzgado de primer nivel, de fecha 24 de noviembre de 2016 (folio 153 a 154), en la actualidad el señor Martínez Martínez, goza del beneficio de libertad condicional, por lo que de todas formas, el recurso en mención aun de haber sido sustentado debidamente ha perdido su razón de ser, generándose de esa forma una tácita declinación de la alzada porque en la actualidad el procesado se encuentra disfrutando de un subrogado que es más favorable que el reclamado en su favor mediante el recurso de apelación.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1149 del veinticinco (15) de octubre de dos mil diecisiete (2017)
Pereira, veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017)
Hora: 8:35 a.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor José William Martínez Martínez en contra de la sentencia proferida el 24 de junio de 2014 por el Juzgado Primero Penal del Circuito, mediante la cual lo condenó a la pena principal de 86 meses y 24 días de prisión, por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones.

2. ANTECEDENTES

2.1 Según obra en el escrito de acusación, el 11 de noviembre de 2011, a las 15:00 horas, se recibió información por parte de una fuente anónima en el sentido de que había un sujeto que vendía armas de fuego en el sector del parque principal de

Marsella, por lo que miembros de la SIJIN se trasladaron al lugar y luego de realizar las labores de vecindario respectivas, y de haberle practicado una requisa a un bolso se portaba el señor José William Martínez Martínez, hallaron en su interior un arma de fuego tipo escopeta calibre 16Ga y 38 Special, sin marca, modelo ni número de serie, además de una pistola calibre 7.65 mm de fabricación artesanal o hechiza, y 7 cartuchos para revólver calibre .32 marca Indumil- esas armas eran aptas para producir disparos y los proyectiles para ser usados.

2.2 El 12 de noviembre de 2011, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Santuario, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. La FGN le comunicó cargos al José William Martínez por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. El señor Martínez Martínez no aceptó la imputación.

2.3 El Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad asumió el conocimiento de la presente causa (folio 8). El día 28 de marzo de 2012 la FGN y el acusado sometieron a consideración del juez de conocimiento un preacuerdo que habían celebrado, mediante el cual el acusado se allanaba a los cargos por los cuales viene siendo investigado, a cambio de una rebaja del 20.82% de la pena a imponer por el funcionario fallador. Sin embargo, en la sesión del 13 de julio de 2012 (folio 48 a 50), luego de que el A quo realizara algunas acotaciones frente a la posición que tenía esta Corporación frente a los porcentajes de las rebajas por aceptación de cargos, el preacuerdo fue modificado en el sentido de que la FGN le ofrecía al procesado una rebaja del 8.33% de la sanción a imponer. Dicha negociación fue aprobada por el juez primero penal del circuito de Pereira.

2.3.1 En ese mismo acto, Durante la realización de la audiencia de que trata el artículo 447 del CPP, la defensa del señor José William Martínez Martínez hizo referencia a las patologías que padecía su prohijado, y solicitó que fuera valorado por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses con el fin de determinar si era viable la concesión de prisión domiciliaria al acusado.

2.3.2 La sentencia fue proferida el 24 de junio de 2014 (folio 130 a 146), a través de la cual el señor José William Martínez Martínez fue condenado a la pena de 86 meses y 24 días de prisión. Así mismo se le impuso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

El A quo le denegó al acusado el subrogado de ejecución condicional de la sentencia la prisión domiciliaria, teniendo en cuenta que no cumplía con el factor objetivo de los artículos 63, 38 y 68A del CP.

El juez de primer nivel también le denegó al acusado la reclusión domiciliaria por enfermedad grave, con base en lo contemplado en el dictamen médico legal del 11 de abril de 2013. Sin embargo, en dicho proveído se instó al INPEC para que se le otorgara la atención médica que fuera requerida por el procesado.

2.3. La defensa apeló la decisión de primera instancia

3. IDENTIDAD DEL ACUSADO

Se trata de José William Martínez Martínez, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 18.594.454 de Santa Rosa de Cabal, nacido el 20 de enero de 1967, es hijo de Noé y Lucila, de profesión ayudante de construcción.

4. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON LOS RECURSOS.

4.1 Defensora (recurrente)[1]

- Solicitó la sustitución de la detención domiciliaria por la de prisión domiciliaria a favor de su prohijado, teniendo en cuenta que el señor Martínez Martínez padece de presión arterial, diabetes, además presenta un problema crónico de su pierna que le genera imposibilidad para moverse por sí mismo, necesitando de una persona que lo auxilie permanentemente.

4.2 Delegada de la FGN (No recurrente) [2]

- Manifestó que se deben analizar los fundamentos legales del A quo, que lo llevaron a considerar que en el caso del señor José William Martínez Martínez no se cumplen los requisitos del artículo 38 del Código Penal para conceder la prisión domiciliaria, máxime si se tiene en cuenta la valoración de Medicina Legal a través de la cual se determinó que pese a que el señor José William Martínez

[1] Audio a partir de H 00:28:18
[2] Audio a partir de H: 00: 29:23

presenta múltiples enfermedades, ello no le impedía para estar en un establecimiento carcelario, aunado al hecho de que la EPS a la cual se encuentra afiliado está en la obligación de prestarle la atención necesaria.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

5.2 Problema jurídico a resolver

La Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por la defensa del acusado debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado, y en caso de superar este examen, debe procederse a estudiar la viabilidad de modificar la decisión de primer nivel en lo que respecta a la concesión de la prisión domiciliaria por enfermedad grave, la cual le fue denegada al señor José William Martínez Martínez en primera instancia.

5.3 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

5.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a*

nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.

En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.

El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.

Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.

Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que

sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

Obsérvese que, existiendo la prohibición de la ***reformatio in pejus****, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.*

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada

permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…" [3]

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

"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.

En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.

En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos

[3] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"[4].

Esa misma Corporación indicó que:

"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.

El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"[5](Subrayado fuera de texto).

5.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *A quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que la defensora no se ocupó de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limitó a mencionar que el procesado padece de una serie de patologías que no eran compatibles con la vida en reclusión.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que de conformidad con el auto allegado por el juzgado de primer nivel, de fecha 24 de noviembre de 2016 (folio 153 a 154), en la actualidad el señor Martínez Martínez, goza del beneficio de libertad condicional, por lo que de todas formas, el recurso en mención aun de haber sido sustentado debidamente ha perdido su razón de ser, generándose de esa forma una tácita declinación de la alzada porque en la actualidad el procesado se encuentra disfrutando de un subrogado que es más favorable que el reclamado en su favor mediante el recurso de apelación.

De esta forma, no puede esta Colegiatura adoptar decisión diversa a declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la defensora del señor José William Martínez Martínez.

[4] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.
[5] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado la defensa del señor José William Martínez Martínez, contra la decisión tomada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira el 24 junio de 2014.

Segundo. Contra esta decisión procede recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

MANUEL YARZAGARY BANDERA
Magistrado

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

TEMAS: **RECURSO DE APELACIÓN / REQUISITOS / SUSTENTACIÓN / FINALIDAD Y FUNDAMENTOS / SE DECLARA DESIERTO / LESIONES PERSONALES DOLOSAS.**

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, contrario sensu confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión…

la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que:

"… Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso". (…)

… en el caso sub examine se observa que el apoderado de la víctima no atacó la providencia con razones jurídicas de peso, toda vez se limitó a mencionar que el procesado es quien debe responder por las lesiones sufridas por el señor Humberto Romero Suárez, quien pese a sus heridas logró defenderse de los ataque de su contrincante; es decir, no indicó cuáles fueron los errores en que incurrió el A quo, ni señaló las razones de su desacuerdo como era controvertir los argumentos que llevaron al fallador a absolver al señor MAAV.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, veinte (20) de marzo de dos mil veinte (2020)
Acta Nro. 273
Hora: 3:00 p.m.

Radicación	66088 60 00 062 2012 00337 01
Procesados	MAAV
Delito	Lesiones personales dolosas
Juzgado de conocimiento	Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Belén de Umbría, Risaralda
Asunto	Desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia absolutoria del 8 de noviembre de 2016

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima frente a la sentencia dictada por el Juzgado 1º Promiscuo

Municipal con Funciones de Conocimiento de Belén de Umbría, Risaralda, el 18 de noviembre de 2016, mediante la cual se resolvió absolver al señor MAAV por el delito de lesiones personales dolosas.

2. ANTECEDENTES

2.1. De conformidad con lo enunciado en el escrito de acusación, el supuesto fáctico es el siguiente:

> *"Mediante informe de Policía, conoció la Fiscalía Tres Local de Belén de Umbría de un hecho de riña recíproca entre los señores MAAV y ROMERO SUAREZ HUMBERTO, fueron capturados después de lesionarse mutuamente, hecho que tuvo ocurrencia el día 2 de julio de 2013 en la vereda los Ángeles de este Municipio.*
>
> *Como consecuencia de dicho hecho resultaron lesionados tanto el Señor MAAV como el Señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO, por tal motivo se iniciaron dos procesos de investigación, el radicado 660886000062201300337, donde es indiciado el señor MAAV y víctima el Señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO, y el radicado 660886000062201300550 donde es indiciado el señor MAAV y victima el Señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO. (Sic)*
>
> *Dentro del radicado 660886000062201300337 que hoy nos ocupa resultó lesionado el señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO, el cual recibió lesiones con arma corto contundente (machete) en uno de sus miembros superiores, víctima que acudió ante el médico legista para que le fuera dictaminada las lesiones sufridas con ocasión de la riña sostenida con el señor MAAV, profesional de Medicina que dictaminó las siguientes lesiones;*
>
> *En segundo reconocimiento médico legal de lesiones no fatales número UBBUMB-DSRS- 00045-2013, de fecha 22 de agosto de 2013, el Instituto De Medicina Legal Y Ciencias Forenses estableció que el Señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO obtuvo incapacidad definitiva de treinta y cinco (35) días, y como secuelas se estableció perdida funcional del órgano de la aprensión de carácter permanente por la amputación del primer dedo de la mano derecha.*
>
> *No se citó a conciliación conforme a lo establecido en el Artículo 522 del Código de Procedimiento Penal debido a que las lesiones dictaminadas por medicina legal no encajan en las establecidas en el artículo 74 ibídem, lo que significa que el delito no es querellable por lo tanto no se podrá conciliar.*
>
> *El día 23 de agosto de 2013 el Fiscal titular para esa fecha, trazó programa metodológico de la investigación y expidió órdenes a la policía judicial asignada al caso con el fin de establecer mediante elementos materiales probatorios la responsabilidad del hecho de "transito" (sic) y como consecuencia el responsable de las lesiones denunciadas.*
>
> *El día 16 de octubre de 2013 la policía judicial asignada al caso presentó informe de investigador de campo en el cual se le dio respuesta a lo lineado en el programa metodológico, informe que contiene entrevistas a testigos del hecho.*
>
> *Del resultado de la investigación consideró el despacho que existen elementos materiales probatorios suficientes que demuestran una posible responsabilidad en el hecho investigado para citar a imputación al señor MAAV.*
>
> *Dado lo anterior se procedió a solicitar a la judicatura, audiencia preliminar con el fin formularle imputación al Señor MAAV.*
>
> *La Fiscalía General de la Nación a través de la Fiscalía Tres Local de Belén de*

Umbría y ante el JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL CUMPLIENDO FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS IMPUTÓ cargos el día 27 de noviembre de 2013 al Señor MAAV identificado con la C.C. 9764381 como AUTOR y a título de DOLO de la conducta punible de LESIONES PERSONALES, contenido en el LIBRO SEGUNDO TITULO I DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL, CAPÍTULO TERCERO DE LAS LESIONES PERSONALES ARTICULO 111 LESIONES. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes. 112 inciso segundo, INCAPACIDAD PARA TRABAJAR O ENFERMEDAD. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de 90 días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. ARTICULO 116 PERDIDA ANATÓMICA O FUNCIONAL DE UN ÓRGANO O MIEMBRO Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa de treinta y tres punto treinta y tres (33.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómica del órgano o miembro.

No obstante lo anterior se debe tenerse (sic) en cuenta lo estatuido en el ARTÍCULO 117. UNIDAD PUNITIVA. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad.

En resumen a la pena que se enfrenta es a la establecida en el Artículo 116 inciso primero es decir de 96 a 180 meses.

Al Señor MAAV en el trámite de la audiencia de formulación de imputación se le hizo saber sobre los beneficios, ventajas y desventajas de aceptar o no los cargos explicándole que al no tratarse de una flagrancia tenía el derecho a un descuenta hasta del 50% de la pena a imponer en el caso de aceptar cargos, el señor MAAV decidió GUARDAR SILENCIO, frente a la imputación.

Este delegado de la Fiscalía <u>Acusa</u> a título de DOLO, al Señor MAAV, identificado con la cédula de ciudadanía 9764381 como AUTOR por el delito de LESIONES PERSONALES, en los términos fácticos y jurídicos narrados con anterioridad. Así las cosas, y atendiendo el contenido del artículo 336 del código de procedimiento penal, estando la fiscalía general de la nación dentro del término legal, se presenta ante el señor juez Promiscuo Municipal (reparto) de Belén de Umbría - Risaralda, escrito de acusación, con el fin de que se dé trámite citando a la audiencia de formulación de acusación audiencia preparatoria y a la audiencia de juicio oral, por cuanto existen elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida de la que se puede inferir razonablemente con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva investigada existió y que el Señor MAAV es el presunto responsable de la conducta punible de LESIONES PERSONALES, en perjuicio del bienestar físico y la integridad personal del Señor ROMERO SUAREZ HUMBERTO DE JESUS, por lo tanto, se debe llamar a juicio."

2.2 El 27 de noviembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación en la que el delegado de la FGN le comunicó cargos al señor MAAV por la conducta punible de lesiones personales dolosas con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro previsto en los artículos 112 inciso 2º y 116 del Código Penal en concordancia con el artículo 117 *ibídem* (unidad punitiva). El imputado no aceptó dichos cargos (Fl. 72 frente y vuelto).

2.3 Las diligencias fueron radicadas en el Juzgado 1º Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Belén de Umbría el 25 de febrero de 2014 (Fl. 7). El

2 de abril de 2014, el delegado de la FGN le formuló acusación al señor MAAV (Fls. 10 y 11). Luego de que se aplazara en varias oportunidades la audiencia preparatoria (Fls. 18, 24, 27, 29, 32, 33, 34), esta se llevó a cabo el 12 de septiembre de 2016 (Fls. 36 y 37).

2.4. El juicio oral contra MAAV se realizó el 25 de octubre de 2016 en el que luego de los alegatos de conclusión, el juez anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio (Fls. 63 y 64).

2.5. La sentencia de carácter absolutorio fue proferida el 8 noviembre de 2016 (Fls. 66-71).

2.4. El apoderado de las víctimas apeló la sentencia de primera instancia.

3. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO

Se trata de MAAV, identificado con cédula de ciudadanía No…, nacido el 12 de agosto de 1975, hijo de Gilberto Antonio Arango y María Rosilia Valencia, de ocupación agricultor (Fls. 54 y 55).

4. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON LOS RECURSOS.

4.1 El delegado de la Fiscalía General de la Nación no interpuso recurso de apelación

4.2. Apoderado de la víctima (único recurrente, sustentación oral)

- Consideró que el procesado fue quien inició la acción y es quien debe responder por las lesiones sufridas por el señor Humberto Romero, ya que este cuando se sintió agredido procedió a defenderse, por lo que no se puede alegar que hubo una duda razonable ni legítima defensa del investigado, sino que lo que existe es una agresión que la causó el procesado y no puede decirse que el señor Humberto Romero logró desarmarlo y dominarlo en su reacción de defensiva, y bien pudo con la mano o el dedo afectado realizar los movimientos pertinentes; por lo tanto, el fallo debe ser a que el procesado responda penalmente por las lesiones causadas al señor Humberto Romero, las cuales fueron dolosas.

4.3. El defensor (no recurrente)

- Solicitó que se declare desierto el recurso de apelación, toda vez que el apoderado de las víctimas no se ciñó a lo señalado en el artículo 179 de C.P.P.

- Consideró que el apoderado de las víctimas hizo una exposición escueta en lo que según su sentir, pudo haber ocurrido en el proceso. Es decir, no

atacó la parte argumentativa que el juez hizo para absolver a su defendido. De tal manera, que no determinó las razones que permitieran contrariar cada uno de los fundamentos del despacho, ni hubo un planteamiento serio que llevara a controvertir lo resuelto, ni lo indicado por el fallador.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

5.2 Problema jurídico a resolver

La Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el apoderado de la víctima debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado, y en caso de superar este examen, debe procederse a estudiar la viabilidad de modificar la decisión de primer nivel en lo que respecta a la absolución o no del señor MAAV en primera instancia.

5.3 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

5.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos. Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.*
>
> *En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.*
>
> *El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*

Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.

Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes

razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

Obsérvese que, existiendo la prohibición de la reformatio in pejus, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…"

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

> *"… Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.*
>
> *Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote)."*
>
> *En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.*
>
> *En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.*
>
> *En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó".* (Subrayado fuera del texto original)

Esa misma Corporación indicó que:

> *"No basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende. (…)*

"De ahí que la fundamentación de la apelación constituya un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, sino que le es indispensable concretar el tema o materia de disentimiento, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que conducen a cuestionar la determinación impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso, sin que se abra a trámite la segunda instancia, toda vez que de frente a una fundamentación deficiente el funcionario no puede conocer acerca de qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio.

Pero una vez satisfecho el presupuesto de la fundamentación explicita o suficiente, en cuanto identifica la pretensión del recurrente, adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados" (Subrayado fuera de texto).

5.5 Del marco normativo y jurisprudencia antes citados, puede inferirse la obligación del recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación.

5.6. Sin embargo, en el caso *sub examine* se observa que el apoderado de la víctima no atacó la providencia con razones jurídicas de peso, toda vez se limitó a mencionar que el procesado es quien debe responder por las lesiones sufridas por el señor Humberto Romero Suárez, quien pese a sus heridas logró defenderse de los ataque de su contrincante; es decir, no indicó cuáles fueron los errores en que incurrió el *A quo*, ni señaló las razones de su desacuerdo como era controvertir los argumentos que llevaron al fallador a absolver al señor MAAV. Tampoco el apoderado de la víctima hizo mención a ninguna de las declaraciones que rindieron los testigos en aras de refutarlos. Es decir, el profesional del derecho impugnante no confrontó los argumentos del juzgado de conocimiento, ni sustentó adecuadamente porqué debe condenarse al señor MAAV, pues los fundamentos que arguyó fueron los que a su "sentir" el procesado era responsable de las lesiones, sin rebatir lo concluido por el juez de primer grado.

Así las cosas, esta Colegiatura negará el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima, debido a la insuficiente sustentación del mismo, conforme a lo señalado a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el Auto del 2 de agosto de 2017, radicación No.50560, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, de la siguiente manera:

"… estima la Sala que en aquellos eventos en que media algún grado de sustentación del recurso de apelación, de considerarse ésta indebida o insuficiente, lo procedente no es la declaración de desierto que, como se dijo, solo contempla como medio de control el recurso de reposición, sino su rechazo o negación, a efectos de habilitar la posibilidad que la parte afectada interponga, si lo estima pertinente, el recurso de queja.

Lo anterior, por cuanto no resulta razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió. Ello por cuanto la declaratoria de desierto del recurso de alzada impide de plano que otro funcionario revise si, en efecto, los argumentos expuestos son insuficientes para activar la competencia de la segunda instancia.

Por ello, reitera la Sala, siempre que haya controversia en torno a si el impugnante cumplió con la carga de sustentación suficiente de la alzada, deberá denegarse esta con el propósito de permitir al interesado la interposición de queja, para que sea el superior jerárquico quien decida sobre la idoneidad de la fundamentación.

(…) ha dicho invariablemente la Sala, con el propósito de sustentar en debida forma el recurso no basta con manifestar de manera abstracta la inconformidad con el fallo o insistir en los argumentos expuestos en etapas previas de la actuación. Por el contrario, se requiere atacar los fundamentos de la providencia recurrida, pues solo de esta manera es posible para la segunda instancia abordar el ejercicio dialéctico respecto de su acierto y legalidad.

Por ende, si el apelante incumple la carga de sustentar en debida forma el recurso, el superior carece de competencia para pronunciarse sobre la decisión censurada, la cual está lógica y jurídicamente limitada a las razones de inconformidad del impugnante y a los asuntos inescindiblemente ligados a aquéllas. Bajo este panorama, acertó el Tribunal al dar por indebidamente sustentado el recurso de apelación interpuesto por el denunciante, pues a todas luces la genérica y gaseosa argumentación exhibida por el recurrente dista mucho de constituir un verdadero ataque a la providencia censurada." (Subrayas fuera del texto original)

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el recurso de apelación presentado el abogado Manuel Guillermo Moreno Corchuelo, apoderado judicial de la víctima, señor Humberto Romero Suárez en contra la decisión tomada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Conocimiento de Belén de Umbría, Risaralda, el 8 de noviembre de 2016.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede recurso de queja, para lo cual se concede un término de tres (3) días contados a partir de la fecha de notificación que por medio electrónico se hará de la misma y en caso de formularlo, el recurrente deberá cumplir lo dispuesto en el artículo 179 y siguientes del C.P.P.

TERCERO: Notifíquese esta providencia a todas las partes por correo electrónico, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 *"Por el cual se complementan las medidas transitorias de salubridad pública adoptadas mediante el Acuerdo 11517 de 2020*" emitido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia:	Auto – 18 de julio de 2018
Proceso:	Penal
Radicación Nro.:	666826 0000 48 2012 00426 03
Delito:	Hurto calificado y agravado
Procesado:	RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ RESTREPO
Magistrado Ponente:	JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

TEMA: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO / APELACIÓN / CARGA DE SUSTENTACIÓN / PRINCIPIO DE CARIDAD / ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS / ES PROCEDENTE PARA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL EN PERIODO DE PRUEBA /

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

5.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, contrario sensu confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del Ad-quem se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

(…)

Sin embargo, al invocar el recurrente que por vía de segunda instancia: *"se dosifique hasta en otro tanto el proceso acumulatorio de las dos condenas"*, se puede entender aplicando el *"principio de caridad"*, que el censor considera que el juez de primer grado le debió haber aplicado un incremento de 36 meses de prisión, equivalente a la mitad de la pena que se le fijó por el delito de hurto calificado, y no de 47 meses, como se señaló en la providencia recurrida y podría considerarse que por su situación de lego en materias jurídicas, tal afirmación podría ser tomada como la argumentación del recurso propuesto contra la providencia en mención, donde se le fijó una pena definitiva de 185 meses de prisión por los dos procesos en los que fue sentenciado…

(…)

Sin embargo, se puede considerar que en virtud del período de prueba otorgado para el cumplimiento definitivo de la citada pena, esta no se puede considerar como "ejecutada", para los efectos previstos en el artículo 460 del C .P., por lo cual era procedente la decisión de acumulación que adoptó el A quo, para fijar la pena definitiva por vía de acumulación en 185 meses de prisión (incluyendo el proceso referido por el cual ya fue excarcelado el señor Hernández), que fue incrementada en 47 meses de prisión, invocando para el efecto las reglas del artículo 31 del C.P., lo que significó una disminución de la sanción en 25 meses que se considera proporcional por esta Colegiatura, teniendo en cuenta que el segundo delito (hurto calificado agravado), fue cometido con posterioridad a la comisión de las conductas punibles de porte ilegal de armas y falsedad material en documento público, por las cuales fue sentenciado el señor Hernández el 18 de marzo de 2014, por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta ciudad.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Acta Nro. 592

Hora: 3:50

1. ASUNTO A DECIDIR

Se entra a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el señor Rubén Darío Hernández Restrepo contra la decisión del 10 de mayo de 2017 del Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, que decidió su solicitud de acumulación jurídica de penas.

2. ANTECEDENTES

2.1 Según el auto que fue objeto del presente recurso, señor Rubén Darío Hernández Restrepo presenta dos sentencias condenatorias en su contra, así:

2.1.1 Sentencia del 18 de marzo de 2014 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, en la que se le impuso la pena principal de 138 meses de prisión[1].

2.1.2 Sentencia del 3 de febrero de 2014 proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, mediante la cual fue condenado por los punibles de hurto calificado y agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a la pena principal de 72 meses de prisión. [2]

2.2 Mediante auto del 10 de mayo de 2017[3], el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, accedió a acumular jurídicamente las penas antes referidas, correspondientes a los radicados 2-34009 y 2017 35435.

En consecuencia le impuso una pena definitiva de 185 meses de prisión al señor Hernández Restrepo, quien interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra esa providencia.

---

[1] Folios 2 a 9 C. Original
[2] Folios 1 a 15 C. Ejecución de Penas.
[3] Folios 16 18 C. original.

2.3 El recurso horizontal se decidió el 12 de julio de 2017. No se repuso la decisión recurrida y se concedió de manera subsidiaria el recurso de apelación[4].

3. SOBRE LA DECISION DE PRIMERA INSTANCIA[5]

3.1 (Sinopsis)

- La figura jurídica de la acumulación jurídica de penas está contemplada en el artículo 460 de la ley 906 de 2004, y tiene como objetivo que el juez encargado de la vigilancia de la sanción realice una redosificaclón de las sanciones estableciendo una sola para todos los procesos, siguiendo los lineamientos señalados para la cuantificación de la pena en los casos de concurso de conductas punibles (art. 31 Código Penal).

- La acumulación solicitada por el procesado resulta procedente ya que ninguno de los delitos por los que fue condenado el señor Hernández Restrepo fue cometido con posterioridad al proferimiento de alguna de las sentencias que se solicita acumular; no se trata de penas que ya se encuentren ejecutadas y las ilicitudes no se cometieron durante el tiempo que el condenado ha estado privado de su libertad.

- La primera de las decisiones proferidas contra el procesado (que se entiende es la sentencia dictada el 3 de febrero de 2013, por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, por la conducta punible hurto calificado y agravado, se encuentra suspendida, debido a que al procesado le fue concedida la libertad condicional el 9 de diciembre de 2016, por lo cual se podría pensar que el pedimento de acumulación sería impropio, ya que el tiempo que le resta por descontar sería de 11 meses y 8.5 días, que no debe purgar de manera física y efectuar la acumulación sería desfavorable para sus intereses, ya que al sumar las penas impuestas entraría el período de prueba que se le impuso, que no debe descontar en prisión intramural.

- Para decidir si la acumulación jurídica de penas que solicita el procesado resulta favorable a sus intereses, se debe tener en cuenta que la suma aritmética de las sanciones impuestas al sentenciado arroja un total de 210 meses de prisión, al que se le deben descontar: i) 60 meses y 21.5 días de prisión, correspondientes al tiempo de

[4] C. Principal Folios 30 a 32
[5] C. Original I Folios 17 a 18

detención física del proceso con radicado 2016- 34009; y ii) 5 meses y un día, más 39.5 días reconocidos por redención de pena dentro del radicado 2017 -345435 61017.

- De accederse a su solicitud, la pena que debe descontar el incriminado sería de 185 meses de prisión (138 meses por el proceso 2017-35435 y 47 meses por la causa 2016-34009).

- A este guarismo se le deben descontar los 67 meses y 2 días de redención purgados a la fecha de la decisión, por lo cual el período de pena pendiente de ejecutar sería de 117 meses y 28 días, que es inferior a los 138 meses que tendía que purgar por la sentencia proferida dentro del proceso 2017-35435, de no accederse a la acumulación.

- Así las cosas, y pese a que en la sumatoria se incluyó el período de 11 meses y 8.5 días, que el sentenciado no estaba obligado a purgar físicamente, en razón del proceso con radicado 2016-34009, le resulta más favorable la opción de la acumulación jurídica de penas.

- Para determinar la sanción a imponer, y con base en el artículo 31 del CP, el *A quo* partió de la pena más grave correspondiente a la de 138 meses de prisión, impuesta dentro del radicado 2017 – 35435 que fue de 138 meses de prisión, la cual aumentó en 47 meses por la condena proferida dentro del proceso 2016-34009, arrojando un total de 185 meses de prisión, extensivo a la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

3.2 Al resolver el recurso horizontal[6], el juez de conocimiento consideró: i) que el procesado no había manifestado ningún argumento dirigido a controvertir lo decidido en materia de acumulación jurídica de penas; y ii) no había lugar a pronunciarse sobre las solicitudes de prisión domiciliaria y concesión del permiso de 72 horas, que no fueron examinadas en la providencia recurrida. En consecuencia no repuso su decisión inicial y concedió el recurso vertical.

4. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO

El señor Ruben Darío Hernández Restrepo interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, con base en los siguientes argumentos:

[6] Folios 30 a 31 C, Original.

- Pidió que se revisara con más detalle la dosificación realizada mediante la acumulación jurídica de los procesos con radicados No. 2016-34009, No. 2017-35345, ya que pese a que fue generosa la sanción que le fue impuesta por el A quo, se debe tener en cuenta la precaria situación económica por la que atraviesa, ya que tiene a su cargo a su padre y sus dos hijos menores de edad.

- Adujo que las actuaciones que se adelantaron en su contra fueron anteriores a la entrada en vigencia de la ley 1709 de 2014, y además presenta una conducta ejemplar en el proceso resocializador al interior del centro carcelario.

- Solicitó que se i) dosifique hasta en otro tanto el proceso acumulativo de las dos condenas, a su vez, ii) la posibilidad de concederle la sustitución de la medida por detención domiciliaria de conformidad con el articulo 314 numeral 5º del CPP; y iii) se le conceda el beneficio administrativo que dispone el artículo 147 de la ley 65 de 1993 (el permiso de 72 horas).

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia

En términos de lo señalado en el artículo 34 numeral 6º de la Ley 906 de 2004 esta Corporación es competente para pronunciarse en segunda instancia en el presente asunto.

5.2 Problema jurídico a resolver

La Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el señor Rubén Darío Hernández Restrepo debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado, y en caso de superar este examen, debe procederse a estudiar el grado de acierto de la decisión de primera instancia.

5.3 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

5.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.*
>
> *En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.*
>
> *El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*
>
> *Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.*
>
> *Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.*
>
> *Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.*
>
> *También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.*
>
> *El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.*

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el

recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

Obsérvese que, existiendo la prohibición de la reformatio in pejus, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…" [7]

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

"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos

[7] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.

En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.

En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"[8]*.*

Esa misma Corporación indicó que:

"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.

[8] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.

El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"[9](Subrayado fuera de texto).

5.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cuál o cuáles son los errores en que incurrió el *A quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que el señor Rubén Darío Hernández menciona las condiciones económicas de su hogar, lo relacionado con el estado de salud de su progenitor y la responsabilidad que tiene frente a sus hijos y que ha contado con una conducta ejemplar durante el tiempo del proceso resocializador, realizando incluso solicitudes diferentes a la que era materia de estudio.

Vale la pena señalar que el señor Hernández Restrepo dentro de sus argumentaciones incluso reconoció que la pena impuesta por el *A quo* mediante la acumulación era generosa, y de las demás manifestaciones realizadas en el escrito de impugnación, no se desprenden otros motivos de inconformidad del procesado respecto a la decisión recurrida, salvo su expresión en el sentido de que se "*dosifique hasta otro tanto el proceso acumulado de las dos condenadas*",

En consecuencia esta Colegiatura en principio debería declarar desierto el recurso propuesto por el señor Rubén Hernández Restrepo.

5.6 Sin embargo, al invocar el recurrente que por vía de segunda instancia: *"se dosifique hasta en otro tanto el proceso acumulatorio de las dos condenas",* se puede entender aplicando el "principio de caridad", que el censor considera que el juez de primer grado le debió haber aplicado un incremento de 36 meses de prisión, equivalente a la mitad de la pena que se le fijó por el delito de hurto calificado, y no de 47 meses, como se señaló en la providencia recurrida y podría considerarse que por su situación de lego en materias jurídicas, tal afirmación podría ser tomada como la argumentación del recurso propuesto contra la providencia en mención, donde se le fijó una pena definitiva de 185 meses de prisión por los dos procesos en los que fue sentenciado, lo que conduce a hacer las siguientes precisiones:

[9] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

5.6.2 Al haberle concedido libertad condicional al señor Hernández por el proceso tramitado en el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, donde se le fijó una pena de 72 meses de prisión por los delitos de porte ilegal de armas y hurto calificado agravado, bajo un período de prueba de 11 meses y 8.5 días, se entiende que en sentido real la única pena que estaba descontando el procesado para la fecha de la decisión recurrida, era la de 138 meses de prisión, que le impuso el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira el 18 de marzo de 2014, por las conductas punibles de porte ilegal de armas de fuego y falsedad material en documento público.

A esta sanción se le debían reducir 6 meses 10.5 días, por razón del tiempo de internación y por redención de pena o sea que para ese momento, el señor Hernández (salvo redenciones posteriores), debía permanecer en reclusión 131 meses y 19.5 días.

5.6.3 En ese sentido se debe entender que resulta necesario el pronunciamiento de esta Sala, siendo flexibles en lo relativo a la sustentación del recurso propuesto, ya que en principio puede aparecer ajeno a las normas que regulan la materia, que a una pena se le acumule otra que en sentido estricto no se está cumpliendo, como ocurre en el presente caso con la sanción de pena de 72 meses de prisión que se había impuesto al señor Hernández por la conducta de hurto calificado, por la cual goza de libertad condicional desde el 9 de diciembre de 2016.

5.6.4 Sin embargo, se puede considerar que en virtud del período de prueba otorgado para el cumplimiento definitivo de la citada pena, esta no se puede considerar como “ejecutada”, para los efectos previstos en el artículo 460 del C .P., por lo cual era procedente la decisión de acumulación que adoptó el *A quo,* para fijar la pena definitiva por vía de acumulación en 185 meses de prisión (incluyendo el proceso referido por el cual ya fue excarcelado el señor Hernández), que fue incrementada en 47 meses de prisión, invocando para el efecto las reglas del artículo 31 del C.P., lo que significó una disminución de la sanción en 25 meses que se considera proporcional por esta Colegiatura, teniendo en cuenta que el segundo delito (hurto calificado agravado), fue cometido con posterioridad a la comisión de las conductas punibles de porte ilegal de armas y falsedad material en documento público, por las cuales fue sentenciado el señor Hernández el 18 de marzo de 2014, por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta ciudad.

5.6.5 Se afirma lo anterior porque de no haberse ordenado tal acumulación, quedaría vigente solamente la pena que actualmente purga el señor Hernández de 138 meses de prisión por el concurso de delitos de porte ilegal de armas y falsedad en documento público, lo que implicaría un mayor tiempo de privación de la libertad del procesado para acceder a beneficios en la fase de ejecución de la pena, conforme al siguiente análisis:

5.6.6 El artículo 38G del CP, adicionado por el artículo 28 de la Ley 1709 de 2014, permite sustituir la prisión intramural por la domiciliara cuando el sentenciado "*haya cumplido la mitad de la pena",* y concurran los requisitos de los numerales 3º y 4º del artículo 38 B del mismo estatuto.

5.6.7 Por su parte el artículo 64 *ibídem,* otorga la oportunidad de acceder a la libertad condicional, cuando se han cumplido las 3/5 partes de la pena y se cumplen los demás requisitos previstos en esa norma.

5.7 En ese orden de ideas, como los delitos por los cuales se encuentra descontando pena actualmente el procesado, que son los de porte ilegal de armas y falsedad material en documento público no se encuentran excluidos para la concesión de esos beneficios, lo que se desprende del tenor literal de los articulo 38G y 68 A del C.P., se puede concluir que de no haberse acumulado las penas que debe descontar el ciudadano Hernández, este podría acceder al primer beneficio (prisión domiciliaria), al descontar la mitad de 138 meses de prisión, o sea 69 meses, y al segundo (libertad condicional), al alcanzar 92 meses de prisión, si se tiene en cuenta la sanción impuesta por las citadas conductas punibles.

5.7.1 Sin embargo si se mantiene vigente la tasación punitiva hecha en la providencia recurrida, y teniendo en cuenta la fecha de esa decisión, para acceder a la prisión domiciliaria el señor Hernández debería permanecer en reclusión el equivalente a la mitad de 185 meses de prisión, o sea 92 meses 15 días de los cuales ha descontado 66 meses 24 días, por lo cual le faltarían 25 meses con 24 días para acceder a ese beneficio y para la libertad condicional debería cumplir 123 meses 10 días, pero al restar el tiempo de internación le faltarían 56 meses y 16 para lograr su excarcelación, lo cual resulta ser más favorable para sus intereses.

5.7.2 En atención a estas razones, la Sala confirmará la providencia recurrida, en lo que fue objeto de impugnación, ya que pese al hecho de haberse acumulado una pena que el procesado ya no estaba descontando, la decisión tomada por el *A quo,* en ese sentido resultó ser favorable para los intereses del procesado y además se considera proporcional el incremento punitivo que hizo el juez de primer grado, al unificar la pena que este debe cumplir.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el juez cuarto de ejecución de penas y medidas de seguridad de Pereira dentro del presente proceso, en lo que fue objeto de impugnación.

SEGUNDO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto - 27 de julio de 2017
Proceso: Penal – Declara desierto recurso de apelación
Radicación Nro. : 66001221800020160000800
Procesado: MARIO MOSQUERA IBARGUEN
Magistrado Ponente: JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Temas: **INDEBIDA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.** [E]l señor juez de conocimiento debió haber declarado de plano desierto el recurso por absoluta falta de sustentación, sin dar más largas al asunto y sin permitir que llegara a esta instancia con miras a efectuarse un pronunciamiento que era evidente. Y es que no podía ser de otra manera, porque los dos argumentos esgrimidos en contra de la providencia que puso fin al incidente de reparación integral, eran inadmisible. El primero, la ausencia de capacidad económica, porque -como ya se dijo- ello nada tiene que ver en el debate acerca de la existencia del daño y su cuantificación; y el segundo, la no prueba de los perjuicios materiales, porque es sabido que dentro de las pretensiones de la demanda por parte de la apodera de víctima, no estaba ninguna reclamación por perjuicios de esa clase, sino únicamente existía una reclamación por perjuicios morales, de suerte que era abiertamente impertinente hacer referencia a algo que no se estaba cobrando.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017)

ACTA DE APROBACIÓN No 738
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	Julio 28 de 2017, 9:34 a.m.
Imputado:	Mario Mosquera Ibarguen
Cédula de ciudadanía:	10.059.945 expedida en Pereira (Rda.)
Delito:	Homicidio
Víctima:	Luis Alexánder Cortés Rocha
Procedencia:	Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira (Rda.) funciones de conocimiento.
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de mayo 31 de 2017, por medio de la cual se puso término al incidente de reparación integral de perjuicios. DECLARA DESIERTO el recurso por indebida sustentación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

1.1.- Con fecha agosto 02 del año próximo pasado, el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta capital condenó al procesado **MARIO MOSQUERA IBARGUEN** en calidad de autor por el homicidio en la persona que en vida respondía al nombre de LUIS ALEXÁNDER ROCHA.

1.2.- A consecuencia de lo anterior, y una vez en firme el fallo, el señor JOSÉ HERNEY CORTÉS ARIAS, en su condición de tío del occiso, se constituyó como víctima al sostener que había sido la persona quien junto con sus padres se encargaron de la crianza de LUIS ALEXÁNDER ROCHA, toda que su hermano no respondió por su sobrino. Y aclaró que al fallecer sus padres, o sea los abuelos del occiso, él se hizo cargo de su cuidado no obstante la difícil situación en que se encontraba como quiera que permanecía en la calle a consecuencia del consumo de estupefacientes.

1.3.- La demanda de reclamación de perjuicios presentada por la apoderada de la víctima se hizo consistir, única y exclusivamente, en la reclamación de perjuicios morales, y su tasación la dejó al arbitrio del señor juez.

1.4.- El titular del juzgado, luego de analizar el referido parentesco y valorar positivamente la afectación que sufrió el tío por causa del deceso violento de su sobrino, con respecto del cual hubo un lazo de unión importante como quiera que le había correspondido su crianza, tasó el daño moral subjetivado en cuantía de 25 s.m.l.m.v. al valor correspondiente al año de ocurrencia del hecho (2015), lo que representaba un monto equivalente a $16'108.750.oo. Las costas se fijaron a cargo del incidentado.

1.5.- Puesta la decisión en conocimiento de las partes presentes en la audiencia, la defensa se mostró inconforme e interpuso recurso de apelación, no así la apoderada de la víctima. El señora juez decidió conceder el recurso en el efecto suspensivo con la remisión de los correspondientes registros a esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

2.- Para resolver, se considera

La Sala dirá desde ya que declarará desierto el recurso en cuanto la sustentación ofrecida ante la primera instancia no colma las exigencias requeridas.

Como es sabido, para el surgimiento de la competencia funcional en segunda instancia, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) la

interposición oportuna del recurso de apelación en forma principal o subsidiaria; (ii) que la impugnación sea interpuesta por un sujeto procesal habilitado para el efecto; (iii) que la providencia contra la cual se interpone admita esa clase de impugnación; pero además (iv) que la parte inconforme presente ADECUADA SUSTENTACIÓN que dé al superior las bases suficientes para confrontar la posición del inconforme frente aquella asumida por el inferior, porque se trata de la oportunidad única en que debe dar a conocer al ad quem los elementos de juicio en que se funda la censura.

No se trata de una requisitoria meramente formal, sino de la razón de ser del principio de la doble instancia, por cuanto no se puede pretender el examen de una decisión judicial que se presume ajustada a derecho, sin exponer los motivos que se tienen para el disenso.

Con la Ley 2ª de 1984 se formalizó como exigencia legal la sustentación del recurso, y conforme a ese dispositivo doctrina y jurisprudencia han coincidido en moldear sus límites, para cuyo efecto se ha decantado lo siguiente:

> "Sustentar un recurso no significa lanzar apreciaciones de carácter general o ecuménicas, o calificaciones abstractas o vagas, o meramente corticales. No, el escrito de apelación para que merezca el nombre de tal, debe contener la pertinente crítica jurídica o probatoria mediante los correspondientes juicios de valor y los atinentes predicados axiológicos y conceptuales, de tal manera que a los planteamientos del proveído protestado se opongan razonamientos de similar peso; a sus inferencias y reflexiones otros tantos juicios combatan, contradigan o refuten el discurso dialéctico contenido en la respectiva providencia judicial. Sólo así cabe entender la naturaleza y finalidad del recurso de apelación"[1]

Significa entonces, que no suplen el requisito de la sustentación expresiones abstractas que por su imprecisión y vaguedad no expresan ni siquiera implícitamente las razones o motivos de disenso.

En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue la defensa, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, puesto que se limitó a expresar que su representado no tenía dinero para pagar la suma que había sido impuesta como perjuicios de índole moral. Afirmación que desde luego no tiene nada que ver con los motivos aducidos en la sentencia civil para efectos de declarar no solo la existencia del daño sino su cuantificación.

---

[1] TORRES CALERO, Miguel Angel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, Código de Procedimiento Penal. Segunda Edición, 1990, Tomo I, Editora Jurídica Colombiana, pg. 423.

Pero la situación fue aún más patética en cuanto a la absoluta falta de sustentación del recurso, porque mírese textualmente lo ocurrido en la instancia:

Al concedérsele el uso de la palabra a la defensora con miras a sustentar el recurso de apelación, dijo textualmente: "No es posible reparar económicamente al familiar de la víctima en forma dineraria, porque mi defendido en estos momentos no cuenta con los recursos para hacer efectivo". Ante esas singulares expresiones, el señor juez de la causa interrumpió a la profesional para pedirle que entrara en concreto a hacer la sustentación, y lo que a continuación hizo la defensora, fue insistir en los siguientes términos: "Mi representado no tiene el dinero en este momento para cancelar la suma a la que fue condenado, y como ya se había dicho, solo cuenta con una pensión y saca unos dineros para una demanda alimentaria que el mismo tiene. Por tanto, mediante este recurso solicito al superior la exoneración del pago de este dinero. No es más su señoría".

Concedida la palabra a la apoderada de la víctima como no recurrente, solicitó se confirmara el proveído por parte del Tribunal, porque los perjuicios morales quedaron establecidos con lo manifestado por la víctima, y con las pruebas documentales con las cuales se comprobó su calidad de afectado.

A continuación, el señor juez de instancia sostuvo que lo expuesto por la apoderada del sentenciado no guarda relación con lo sostenido en el fallo, porque lo que se debe atacar es el contenido de la decisión, sus fundamentos legales, y la falta de capacidad de pago del condenado no es motivo para la exoneración de responsabilidad, porque como lo ha dicho la jurisprudencia, el delito es una fuente de obligaciones, y no es el hecho de la falta de capacidad de pago lo que podría generar la exoneración que se pide.

A continuación, el funcionario a quo, de una manera laxa, le concedió de nuevo otra oportunidad más a la defensora para que argumentara en debida forma la apelación, y lo que hizo la apoderada fue expresar: "Los daños materiales no fueron probados tampoco y creo que es fundamental que se hubiere probado eso para poder dar una suma dineraria. No hay más para decir".

No obstante lo dicho, el juez de conocimiento afirmó que el despacho encontraba muy pobre esa sustentación para enviarla al Tribunal, pero "para no generar una falta al derecho de defensa, el despacho le concede esa alzada". Por su parte, al concedérsele de nuevo el uso de la palabra a la apoderada de la víctima como no recurrente, insistió en que la determinación debía ser confirmada, y aclaró que ella solo solicitó en su pretensión el pago de perjuicios morales, no los materiales, a consecuencia de lo cual así fueron tasados. De allí que estima que no hay fundamento para la apelación.

Lo que concluye la Corporación de esa secuencia, es que el señor juez de conocimiento debió haber declarado de plano desierto el recurso por absoluta falta de sustentación, sin dar más largas al asunto y sin permitir que llegara a esta instancia con miras a efectuarse un pronunciamiento que era evidente.

Y es que no podía ser de otra manera, porque los dos argumentos esgrimidos en contra de la providencia que puso fin al incidente de reparación integral, eran inadmisible. El primero, la ausencia de capacidad económica, porque -como ya se dijo- ello nada tiene que ver en el debate acerca de la existencia del daño y su cuantificación; y el segundo, la no prueba de los perjuicios materiales, porque es sabido que dentro de las pretensiones de la demanda por parte de la apodera de víctima, no estaba ninguna reclamación por perjuicios de esa clase, sino únicamente existía una reclamación por perjuicios morales, de suerte que era abiertamente impertinente hacer referencia a algo que no se estaba cobrando.

Así las cosas, la Sala desestima los argumentos presentados por la parte inconforme, y está en el deber de declarar desierto el recurso.

3.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación que fuera interpuesto por la apoderada que representa los intereses del procesado, y en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso oportunamente interpuesto.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición que de interponerse debe hacerse dentro del presente acto público y en forma oral.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

TEMAS: NULIDAD PROCESAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA / JUEZ NATURAL / CONVALIDACIÓN DEL VICIO / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / PRINCIPIO DE CARIDAD.

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone un recurso exprese ante el superior funcional los motivos de su inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, contrario sensu confiere al apelante la oportunidad de exponer sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente la decisión del Ad-quem se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos. (…)

… esta Colegiatura considera que hay lugar a pronunciarse sobre el recurso propuesto, tomando como base la solicitud de la defensora del señor HAM, porque en la parte final de su intervención como impugnante pidió que se tuvieran en cuenta los argumentos que expuso al fundamentar su solicitud de nulidad y en consecuencia y para poner fin a la discusión jurídica que la censora ya ha propuesto en varios escenarios, sobre el mismo tema que invocó, se acudirá al llamado "principio de caridad", referido en la decisión CSJ SP del 9 de septiembre de 2015, radicado 46235…

Con respecto al fundamento de la causal de nulidad reclamada por la recurrente, la misma se basa en el hecho de que las audiencias preliminares celebradas dentro del trámite de la referencia el 13 de febrero del año en curso, se llevaron a cabo ante al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, cuando en opinión de la impugnante se debieron haber realizado en Santa Rosa de Cabal donde ocurrieron los hechos investigados.

En consecuencia su pretensión se fundamenta en la presunta violación del principio del juez natural, con efectos sobre los derechos al debido proceso y el derecho de defensa, por lo cual en su criterio se generó la causal de nulidad prevista en el artículo 457 del CPP…

… esta Sala considera que pese a que los sucesos investigados ocurrieron en Santa Rosa de Cabal, el hecho de que el juez 2º penal municipal con funciones de control de garantías de Pereira hubiera asumido la competencia para celebrar las audiencias preliminares radicadas por parte del Fiscal 28 Seccional contra el señor HAM, no generó ninguna vulneración de las garantías al debido proceso y al derecho de defensa que le asiste al procesado, máxime si su misma defensora convalidó la decisión del juez de garantías de asumir el conocimiento de esas audiencias preliminares, por lo cual resulta aplicable el citado principio que se conoce también como de subsanación o integración.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1028 del doce (12) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)
Pereira, trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)
Hora: 10:14 a.m.

ASUNTO A DECIDIR

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensora del señor HAM contra el auto del 13 de septiembre de 2019 del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, por medio del cual se negó una solicitud de nulidad que presentó en la audiencia de formulación de acusación.

2. ANTECEDENTES

2.1 El supuesto fáctico del escrito de acusación es el siguiente:

" En cumplimiento de las órdenes a la policía judicial expedidas por la Fiscalía 28 Seccional de Pereira dentro de la investigación radicada bajo el No 660016008785 201600041, en contra de HAM - contratista, CARM - Secretario de Gobierno y LAMT - Alcalde Municipal por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, el investigador del C.T.I JOSÉ IGNACIO ARIAS CIRO procedió el día 06 de octubre de 2017 a realizar inspección a lugares en la oficina de archivo de la alcaldía municipal de Santa Rosa de Cabal, encontrando que las personas antes mencionadas celebraron el contrato No.291 del 03 de diciembre de 2008 por un valor de $10.300.000, cuyo objeto fue el "ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN A 100 AGENTES DE POLICÍA QUE APOYARÁN LA SEGURIDAD EN EL MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE CABAL DURANTE EL MES DE DICIEMBRE". Es así, que el investigador al revisar dicho contrato, cuyo soporte documental constaba de 15 folios, denotó que esté no cumplía con los requisitos legales y además no presentaba soportes que probaran la ejecución.

En desarrollo de los actos de indagación ordenados por éste delegado, el investigador obtuvo que: (…)

Este contrato, que es AUTÉNTICO, en su minuta tiene un CONTENIDO FALSO, puesto que el CONTRATO se elaboró para nunca ser CUMPLIDO, constituyéndose de esta manera en una ficción para ocasionar un detrimento patrimonial al ya golpeado, municipio de Santa Rosa de Cabal, en cuantía de $10.300.000

El 03 de diciembre de 2008 CARLOS ALBERTO RAMÍREZ MORALES, designado como INTERVENTOR del CONTRATO, suscribe junto con el señor HAM el Acta de Inicio del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 291/2008 y el 12 de diciembre de 2008 las mismas personas suscriben el ACTA ÚNICA DE PAGO en la que refieren que se inició el 03/12/2008 y terminó el 17/12/2008 -LO QUE ES FALSO puesto que el CONTRATO se celebró para NUNCA SER EJECUTADO-. Igualmente todo lo allí consignado es una ficción.

Con base en estos documentos antes referidos, a HAM se le libró ORDEN DE PAGO No. 0000001857 del 12/12/2008 por el valor del CONTRATO $10.300.000 y este aparece COBRANDO el valor de un CONTRATO que NUNCA SE EJECUTÓ.

El acta de inicio y acta única de pago no fueron firmadas por el contratista, y no existen soportes que prueben la ejecución del contrato, a lo que se le suma que el Departamento de Policía de Risaralda informó que se constató de acuerdo a los inventarios documentales en medio físico y magnético, que no se encontró antecedente que permita evidenciar la estadía de personal del FUCUR u otro grupo operativo en el municipio de Santa Rosa de Cabal para apoyar la seguridad en el mes de diciembre del año 2008. Además, la Unidad Nacional de Intervención Policial y de Antiterrorismo - Dirección de Seguridad Ciudadana de la Policía Nacional, también informó que no existe ningún soporte relacionado con anotaciones que evidencien que algún personal del FUCUR se desplazó o pernoctó en el municipio de Santa Rosa de Cabal durante el mes de diciembre de 2008.

Los estudios previos al no cumplir con los requisitos exigidos por el Decreto 2474 de 2008 y el Manual de Contratación de la Alcaldía de Santa Rosa de Cabal, conlleva a desconocer el Principio de Transparencia por falta de motivación detallada (Ley 80, 1993, art. 24.7).

A lo anterior, se suma que no existe documento que permita determinar el número de raciones de alimentos que se suministraría por día a cada miembro de la policía, ni el valor del alojamiento para los 100 uniformados.

Ahora bien, el valor de dicho contrato fue de $10.300.000 por prestar el servicio de alojamiento y alimentación, el cual fue ejecutado en 10 días según acta única de pago.

De acuerdo a lo anterior, si eran 100 agentes de policía los beneficiados con el objeto contractual, el contratista cobro $1.030.000 por día, lo que implica que el costo diario por uniformado de la policía fue de $10.300 por concepto de alimentación y hospedaje, lo que es ilógico respecto a los contratos No. 235 y 251 de 2008 que se investigan bajo la noticia No 660016000878520160041, los cuales fueron celebrados con el mismo contratista, en donde el costo diario de sólo alimentación por cada policía ascendía a $13.500.

Adicionalmente se logró determinar que HAM identificado con cédula de ciudadanía No.18.598.206 no ejercía ninguna actividad comercial al momento de la celebración del contrato, y así lo evidencian los documentos que indican que el día 03 de septiembre de 2008 canceló en la Cámara de Comercio de Santa Rosa de Cabal la matrícula mercantil No. 24625 del establecimiento comercial "Restaurante y Piqueteadero Ricuras" y la matrícula No.24624 como persona natural, argumentando que en la actualidad no se ocupaba de actividades que la ley consideraba mercantiles. Canceló matricula 3 meses antes de celebrar el contrato..."

2.2.1 Con base en ese contexto fáctico la FGN formuló acusación contra el señor HAM, como *interviniente,* por los delitos de "contrato sin cumplimiento de requisitos legales"; peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público (con la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58, numerales 1 y 10 del CP)[1]

2.2 Las audiencias preliminares se celebraron el 13 de febrero de 2013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, acto en el cual la FGN le comunicó cargos al señor HAM por los delitos de peculado por apropiación y celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, los cuales no aceptó. Al procesado se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia.[2]

2.4 El conocimiento de la investigación lo asumió el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal[3]. La audiencia de formulación de acusación fue instalada el 20 de agosto de 2019[4] y continuó el 13 de septiembre del año que avanza, en dicha oportunidad la abogada que presenta los intereses del acusado presentó una solicitud de nulidad de toda la actuación[5]

3. SOBRE LA SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD.

[1] Folios 1 a 21
[2] Folio 22 Fte y vto
[3] Folio 23
[4] Folios 38 a 40
[5] Folio 46

3.1 La defensora del señor HAM pidió que se dejara sin efectos todo lo actuado en este proceso, a partir de las audiencias preliminares, con base en los siguientes antecedentes: i) se debían restablecer las garantías procesales vulneradas a su defendido para que pueda afrontar un juicio oral en condiciones de igualdad, haciendo efectivo los principios del derecho al debido proceso y la defensa técnica, que le fueron sido desconocidos a su mandante desde la realización de las audiencias preliminares, para lo cual hizo referencia a la relación existente entre los fundamentos constitucionales y el derecho penal; ii) el 12 de febrero de 2019 la FGN solicitó ante el Juez Primero Penal Municipal con control de garantías que se librara orden de captura en contra del señor HAM, quien para esa época se desempeñaba como alcalde del municipio de Santa Rosa de Cabal, la cual se hizo efectiva al día siguiente en dicha localidad, motivo por el cual la Fiscalía 28 Seccional de la Unidad Especializada de la Administración Pública, radicó la solicitud de las audiencias preliminares en el Centro de Servicios Judiciales de Pereira; iii) esas diligencias fueron asignadas al Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, para que realizara las respectivas audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento; iv) una vez se instaló la audiencia de legalización de captura, le advirtió al juez con funciones de control de garantías que los hechos materia de investigación habían acontecido en Santa Rosa de Cabal, y que en atención a lo dispuesto en los artículos 39 y 43 del CPP, esas diligencias debían ser tramitadas en esa municipalidad; v) el fiscal dijo que había radicado las audiencias en esta localidad ante la falta de garantías personales y jurídicas en Santa Rosa de Cabal, sin allegar ninguna prueba al respecto; vi) el juez de garantías aplicó la excepción de la norma procedimental y asumió la competencia para conocer de la actuación, para lo cual adujo que estaban presentes todas las partes, en razón a ello era procedente la realización de esa audiencia; vii) el delegado de la FGN solicitó al juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra del señor HAM, porque este generaba peligro para la comunidad de conformidad con lo previsto en el artículo 310 del CPP, y por ser proclive al delito; viii) se opuso a esa solicitud porque los hechos investigados se presentaron en el año 2008, cuando el acusado no se desempeñaba como Alcalde de dicho municipio sino como un simple contratista y que por ello no había un peligro latente para la comunidad santarrosana; ix) el juez de garantías le impuso al señor HAM medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia, decisión frente a la cual interpuso los recursos de reposición y de apelación, cumpliendo con la carga argumentativa correspondiente. El juez segundo penal municipal con función de control de garantías de Pereira, no repuso su determinación y concedió la apelación, la cual correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad, el que mediante auto del 14 de marzo de 2019, declaró desierto dicho recurso teniendo en cuenta que no se había atacado en debida forma la argumentación del juez de primer nivel; x) como consecuencia de lo anterior, propuso una acción de tutela, la cual fue decidida por esta Sala Penal, con ponencia de quien hoy funge en igual condición , donde se decidió que la defensora del señor HAM podía interponer el recurso de reposición frente a dicha determinación, trámite que se cumplió sin que el titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, hubiera modificado su decisión; xi) radicó una nueva acción de amparo para que se decretara la nulidad de toda la actuación a efectos de que

las audiencias preliminares fueran adelantadas en el municipio de Santa Rosa de Cabal, ya que los funcionarios de esa localidad eran los competentes para conocer de esas diligencias; xii) esa acción fue declarada improcedente mediante fallo del 4 de junio de 2019, de esta Sala con el mismo ponente, pues se consideró que no se satisfacía el presupuesto de subsidiaridad, ya que esa pretensión debía ser presentada en la audiencia de formulación de acusación; y xii) impugnó esa decisión y la SP de la CSJ, mediante sentencia SP 10413 de 2019, radicado 105557 del 30/06/2019, confirmó dicho proveído, con el argumento de que la oportunidad procesal para plantear una violación al debido proceso por falta de competencia era precisamente la audiencia de formulación de acusación, fuera de que el reclamo elevado por la defensa se encontraba superado en ocasión al principio de convalidación.

3.2 Ya en lo que atañe a su solicitud concreta, que dio lugar al presente recurso, hizo la siguiente argumentación:

- En este caso y atendiendo el factor territorial, la autoridad competente para celebrar las audiencias preliminares era el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal.

- En un pronunciamiento emitido por esta Sala dentro del proceso radicado con el Nro. 66001600003620180006570l0, mediante el cual se resolvió un conflicto de esa naturaleza, se estableció que la competencia de esa investigación radicaba en el juzgado del lugar donde acontecieron los sucesos.

- Leyó apartes de la providencia de la SP de la CSJ radicada con el Nro. 54408, del 16 de enero de 2019 referente a la fijación de la competencia en materia de control de garantías. En ese mismo sentido citó lo decidido por esa corporación en AP 8550/2017, AP 14/05/2013 radicado 41228, AP del 6 de agosto de 2013, radicado 41912, AP del 26 de octubre 2011, radicado 37674, AP 2926/2019 radicado 55747 del 24 de julio de 2019, referentes a la competencia territorial asignada a los juzgados con funciones de control de garantías.

- Hizo mención de los principios que informan la declaratoria de las nulidades.

- En el asunto de la referencia se violó el principio de competencia, ya que el juez 2º con función de control de garantías de Pereira usurpó funciones que no le correspondían, y para desconocer los factores territoriales de competencia debía tener motivos fundados de índole constitucional, los cuales exigen que para limitar o desconocer las garantías fundamentales de las personas sometidas al sistema judicial, se deben sopesar esos motivos de necesidad y razonabilidad de la pertinencia y urgencia de la actuación, los cuales no fueron tenidos en cuenta en el caso bajo examen, con lo cual vulneró el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, y los artículos 10, 19, 39, 43 de la Ley 906 de 2004.

- Desde los albores de la investigación se afectaron los derechos al debido proceso y el de defensa de su prohijado. Por lo tanto solicitó que se decretara la nulidad de la actuación como una medida extrema y excepcional, la cual procede cuando acontece alguna de las causales definidas en la ley, según los artículos 455, 456, 457 del CPP, es decir, cuando existe prueba ilícita, existe incompetencia del juez o hay violación del derecho a la defensa o al debido proceso en aspectos sustanciales.

- Su solicitud concreta es que anule lo actuado en este proceso a partir de la audiencia de legalización de captura y las demás actuaciones judiciales surtidas en el caso de su representado, para restablecer sus derechos.

3.3 La delegada de la FGN se opuso a dicha pretensión, con base en los siguientes argumentos:

- La misma defensora del acusado ha dado respuesta a sus inquietudes, al referir que la declaratoria de nulidad procede de manera excepcional, siempre y cuando se violen o afecten garantías fundamentales, por lo cual no constituye una regla general y la misma se presenta cuando se demuestra que se ha incurrido en alguna de las causales previstas en los artículos 455 y siguientes del CPP.

- En este caso se alega la nulidad por la presunta incompetencia del juez de función de control de garantías que conoció de las audiencias preliminares contra el procesado, para lo cual su defensora aduce por cuarta vez la falta de competencia de ese funcionario.

- Hizo referencia al contexto fáctico que determinó la solicitud de las audiencias preliminares adelantadas contra el señor HAM.

- La defensora parte del hecho de que el delegado de la FGN presentó la solicitud de preliminares ante un juez constitucional de este municipio, con el fin de salvaguardar su seguridad y la del proceso, y por lo tanto cualquier juez penal con función de control de garantías era competente para conocer del mismo.

- Como lo advirtió la misma apoderada judicial del procesado, el artículo 39 del CPP le otorga razón al fiscal que radicó la solicitud de audiencias preliminares en Pereira, pues esa norma advierte que la función de control de garantías puede ser ejercida por cualquier juez penal municipal, sin excepción alguna. La misma norma dispone que quien pretende que ese tipo de audiencias sea realizada en un municipio diferente al de la ocurrencia de los hechos, debe demostrar dicha necesidad de manera fehaciente y en tal caso el funcionario requerido realizará esas actuaciones o se declarará su impedimento para conocer de ellas.

- En el caso *sub lite,* el Juez 2º Penal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, adelantó la totalidad de las audiencias, al considerar suficientes

los argumentos planteados por el ente investigador, con base en las previsiones del artículo 39 del CPP.

- Si se observan los registros de las audiencias preliminares se puede verificar que no existió ninguna violación a los derechos de HAM, Carlos Alberto Ramírez, y Alejandro Martínez, pues a todos se les realizó la audiencia de la misma forma, bajo los mismos argumentos y se le impuso la medida de aseguramiento más benévola al señor HAM, luego de la valoración realizada por el juez constitucional, decisión que fue apelada por la defensora de los acusados, quien al sustentar su recurso hizo referencia a la presunta incompetencia del funcionario de primer grado.

- Esa causal de incompetencia ha sido alegada por la defensa en diversas oportunidades: i) en el recurso formulado ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira; y ii) en una acción de tutela que no prosperó y que fue declarada improcedente por parte de esta Colegiatura.

- La solicitud de la defensora no es más que una maniobra dirigida a dilatar la iniciación del juicio contra el procesado, para que este obtenga su libertad y retorne a su cargo como alcalde de Santa Rosa de Cabal.

3.4 El representante del Ministerio Público expuso lo siguiente:

- El régimen de las nulidades o ineficacia de los actos procesales está precedido de la aplicación de los principios de taxatividad y en lo esencial, los de convalidación y trascendencia.

- La defensora hizo una fundamentación incoherente, al hacer lectura de apartes jurisprudenciales absolutamente desarticulados en los que se planteaba la nulidad por falta competencia, aunque finalmente esa solicitud no prosperaba.

- La defensa fundamentó la petición de nulidad en tres causales: i) falta de competencia; ii) vulneración al derecho a la defensa; y iii) no observancia al debido proceso. Respecto a la primera causal adujo que no está llamada a prosperar ya que se censura por vía de nulidad en la etapa de juzgamiento y lo cierto es que las diligencias se encuentran radicadas ante el juez natural correspondiente al lugar donde acontecieron los hechos. El derecho de defensa tampoco se encuentra conculcado ya que desde el inicio de la actuación el procesado ha gozado de asistencia legal profesional y su defensora incluso solicitó ante el juez con función de control de garantía de Santa Rosa de Cabal , la revocatoria de la medida de aseguramiento que se le impuso al señor HAM, que fue negada decisión que fue confirmada por la Juez 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, petición que se basó en planteamientos muy similares en los que ahora se esboza la defensa para fundamentar la nulidad. El debido proceso del incriminado no ha sido afectado, ya que el juez con función de control de garantías de esta ciudad actuó dentro del marco legal, fuera de que en el control de legalidad de

medida de aseguramiento intervino un juez penal municipal de esta localidad, por lo cual el procesado ha gozado de todas sus garantías.

- En la misma jurisprudencia citada por la abogada del procesado, se pone de presente el principio de trascendencia que obliga a demostrar los hechos que la originaron y como afectaron a validez de la actuación, lo que no aconteció en el presente asunto, pues no se fundamentó porque razón la determinación del juez con funciones de control de garantías y su decisión de imponer una medida de aseguramiento en contra del señor HAM, hubieran afectado el debido proceso, lo cual simplemente se quedó en una propuesta de su representante judicial , sin que se hubiera demostrada ni la causal invocada, ni su trascendencia frente a la presunta afectación de los derechos del procesado, por el cual la petición elevada no está llamada a prosperar.

4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

La juez de conocimiento negó la solicitud de la defensora del procesado. Su argumentación se sintetiza así:

- La SP de la CSJ ha manifestado que las audiencias preliminares se deben adelantar preferentemente en el lugar de los hechos, conforme al artículo 39 del CPP.

- Citó las decisiones CSJ SP del 20 de abril de 2016 radicado AP 24 24 de 2016; del 26 de octubre de 2011 radicado 37689 y AP 2636 del 20 mayo de 2015, radicado 45747. .

- Según estos precedentes, la función de control de garantías puede ser ejercida por cualquier juez, que tenga esas funciones, pero la FGN debe tener un motivo razonable para acudir ante un juez distinto del sitio donde ocurrió el hecho, como se dijo en CSJ SP AP 26 de octubre de 2011 radicado 37674, ratificado en AP 3273 del 2 de junio de 2015, radicado 46125, salvo que exista una circunstancia especial que no permita acudir ante el juez del lugar donde se presentó la conducta punible, lo que se debe mirar en cada caso concreto, sin afectar las garantías del procesado.

- En este caso el delegado de la FGN sustentó su solicitud para que se adelantaran las diligencias preliminares en Pereira, aduciendo la falta de garantías personales y jurídicas para efectuarlas en Santa Rosa de Cabal, lo cual fue aceptado por el juez de Pereira, sin que se pueda controvertir esa decisión, que no tenía respaldo según la defensora, quien recurrió esa determinación, siendo negada su impugnación por falta de sustentación por el funcionario de segunda instancia quien de haber advertido que se presentaba la causal de nulidad invocada por la presunta falta de competencia del juez 2º penal municipal de Pereira, seguramente la habría declarado.

- Al tratarse de un asunto ya resuelto, la defensora solo estaba facultada para plantear la incompetencia de la juez de conocimiento para conocer del caso en la fase de juzgamiento.

- La solicitante no cumplió con la carga argumentativa para la solicitud de nulidad, pues debía señalar los fundamentos de hecho y de derecho que la motivaban, sin que esa presunta irregularidad - en este caso, la falta de competencia- sea suficiente para nulitar el proceso, máxime cuando también resulta necesario probar la ocurrencia de un acto tachado de anómalo, fuera de que tampoco hizo alusión a cuáles fueron las situaciones que presuntamente afectaron el derecho de defensa de su representado en las citadas audiencias preliminares.

- Las solicitudes de nulidad obligan a examinar los principios de taxatividad, convalidación y trascendencia. Frente a la taxatividad ya se advirtió que la defensa refirió que su petición se basaba en la violación al debido proceso y la trasgresión a los derechos fundamentales de su prohijado, en razón de la discusión planteada sobre la competencia del funcionario que intervino en las audiencias preliminares. En torno al principio de convalidación se pudo establecer que en etapa preliminar no se controvirtió el tema propuesto, por lo que el acto atacado fue revalidado por la peticionaria y no se cumplió el presupuesto de trascendencia, ya que la solicitante no argumentó sobre cuál fue la afectación de los derechos de su mandante, por lo actuado en las referidas audiencias.

- Si esas diligencias se hubieran adelantado en Santa Rosa de Cabal, los efectos hubiesen sido similares, salvo en lo relacionado con la libertad del encartado, lo que no tiene nada que ver con la nulidad solicitada, fuera de que la peticionaria ni siquiera probó la trascendencia de la presunta falta de competencia del juez de Pereira que presidió las audiencias preliminares.

- La nulidad es el último recurso al que se debe acudir para corregir los errores que se hayan cometido durante el proceso, y como en el asunto puesto en su consideración no se cumplen las exigencias para acceder a la solicitud elevada por la defensora, esta resultaba improcedente, ya que no se advertía una vulneración de los derechos a la defensa o al debido proceso del acusado.

La defensora del señor HAM interpuso el recurso de apelación contra esta determinación.

5. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON EL RECURSO PROPUESTO

7.1 Defensora del procesado (Recurrente)
(Sinopsis)

- La petición de nulidad se fundamentó en jurisprudencias de la SP de la CSJ y de la SP del TSP, relacionadas con los principios de trascendencia y protección.

- En el caso de su representado se vulneró el derecho al debido proceso, al incumplirse las reglas establecidas para la práctica de las audiencias preliminares, lo que igualmente generó una violación de su derecho de defensa, de lo cual se desprenden los principios de trascendencia y protección que se invocaron para la solicitud de declaratoria de nulidad, ya que no era suficiente con la "pobre" argumentación del delegado de la FGN quien invocó motivos como su propia seguridad o la del proceso, aduciendo que los despachos judiciales de Santa Rosa de Cabal quedaban al lado de la alcaldía, para justificar el hecho de haber presentado la solicitud de nulidad ante un juez de control de garantías de Pereira, lo que fue aceptado por ese funcionario, pese a que a las otras personas vinculadas a la investigación se les formularon cargos en la ciudad de las araucarias.

- Lo anterior significa que se vulneró el derecho al debido proceso de su representado, por lo cual la nulidad propuesta no tiene el propósito de dilatar el trámite del proceso.

- Solicitó tener en cuenta los argumentos que expuso inicialmente para solicitar la nulidad de la actuación a partir del momento de la legalización de la orden de captura de su defendido, para restablecer su derecho al debido proceso.

5.2 Delegada de la FGN (No recurrente)

- Las audiencias preliminares aludidas fueron llevadas a cabo únicamente respecto al señor HAM, porque en su contra obraba una orden de captura que se hizo efectiva, pues los otros coautores de las conductas ya estaban condenados por hechos similares y purgaban su pena en la cárcel del municipio de Santa Rosa de Cabal, por lo cual fueron remitidos al despacho donde se adelantaron sus audiencias preliminares.

- Lo trascendente en este caso es que el Juez 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira no afectó las garantías fundamentales enunciadas por la defensa.

- Como la judicatura ya se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la petición de nulidad de la defensa y no se allegaron nuevos elementos que permitan inferir la presunta trasgresión a las garantías fundamentales y procesales del señor HAM, se debe dejar incólume la decisión atacada.

5.3 Delegado del Ministerio Público (No recurrente)

- Con base en lo establecido en el auto 02/08/2017, radicado 50560 de la SP de la CSJ, considera que el recurso planteado por la defensa debe ser declarado desierto, pues atendiendo los mismos argumentos de la defensora

del procesado, su intención es que la SP del TSP revise la decisión de primer nivel, lo cual es propio del recurso de consulta o el acto de consulta, mientras que la apelación es un recurso que pretende la revocatoria de una determinación.

- Considera que existen falencias técnicas, no solamente en el planteamiento del recurso sino también en la argumentación de la solicitud de nulidad, ya que no basta con plantear la inconformidad con una decisión, sino que se deben atacar los puntos que la fundamentaron y la decisión en su estructura, situación que no aconteció dentro de la presente actuación pues solo hubo una manifestación de inconformidad de la recurrente, quien para argumentar su censura se remitió a los alegatos formulados en su petición de nulidad, sin controvertir los argumentos que usó la *A quo* para denegarla, fuera de que la censora nunca advirtió si cumplió o no cumplió con el principio de trascendencia al que aludió la juez de primer grado en su decisión.

- Se debe denegar el recurso interpuesto, frente a lo cual la impugnante puede hacer uso del recurso de queja.

- Aun de entenderse que existió cierto grado de sustentación del recurso con base en los principios de condescendencia o de caridad, lo real es que la censora no cumplió con la carga argumentativa que le era exigible para sustentar su pedimento de nulidad, pues no se demostró que el hecho de que las diligencias preliminares fueran conocidas por un juez diferente al de Santa Rosa de Cabal, hubiera vulnerado el derecho de defensa del ciudadano HAM, ya que se debe tener en cuenta que se trata de una localidad muy cercana, fuera de que el procesado tuvo todas las garantías y a falta de un abogado ha tenido dos, sumado a que el juez constitucional que conoció de la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que se le impuso, también garantizó sus derechos.

- En consecuencia su petición subsidiaria es que se confirme la decisión objeto del recurso.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta colegiatura es competente para pronunciarse sobre el recurso propuesto, en atención a lo que dispone el artículo 34-1 del CPP.

6.2 De conformidad con los argumentos expuestos por el recurrente, esta Colegiatura debe pronunciarse frente a dos temas específicos: i) si la defensa cumplió la carga argumentativa para dar trámite a la alzada, o si por el contrario el curso de apelación propuesto debe ser declarado desierto ante las falencias técnicas en su sustentación, como lo manifestó el delegado del Ministerio Público; y ii) de superarse el test de procedibilidad del recurso, se deberá establecer si se configuró una causal de nulidad por violación a garantías fundamentales del acusado HAM de conformidad con lo dispuesto en los artículos 456 y 457 del CPP, en razón de las actuaciones correspondientes a las audiencias preliminares que se adelantaron el 13

de febrero de 2019, ante el Juzgado 2º Penal Municipal con función de control de garantías de esta ciudad.

6.3 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone un recurso exprese ante el superior funcional los motivos de su inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

6.4 La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de exponer sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Sobre ese tema la Corte Constitucional ha expuesto lo siguiente:

> *"... El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituido en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*
>
> *Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen. (...)*
>
> *4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.*[6]

Por su parte, la SP de la CSJ ha manifestado:

> *"… Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.*
>
> *En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados…"*[7] (Subrayado fuera de texto).

[6] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo
[7] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

6.5 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, indicando por lo menos, cual o cuales fueron los errores en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia que ha planteado.

6.6 En el caso *sub examen,* el delegado del Ministerio Público manifestó que la recurrente no cumplió con dicha carga argumentativa, pues se limitó a indicar que se acogía a los planteamientos realizados al momento de elevar su solicitud de nulidad de la actuación desde el inicio de las audiencias preliminares, para lo cual hizo referencia únicamente a los motivos que la llevaron a formular esa petición, sin controvertir de manera concreta la decisión recurrida.

6.7 Sin embargo esta Colegiatura considera que hay lugar a pronunciarse sobre el recurso propuesto, tomando como base la solicitud de la defensora del señor HAM, porque en la parte final de su intervención como impugnante pidió que se tuvieran en cuenta los argumentos que expuso al fundamentar su solicitud de nulidad y en consecuencia y para poner fin a la discusión jurídica que la censora ya ha propuesto en varios escenarios, sobre el mismo tema que invocó, se acudirá al llamado "principio de caridad", referido en la decisión CSJ SP del 9 de septiembre de 2015, radicado 46235, donde se dijo lo siguiente:

> *"Acorde con la jurisprudencia de la Sala*[8]*, el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible*[9]*.*
>
> *Se trata de una forma de superar los yerros de sustentación a efectos de encontrar el verdadero sentido del recurso en procura de dar efectividad al derecho material subyacente. En ese orden, debe existir un ejercicio de fundamentación que, aunque impreciso, permita desentrañar el contenido de la censura.*
>
> *No obstante, si no se entregan razones para sustentar la impugnación o las suministradas son insuficientes para deducir una postura jurídica concreta frente al tema de debate, resulta imposible acudir a este principio para obviar falencias argumentativas."*

7. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO:

7.1 Con respecto al fundamento de la causal de nulidad reclamada por la recurrente, la misma se basa en el hecho de que las audiencias preliminares celebradas dentro del trámite de la referencia el 13 de febrero del año en curso, se llevaron a cabo ante al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, cuando en opinión de la impugnante se debieron haber realizado en Santa Rosa de Cabal donde ocurrieron los hechos investigados.

---

[8] Cfr. CSJ proveídos del 10/03/09 Rad. 30822; 01/07/09 Rad. 27397; 12/05/10 Rad. 33755; 20/10/10 Rad. 33022; 05/09/12 Rad. 39284, entre otros.
[9] Cfr. CJS SP 08/06/11 Rad. 35130.

En consecuencia su pretensión se fundamenta en la presunta violación del principio del juez natural, con efectos sobre los derechos al debido proceso y el derecho de defensa, por lo cual en su criterio se generó la causal de nulidad prevista en el artículo 457 del CPP, lo que obliga a dejar sin efectos la actuación a partir de la legalización de la captura del señor HAM.

7.2 Para resolver el dilema propuesto, hay que manifestar inicialmente que en el artículo 457 de la ley 906 de 2004 se encuentra establecida como causal de nulidad, la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. El citado artículo 457 es una cláusula procesal abierta, en la medida en que menciona genéricamente como causal de nulidad del proceso la vulneración del derecho de defensa. Por ello es necesario precisar ese concepto a partir de la jurisprudencia pertinente sobre la materia.

7.3 En los precedentes de la SP de la CSJ, se ha expuesto que la garantía de defensa no se contrae a la designación de un profesional del derecho para que represente nominalmente los intereses del enjuiciado, sino que requiere el cumplimiento efectivo de actos de gestión que materialicen la aspiración defensiva a que tiene derecho el sujeto pasivo de la acción penal, en ejercicio del derecho de contradicción y de los principios de intangibilidad, materialidad y permanencia que caracterizan el ejercicio de ese derecho.

7.4 Sin embargo, la comprobación de una irregularidad o deficiencia relacionada con la garantía del derecho de defensa, no genera *per se* la declaratoria de nulidad de la actuación, ya que la aplicación de ese remedio extremo se encuentra condicionado a los principios que gobiernan las nulidades procesales, cuales son, la instrumentalidad de las formas, trascendencia, protección, convalidación, naturaleza residual y taxatividad, sin que la nulidad pueda ser invocada por el sujeto procesal que dio lugar a la formación del error, salvo aquellos casos en que se alegue la causal de ausencia de defensa técnica.

7.5 En ese sentido, es necesario hacer un recuento de lo acontecido durante la audiencia celebrada el 13 de febrero de 2019 ante el Juzgado 2o Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, la cual fue considerada irregular por la defensora del señor HAM, pues según su criterio en ese acto se vulneraron las garantías procesales de su mandante, ya que el juez que cumplió la función de control de garantías carecía de competencia territorial para asumir el conocimiento de esas diligencias.

Del examen del registro de esa actuación se desprenden las siguientes situaciones:

7.5.1 Luego de que las partes se identificaran, y se le concediera el uso de la palabra al delegado de la FGN para que sustentara su petición, el juez 2º penal municipal con funciones de control de garantías de Pereira, interrogó al delegado de la FGN sobre el lugar donde habían acontecido los hechos investigados, quien al respecto expuso lo siguiente: i) la unidad 28 seccional de delitos contra la administración pública investiga sucesos acontecidos en todos los municipios del departamento de Risaralda; ii) se vio en la obligación de radicar la solicitud de práctica de esas audiencias en Pereira para que fuera repartida entre los jueces

municipales con función de control de garantías de esta ciudad; iii) los jueces con funciones de control de garantías tienen competencia en todo el territorio nacional; iv) existían razones de seguridad personales y procesales para la radicación de las diligencias en esta cabecera municipal; y v) los hechos ocurrieron en Santa Rosa de Cabal pero presentó su solicitud en esta localidad tenido en cuenta las razones antes referidas.

7.5.2 Seguidamente intervino la abogada que representa los intereses del señor HAM, quien se pronunció así: i) el artículo 39 del CPP hace referencia a la competencia y al juez natural; ii) los hechos se ejecutaron en el municipio de Santa Rosa de Cabal y allí se contaba con un juez con función de control de garantías, quien estaba pendiente de que fueran radicadas allí esas diligencias pues tenía conocimiento sobre la captura del señor HAM; iii) no existía una razón de peso, como una asonada, un paro u otro tipo de situaciones que impidieran la realización de las diligencias en esa localidad; iv) de conformidad con la jurisprudencia de la SP de la CSJ, la FGN no podía radicar ese tipo de solicitudes de manera arbitraria o caprichosa en cualquier despacho judicial, pues se afectaría la imparcialidad del fiscal e incluso afectaría el derecho a la defensa, ya que la función de control de garantías debe ser asignada de manera preferente al juez del lugar donde acontecieron los sucesos investigados; v) hizo mención de las excepciones a esa regla general; vi) en este caso concreto se debía tener en cuenta que al señor HAM se le está adelantando otro proceso, lo cual no ha sido obstáculo para que la FGN radique sus solicitudes en Santa Rosa de Cabal, ni existe alguna imposibilidad para que su delegado intervenga en procesos que se tramitan en esa villa; vii) no entendía la razón por la cual el delegado de la FGN hizo referencia a presuntas amenazas, cuando su labor la ejerce a lo largo del departamento de Risaralda, ni porqué mencionaba algún tipo de impedimento para que las audiencias previas se adelantaran en Santa Rosa de Cabal; y viii) el representante de la FGN tenía que acreditar las razones que invocó para radicar su solicitud en esta ciudad.

7.5.3 El delegado de la FGN complementó su intervención de la siguiente manera: i) en ningún momento hizo referencia a amenazas en su contra, pero si argumentó razones de seguridad personal y procesal, con el fin de garantizar el debido proceso ya que el señor HAM es una figura pública en Santa Rosa de Cabal y los despachos judiciales de esa localidad están ubicados en la sede de la Alcaldía de ese municipio; ii) no considera que la judicatura de esa localidad pudiera tener algún tipo de injerencia frente a lo planteado, pero si existían motivos de seguridad personal y procesal que debían ser salvaguardados; iii) la solicitud de audiencias preliminares fue sometida a reparto entre los 7 jueces con funciones de control de garantías de Pereira; y iv) hizo referencia a la contabilización de los términos procesales para legalizar una captura, para considerar que realizar el traslado de las diligencias a otro despacho generaría un desgaste procesal.

7.5.4 El Juez 2º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Pereira decidió asumir el conocimiento de las diligencias, por las siguientes razones: i) existen ciertas circunstancias por las cuales se puede acudir a un juez de control de garantías diferente al del lugar donde acontecieron los hechos, sin que se afecte el derecho de defensa y ii) en el presente caso la cercanía entre Santa Rosa de Cabal y Pereira y la presencia de todas las partes en ese acto público permitían inferir que

se podían celebrar las audiencias, atendiendo a las razones expresadas por el delegado de la FGN, sin que se vulnerara el derecho a la defensa del señor HAM.

7.5.5 El delegado de la FGN dijo que estaba conforme con la decisión (H: 00:14:55). **En ese mismo sentido se manifestaron la defensora del señor HAM, (quien funge como recurrente en esta actuación) (H: 00.14:57) y el delegado del Ministerio Público (H: 00:15:02);** luego de lo cual continuó el trámite normal de la audiencia.[10]

7.6 En atención a lo expuesto, esta Sala considera que pese a que los sucesos investigados ocurrieron en Santa Rosa de Cabal, el hecho de que el juez 2º penal municipal con funciones de control de garantías de Pereira hubiera asumido la competencia para celebrar las audiencias preliminares radicadas por parte del Fiscal 28 Seccional contra el señor HAM, no generó ninguna vulneración de las garantías al debido proceso y al derecho de defensa que le asiste al procesado, máxime si su misma defensora convalidó la decisión del juez de garantías de asumir el conocimiento de esas audiencias preliminares, por lo cual resulta aplicable el citado principio que se conoce también como de subsanación o integración.

7.7 En consecuencia queda claro que la conformidad de la recurrente con lo decidido por el Juez 2º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Pereira, al asumir la competencia para conocer las referidas audiencias preliminares, saneó cualquier eventual vicio que se pudiera predicar de esa actuación.

7.8 Sobre el tema hay que indicar que existe un principio de progresividad y de preclusividad de los actos procesales y por ello cada petición y cada intervención dentro del proceso, tiene una oportunidad previamente definida, la cual no puede hacerse extensiva a momentos no establecidos, y ello tiene su fundamento en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la lealtad procesal, no sólo entre las partes sino frente al juez en todos sus niveles.

7.9 En ese sentido se considera que si la apoderada del señor HAM aceptó la decisión del juez 2º con funciones de control de garantías de esta ciudad de llevar a cabo las audiencias preliminares, en ese mismo momento se consolidó ese acto jurídico, frente a lo cual debe decirse que la misma togada que funge como recurrente hizo uso de otros mecanismos ajenos al proceso que se tramita contra su representado, que le fueron infructuosos, hasta llegar a formular la solicitud de nulidad que fue denegada en este caso por la juez penal del circuito de Santa Rosa de Cabal, actuando como funcionaria de conocimiento.

7.10 Aunado a lo anterior, la recurrente no cumplió con la carga argumentativa de indicar cuál fue el efecto que tuvo la realización de las audiencias preliminares en la ciudad de Pereira y la manera en la que se afectó el derecho de defensa y el debido proceso del señor HAM, como para acreditar una violación de esas garantías que permitiera sustentar la petición de nulidad que invocó, por lo cual no se advierte la existencia de alguna situación irregular que afecte el trámite del proceso que se adelanta ante la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, que es la

[10] Ver acta Folio 22.

funcionaria competente para presidir la fase del juicio en el presente caso, por lo cual se confirmará la decisión de primer grado en lo que fue objeto de impugnación.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la decisión adoptada por el 13 de septiembre de 2019 por la Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en lo que fue objeto del presente recurso.

SEGUNDO: La presente determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

TEMAS: **HURTO CALIFICADO / PRISIÓN DOMICILIARIA / NO APLICA PARA LOS DELITOS ENLISTADOS EN EL ARTÍCULO 68A DEL CÓDIGO PENAL / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / PRINCIPIO DE CARIDAD.**

… el acceso a la segunda instancia no es una garantía procesal que opera per se, debido a que el apelante debe cumplir a cabalidad con una serie de obligaciones o cargas procesales que en caso de ser pretermitidas, le impedirían al funcionario Ad quem pronunciarse sobre los tópicos objeto de alzada…

… si bien el requisito de la sustentación de una alzada no exige ninguna técnica especial, no podemos desconocer que el recurrente, por obvias razones, tiene la carga de manifestar de manera clara, lógica, concisa y precisa las razones tanto de hecho como de derecho por las cuales se siente inconforme con la decisión opugnada…

… la Sala podría considerar que el apelante no cumplió con la carga procesal que le asistía de sustentar en debida forma el recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia condenatoria… Sin embargo, la Colegiatura no puede desconocer que quien acudió al recurso de alzada en este asunto es el Procesado, de quien se presume que no tiene amplios conocimientos jurídicos, por lo que en lo que atañe con la sustentación de una alzada, no se le pueden exigir los mismos rigores que se esperan de una persona versada en ciencias jurídicas. (…)

… el procesado JABT no puede hacerse merecedor de la prisión domiciliaria porque no se cumplen con uno de los requisitos exigidos por el # 2º del artículo 38B del Código Penal, modificado por el artículo 23 de la Ley # 1709 de 2.014 , por cuanto el reato por el cual se declaró la responsabilidad penal del encausado: hurto calificado, en grado de tentativa, se encuentra dentro del listado de delitos consagrados en el artículo 68A C.P. para los cuales está prohibida la concesión de subrogados y sustitutos penales, entre ellos la prisión domiciliaria, la cual, como lo ordena el artículo 36 C.P. es una pena sustitutiva de la pena de prisión.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA

Pereira, primero (1º) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)
Aprobado por acta # 1001
Hora: 3:40 p.m.

Procesado: JABT
Delitos: Hurto calificado, en grado de tentativa
Rad. # 66001 60 00 035 2019 00165 01
Procede: Juzgado 3º Penal Municipal de Pereira con funciones de Conocimiento
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por el Procesado en contra de la sentencia que declaró su responsabilidad penal

Temas: Falta de sustentación del recurso de alzada y principio de caridad
Decisión: Confirma fallo opugnado

ASUNTO:

Se pronuncia la Sala en torno al recurso de apelación interpuesto por parte del Procesado **JABT**, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Conocimiento en las calendas del 30 de julio de hogaño, mediante la cual lo declaró penalmente responsable de incurrir en la comisión del delito de tentativa de hurto calificado.

ANTECEDENTES:

De conformidad con la información obrante en la actuación procesal, se tiene que a eso más o menos de las 21:00 horas del 19 de enero del año que transcurre, a la altura de la Cra. 6 con Cll. 24 de esta municipalidad, el ahora procesado JABT fue capturado en flagrancia por efectivos de la Policía Nacional, toda vez que dicho ciudadano, momentos antes, le había hurtado un celular Huawei P10 de color gris, avaluado en la suma de $1’500.000, al ciudadano HERNÁN DARÍO HERRERA PÉREZ, a quien intersectó cuando se dirigía a su domicilio, para luego intimidarle con causarle un daño sí no le entregaba todo lo que llevaba consigo.

SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:

1) El 21 de enero de 2019, la Fiscalía, bajo la egida del procedimiento penal especial abreviado, consagrado en la Ley # 1826 de 2017, corrió traslado de la acusación al entonces Indiciado JABT, a quien inicialmente se le endilgó el cargo de hurto calificado y agravado en calidad de autor a título de dolo. En esa oportunidad se le explicaron al Procesado las posibilidades que tenía ante el reproche enrostrado por el Ente Acusador, y las rebajas punitivas a las cuales podría hacerse acreedor en caso de aceptar su compromiso criminal en el delito investigado, ante lo cual el señor JABT decidió de manera libre, consciente y voluntaria, allanarse a dichos cargos. Es de anotar que finalmente se consignó en el acta de allanamiento que el cargo aceptado era el de *hurto calificado en grado de tentativa*, tipificado en los artículos 239 inciso 2º y 240 inciso 2º del Código Penal.

2) El conocimiento del asunto le correspondió por reparto del 23 de enero de 2019 al Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira con Funciones de Conocimiento, Despacho que convocó a las partes para la realización de la audiencia concentrada.

3) La diligencia de marras se llevó a cabo en las calendas del 16 de julio de 2019, en esa ocasión la Fiscalía hizo referencia a los términos en los que el señor JABT se acogió a la figura del allanamiento a cargos en la diligencia de traslado del escrito de acusación, y aclaró que el acusado indemnizó los perjuicios en favor de la víctima.

4) Posteriormente, el Despacho Cognoscente procedió a verificar la aceptación del cargo enrostrado, y paso seguido agotó el trámite consagrado en el artículo 477 del Código de Procedimiento Penal. Finalmente anunció el sentido del fallo, que resultó ser de carácter condenatorio y fijó fecha para la audiencia de lectura de decisión el día 30 de julio de 2019.

EL PROVEÍDO CONFUTADO:

Como se anunció en párrafos precedentes, se trata de la sentencia proferida por parte del Juzgado Tercero Penal de Pereira Municipal con Funciones de Conocimiento en las calendas del 30 de julio de 2019, mediante la cual se declaró la responsabilidad penal del señor JABT, por incurrir en el delito de hurto calificado, conducta tipificada en los artículos 239 inciso 2º y 240 inciso 2º del Código Penal, en grado de tentativa, a voces del artículo 27 *Ejusdem*, decisión que se profirió en concordancia con el allanamiento a cargos al que se sometió el aludido ciudadano durante la diligencia de traslado del escrito de acusación, aceptación que fue verificada por el Despacho de instancia en la audiencia correspondiente.

Es de anotar que el Juzgado de primer nivel se abstuvo de conceder en favor del condenado la suspensión condicional de la ejecución de la pena reclamada por la Defensa, por estar en presencia de una de las conductas delictivas que, según lineamientos del artículo 68A del Código Penal, está excluida del reconocimiento de ese tipo de beneficios.

LA ALZADA:

Inconforme con la sentencia de instancia, el Procesado JABT presentó en término un memorial mediante el cual presentó recurso de apelación. La tesis principal de su discrepancia, gira en torno a que se le conceda la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural, consagrada en el artículo 38 del Código Penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

- Competencia:

La Sala es competente para resolver la presente alzada, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P., puesto que estamos en presencia de un recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia proferida en primera instancia por un Juzgado Penal Municipal que hace parte de este Distrito judicial; sin avizorarse mácula en el procedimiento que vicie de nulidad lo actuado.

- Problema jurídico:

De los argumentos esgrimidos por el apelante en su alzada se desprende el siguiente problema jurídico a resolver:

¿Estarán reunidos en el presente asunto los presupuestos de ley necesarios para poder conceder en favor del señor JABT el mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria, consagrado en el artículo 38 del Código Penal?

De igual manera, considera la Sala que en el caso que nos ocupa surge un problema jurídico colateral:

¿Se habrá presentado una debida argumentación del recurso de alzada, que otorgue competencia a la Colegiatura para poder desatar dicha apelación?

- Solución:

Antes de entrar a dar solución al problema jurídico principal, la Sala considera que es necesario resolver la problemática coyuntural relacionada con la sustentación de la alzada, toda vez que de ello depende la posibilidad de continuar con el estudio de fondo respecto a la pretensión principal que se desprende del recurso promovido por el apelante.

En ese orden, y como punto de partida, debemos recordar que el recurso de apelación hace parte de ese cúmulo de garantías consagradas en el artículo 29 de la Constitución, como una de las manifestaciones del debido proceso, en cuya virtud, acorde con los postulados del principio de contradicción, se le permite a las partes e intervinientes en una actuación procesal, que se encuentren inconformes con una decisión que afecte sus intereses procesales, la posibilidad de poner en conocimiento dicha inconformidad a un funcionario de mayor jerarquía de aquel que emitió la decisión confutada, quien estaría habilitado para dirimir la controversia, de conformidad con los temas de disenso planteados por el apelante.

Sin embargo, el acceso a la segunda instancia no es una garantía procesal que opera *per se,* debido a que el apelante debe cumplir a cabalidad con una serie de obligaciones o cargas procesales que en caso de ser pretermitidas, le impedirían al funcionario *Ad quem* pronunciarse sobre los tópicos objeto de alzada. Recordemos entonces que entre las cargas que debe asumir el recurrente, se encuentran las siguientes:

1) La interposición y sustentación del recurso dentro de los términos o plazos establecidos para tal fin.

2) Que la decisión opugnada sea susceptible del recurso de alzada.

3) ***La correcta o debida sustentación del recurso.***

4) El interés jurídico o la legitimación para recurrir.

Al aplicar lo antes expuesto al caso en estudio, observa la Sala que el recurso de apelación fue interpuesto y sustentado dentro de los plazos legales, en contra de una providencia que en efecto era susceptible de alzada, aunado a que el recurrente tenía interés para interponer la apelación; sin embargo, en criterio de la Colegiatura, la alzada carece del cumplimiento del requisito de la debida sustentación, por lo que la misma, en principio, podría ser declarada desierta acorde con lo consignado en el artículo 179A del C. de P. P.

Lo anterior, por cuanto si bien el requisito de la sustentación de una alzada no exige ninguna técnica especial, no podemos desconocer que el recurrente, por obvias razones, tiene la carga de manifestar de manera clara, lógica, concisa y precisa las razones tanto de hecho como de derecho por las cuales se siente inconforme con la decisión opugnada, y es indiscutible que ante la segunda instancia debe expresar argumentos noveles con los cuales se pretenda rebatir lo decidido por el *A quo*, porque de lo contrario se desnaturalizaría la razón de ser de la segunda instancia, al trasladarle al *Ad quem* la misma controversia que en un principio fue puesta a consideración del funcionario Cognoscente.

Con respecto a la obligación de sustentar en debida forma una alzada, la Corte se ha expresado de la siguiente forma:

> "*Conforme se desprende de la norma transcrita, no se somete a duda alguna, la necesidad de sustentar la impugnación, pero la misma norma es clara en señalar que no basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende…*"[1].

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, la Sala observa que la discrepancia propuesta por el apelante tiene que ver con la orden dada por el Juzgado *A quo* de recluirlo en un establecimiento carcelario, como consecuencia de la no concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y para lo cual clama que en su favor se le conceda la prisión domiciliaria, beneficio del que insinúa que ha venido gozando por haber perpetrado otra delincuencia. Pero vemos que el apelante en su argumentación no expone las razones de hecho como de derecho por las que debería hacerse merecedor de la aludida pena substituta, razón por la que la Sala podría considerar que el apelante no cumplió con la carga procesal que le asistía de sustentar en debida forma el recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia condenatoria, lo que en un principio conllevaría a que en virtud de lo consagrado en el ya aludido artículo 179A del C. de P. P. se proceda a declarar desierto el recurso de apelación. Sin embargo, la Colegiatura no puede

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia 2ª Instancia del 28 de septiembre de 2011. Rad. # 37258. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

desconocer que quien acudió al recurso de alzada en este asunto es el Procesado, de quien se presume que no tiene amplios conocimientos jurídicos, por lo que en lo que atañe con la sustentación de una alzada, no se le pueden exigir los mismos rigores que se esperan de una persona versada en ciencias jurídicas.

Ante tal situación, la Colegiatura considera que las deficiencias en las que incurrió el apelante en la sustentación de la alzada, pueden ser enmendadas a través de la aplicación del principio de *"Caridad", «Bajo el entendido de que cuando no ostenta preparación jurídica y no está representada por profesional del derecho, puede admitirse la apelación superando los defectos de fundamentación en aras de garantizar el contradictorio, siempre y cuando exprese las razones del disenso con lo decidido…»*[2]. En ese sentido, de la breve argumentación con la cual sustentó la alzada el señor JABT, por lo menos se puede comprender que su propósito no es otro que el de hacerse acreedor de Prisión Domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión intramural, de tal suerte que la Sala, entendiendo cuál es el *quid* de la discrepancia, dará paso al estudio de dicho asunto.

Desde ya la Sala dirá que el procesado JABT no puede hacerse merecedor de la prisión domiciliaria porque no se cumplen con uno de los requisitos exigidos por el # 2º del artículo 38B del Código Penal, modificado por el artículo 23 de la Ley # 1709 de 2.014[3], por cuanto el reato por el cual se declaró la responsabilidad penal del encausado: hurto calificado, en grado de tentativa, se encuentra dentro del listado de delitos consagrados en el artículo 68A C.P. para los cuales está prohibida la concesión de subrogados y sustitutos penales, entre ellos la prisión domiciliaria, la cual, como lo ordena el artículo 36 C.P. es una pena sustitutiva de la pena de prisión.

Acorde con lo anterior, la Sala puede concluir sin asomo de duda que no se puede acceder a la pretensión que por vía de alzada ha sido deprecada por el procesado JABT, porque, como ya se dijo, como consecuencia del reato por el que se declaró penalmente responsable, no se cumplen con los requisitos para que la pena de prisión impuesta en su contra sea sustituida por prisión domiciliaria.

Siendo así las cosas, al no asistirle la razón a la tesis de la inconformidad expresada por el apelante, a la Colegiatura no le queda otra opción diferente que la de confirmar el fallo opugnado.

Como anotación final, acorde con lo reglado en el artículo 545 C.P.P., la Sala se abstendrá de llevar a cabo una audiencia de lectura del presente fallo de 2ª instancia, razón por la cual convocará a las partes y demás intervinientes a la Secretaría, a fin de hacerles entrega de copia de este proveído, o en su defecto, acorde con lo regulado en el artículo 546 ibídem, se procederá a remitir por correo electrónico copias del presente fallo.

---

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 19 de febrero de 2014. AP648-2014. Rad. # 42667.
[3] 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira, con Funciones de Conocimiento, en las calendas del 30 de julio de hogaño, mediante la cual lo declaró penalmente responsable al Procesado **JABT,** por haber incurrido en la comisión del delito de Hurto Calificado en grado de Tentativa.

SEGUNDO: DECLARAR que contra de la presente decisión procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en la oportunidad de Ley.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia:	Sentencia - 2ª Instancia – 24 de enero de 2017
Radicación Nro. :	66001 60 000 35 2011 03024 01
Procesados:	ANDREA DE JESÚS HIGUITA QUIÑÓNEZ / JHON JAIRO VÁSQUEZ PÉREZ
Proceso:	Penal - Confirma sentencia condenatoria frente a la apelación formulada por Andrea de Jesús Higuita Quiñonez y declara desierto el recurso formulado por Jhon Jairo Vásquez Pérez
Magistrado Sustanciador:	JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Temas: **HOMICIDIO Y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS O MUNICIONES, A TÍTULO DE DOLO.** "[Los] testimonios no tenían otro objeto que confirmar la coartada del señor Vásquez Pérez, que se encuentra desvirtuada por el contundente señalamiento que hizo el testigo Didier Lenis acerca de la participación del acusado en el homicidio de Carlos Andrés Cardona, por lo cual se compulsarán copias para que los señores Carlos Adrián Buitrago Toro y Dagoberto Marulanda sean investigados por la conducta punible de falso testimonio. Debe agregarse igualmente que la responsabilidad del señor Vásquez en los hechos, tampoco resulta desvirtuada, por el testimonio entregado por José Plinio Flórez Marín, quien se limitó a manifestar que en ejercicio de sus labores como taxista, fue abordado por un joven en el sector de "Frailes", el 13 de agosto de 2011, para que llevara a hacia "Santa Teresita"; que el citado joven les decía a los pasajeros que si "iban bien"; que supo que habían matado a alguien en ese sitio; que se preocupó porque pensó que los autores del hecho habían sido los jóvenes que recogió; que las personas que recogió no comentaban nada raro y que le pareció "sospechosa la carrera" por el aspecto de los pasajeros, narración que como se observa no aportó ningún dato significativo para la investigación. En conclusión, la prueba presentada por la defensa de Andrea de Jesús Higuita Quiñones, no goza de mayor entidad, como para afectar el poder de convicción que generan las evidencias introducidas al juicio, por la FGN, que demuestran que la señora H.Q., fue la persona que citó a Carlos Andrés Cardona Martínez en la discoteca "La Farra", lugar donde le dieron muerte y que fue vista en sus inmediaciones en compañía del señor Jhon Jairo Vásquez Pérez, que fue la persona quien disparó en contra del ofendido, por lo cual se puede llegar la conclusión de que la procesada prestó una ayuda o contribución para la realización de dicho homicidio, mediando un acuerdo previo a la realización de las conductas investigadas, en los términos del tercer inciso del artículo 30 del C.P., por lo cual se confirmará la sentencia que se dictó en su contra en primera instancia.".

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 1116 del quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)
Pereira, veinticuatro (24) de enero de dos mil diecisiete (2017)
Hora: 09:29 a.m.
.

Radicación	66001 60 000 35 2011 03024 01
Procesados	Andrea de Jesús Higuita Quiñónez Jhon Jairo Vásquez Pérez
Delito	Homicidio y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones
Juzgado de conocimiento	Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira
Asunto	Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia de primera instancia de fecha 29 de enero de 2014

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados Andrea de Jesús Higuita Quiñones y Jhon Jairo Vásquez Pérez, en contra de la sentencia del 29 de enero de 2014, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, en traslado temporal al municipio de Dosquebradas, Risaralda, mediante la cual se condenó a los citados, por la comisión de los delitos de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios o municiones, a título de dolo. El señor Vásquez Pérez fue sentenciado como autor de esas conductas punibles, mientras que la señora Higuita Quiñones, lo fue en calidad de cómplice.

2. ANTECEDENTES

2.1. El acontecer fáctico fue reseñado así en el escrito de acusación:

> "…*El día 12 de agosto de 2011, siendo aproximadamente las 20:40 horas, el policial de servicio de la subestación de Frailes, reporta varias detonaciones al parecer por arma de fuego, al llegar al sitio encuentran a una persona sin vida tendida en el piso frente al establecimiento comercial de razón social "La Farra", ubicado en la manzana A casa I barrio Santiago Londoño de la ciudad de Dosquebradas, la persona mencionada en vida respondía al nombre de CARLOS ANDRÉS CARDONA MARTÍNEZ.*
>
> *Realizada la indagación correspondiente se estableció con los EMP, EF e ILo, que la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones, a través de una llamada, hizo que la víctima llegara hasta el establecimiento comercial indicado, donde lo estaba esperando CARLOS ANDRÉS CARDONA MARTÍNEZ, para proceder a quitarle la vida de cuatro disparos. Se pudo establecer que las personas mencionadas obraban de común acuerdo para cumplir con el fin propuesto…"*[1]

2.2 En el caso de Jhon Jairo Vásquez Pérez, las audiencias preliminares se adelantaron el 20 de diciembre de 2011. Se le impuso medida de aseguramiento por homicidio agravado (artículos 103, 104numerales 4º y 7º) y violación del artículo 365 del C.P.[2]. En lo que tiene que ver con la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones, la imputación se realizó de igual forma, aunque en el caso del *contra jus* de homicidio, solo se incluyó el numeral 7º del artículo 104 del C.P. (arts. 103 y 104 #4 del C.P.). Se incluyó la circunstancia de mayor punibilidad por coparticipación criminal (art. 58 # 10 del C.P)[3].Se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

1 Folios 16-20
2 Folios 3 a 4
3 Folios 5 a 7

La acusación se formuló en los mismos términos, con excepción de la causal de agravación prevista en el numeral 4º del artículo 104 del C.P. y como coautores de esas conductas.[4]

2.3 El conocimiento del asunto le correspondió inicialmente al que en ese entonces era el Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas. La titular de ese despacho se declaró impedida para adelantar la etapa de juicio, debido a que había actuado como Juez de Garantías en segunda instancia[5], razón por la cual el proceso fue remitido al Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad, y allí por reparto le correspondió asumir el conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 30 de abril de 2012. Se formularon los mismos cargos del escrito de acusación[6].La audiencia preparatoria se cumplió en sesiones del 25 de junio, 13 de julio y 22 de agosto de 2012[7]. El juicio oral se efectuó durante los días 3, 4 y 5 de octubre de ese mismo año. Al finalizar se anunció sentido del fallo de carácter condenatorio, por los delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego o municiones.[8]

2.4 El 29 de enero de 2014, se dictó la sentencia de primera instancia, en la que se adoptaron las siguientes decisiones: i) condenar a Jhon Jairo Vásquez Pérez, a la pena de 230 meses de prisión por haber sido hallado responsable en calidad de autor de las conductas de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; ii) condenar a Jhon Jairo Vásquez Pérez, a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 230 meses; iii) condenar a Andrea de Jesús Higuita Quiñones, a la pena de 180 meses de prisión por haber sido hallada responsable de las conductas de homicidio y porte de armas de fuego de defensa personal en calidad de cómplice; iv) condenar a Andrea de Jesús Higuita a la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 180 meses; v) negar a Jhon Jairo Velásquez Pérez y Andrea de Jesús Higuita Quiñones la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Frente a la decisión de primer nivel, los defensores de los incriminados interpusieron recurso de apelación para ser sustentado por escrito dentro del término de Ley.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROCESADOS

Andrea de Jesús Higuita Quiñones, identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.133.107, expedida en Pereira, nació el 28 de enero de 1978 en esta capital, es conocida con el sobrenombre de “La Mona”, de estado civil casada, es hija de Leticia y Jairo de Jesús.

Jhon Jairo Vásquez Pérez, se identifica con la cedula de ciudadanía No. 18.503.303 de Dosquebradas, nació el 24 de diciembre de 1969 en Santa

4 Folio 17
5 Folios 23-24
6 Folios 32-35
7 Folios 50-51, 53-55 y 60-69
8 Folios 89-104

Rosa de Cabal, Risaralda, es conocido como “Chunco”, y es hijo de Fanny y Mario.

4. SOBRE LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO.

4.1 El juez de primer grado hizo un análisis sobre cada una de las estipulaciones probatorias y las pruebas documentales y testimoniales legalmente incorporadas en la audiencia de juicio oral, concluyó lo siguiente:

- La muerte de Carlos Andrés Cardona Martínez, quedó debidamente demostrada, con el informe pericial de necropsia de fecha 13 de agosto de 2011, suscrito por el forense Jorge Federico Gartner Vargas, el cual fue introducido como estipulación probatoria; allí se consigna que la muerte ocurrió el día 12 de agosto de 2011. En el cadáver se encontraron cinco heridas producidas por proyectil de arma de fuego, con mecanismo de muerte: choque neurogénico e hipovolémico. Causa de la muerte: heridas en el cerebelo, ambos pulmones y la arteria pulmonar derecha producidas por proyectiles de arma de fuego. Manera de muerte: Violenta. Así mismo se probó el fallecimiento con el acta de inspección técnica a cadáver incorporada con el servidor de la Policía Nacional Jorge Iván Pantoja Varón.

- En el cuerpo de Carlos Andrés Cardona Martínez se encontraron orificios producidos por proyectil de arma de fuego, dos de los cuales se recuperaron, que se sometieron al estudio técnico respectivo, realizado por el perito Wilson Sanabria Sierra, quien concluyó que corresponden al calibre .38 special y son de los comúnmente disparados con arma de fuego de funcionamiento mecánico tipo revolver del mismo calibre. Ese documento fue introducido como estipulación probatoria.

- La Fiscalía probó que Jhon Jairo Vásquez Pérez y Andrea de Jesús Higuita Quiñones carecían de permisos para portar arma de fuego, según certificación emanada del batallón de artillería No. 8 “Batalla de San Mateo” de fecha 2 de noviembre de 2011, suscrito por el Mayor Abdala Avila Sudky Said, la cual se presentó como estipulación probatoria.

- Quedó probado que los acusados y la víctima se conocían no sólo por la vecindad de los barrios Libertadores y La Mariana en donde residían, sino porque como lo dijo la señora Higuita, ésta tuvo un romance con el señor Carlos Andrés y además, porque ejercían actividades relacionadas con estupefacientes. Las tres personas también eran conocidas por Didier Alejandro Lenis Moncada, quien presenció la muerte de su amigo “queco” en la discoteca “La Farra”.

- No quedó duda en el sentido de que los acusados fueron los responsables del homicidio de Carlos Andrés Cardona, pues fueron señalados directamente por el testigo Lenis Moncada, quien inicialmente vio a Andrea de Jesús “La Mona” conversando con su

amigo, cerca del establecimiento donde posteriormente fue ultimado por Jhon Jairo a. "Chunco". No hubo confusión en este testigo como lo afirmó la defensa, ya que en sus diferentes intervenciones siempre pregonó la misma versión.

- Se dijo que el móvil del homicidio se derivó del hecho de que Carlos Andrés Cardona se negaba a participar en actividades ilícitas relacionadas con el comercio de estupefacientes que realizaban personas del barrio Libertadores e impedía esos actos, por lo cual tanto el occiso, como su familia fueron víctimas de diferentes atentados en su vivienda, por lo cual el 11 y 12 de agosto de 2011 tuvieron que cambiar de residencia, tal como lo testificaron sus padres Luz Marina y Eulises, y su tía Ruby Maribel Martínez Ríos.

- El testigo directo advirtió al igual que la señora Ruby Maribel (tía del ultimado), que el día de los hechos Carlos Andrés recibió una llamada de Andrea de Jesús Higuita, quien lo citó al sector de "Frailes", en Dosquebradas, para que le colaborara con la venta de un vehículo. Sin embargo ante los diferentes atentados y la desconfianza en la acusada, aquella le sugirió a Didier Alejandro Lenis que acompañara a su sobrino y se fueron en un taxi. Primero descendió Carlos Andrés, quien dialogó como Andrea de Jesús, luego ingresó a la discoteca "La Farra" y como su amigo se demoraba, Didier Alejandro acudió al sitio, pero Jhon Jairo Vásquez se le adelantó, entró al establecimiento y le disparó a Carlos Andrés, quien se encontraba de pie.

- No puede pedirse más claridad en el caso, ya que la presencia de Carlos Andrés Cardona y de Didier Alejandro Lenis en ese sitio no fue casual. Por el contrario, acudieron en razón del llamado que les hizo la señora Higuita. Era tanta la desconfianza que había, que la propia tía del occiso, fue quien le sugirió la compañía del joven Lenis.

- No se puede decirse que se trate de un montaje para endilgar la responsabilidad a los procesados, pues todos los sucesos conducen a pregonar lo contrario.

- La declaración de Aldinever Bermúdez Hernández, administrador de la taberna, se torna imprecisa pues según las fotografías que utilizó para explicar sus dichos, manifestó que la víctima estaba sentada y que el agresor le disparó desde el andén del establecimiento, sin ingresar al mismo, Sin embargo, si se analizan los documentos usados, se puede concluir que no es posible aceptar esta explicación, porque la trayectoria de los proyectiles en el cuerpo, según lo dijo el médico legista, tenían dirección ínfero-superior, es decir de abajo hacia arriba, y si se aceptara la versión del testigo, los disparos tendrían que tener un plano horizontal, lo que representa una contradicción palmaria. Además dos de los proyectiles tuvieron orificio de salida tanto en la zona escapular derecha e izquierda, y ¿si el occiso estaba sentado junto a la pared, dando la espalda, como lo señaló el deponente, por qué motivo no figuran huellas en la pared de impactos?. Es por esto, que la exposición del testigo Didier Alejandro Lenis toma fuerza,

cuando relata que el ofendido se encontraba de pie y fue atacado en esta posición, siendo así posible explicar las trayectorias y las direcciones de los proyectiles, señaladas por el perito.

- No puede olvidarse que los padres y la tía de Carlos Andrés Cardona Martínez y Didier Alejandro Lenis Moncada, habían recibido amenazas si declaraban en este proceso, los tres primeros por parte de Andrea de Jesús Higuita Quiñones, y el último por intermedio de Ronald, un hijo de Jhon Jairo Vásquez Pérez.

- A pesar de los esfuerzos de la defensa para probar que sus representados se encontraban en lugares diferentes cuando ocurrieron los hechos, se concluye que se trata de coartadas que no prosperaron, pues el señalamiento hacia los acusados es contundente por parte de un testigo que los conocía plenamente de tiempo atrás y no hay lugar a confusión.

4.2 Luego de hacer el ejercicio de dosimetría penal, se le fijó al procesado Jhon Jairo Vásquez Pérez, una pena de 230 meses de prisión al hallarlo responsable como autor a título de dolo de los punibles de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; mientras que a la procesada Andrea de Jesús Higuita Quiñones, se le encontró responsable a título de dolo y en calidad de cómplice de idénticos ilícitos, y se le impuso una pena principal de 180 meses de prisión. Para ambos se impuso como pena accesoria, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena principal. No se les concedió la condena de ejecución condicional, ni la prisión domiciliaria, y en consecuencia, se revocó la detención domiciliaria de que venía gozando la señora Higuita Quiñones.

5. SOBRE LOS RECURSOS PROPUESTOS.

5.1 Defensor de Jhon Jairo Pérez Vásquez (recurrente)

- En un lacónico escrito se limitó a señalar que su intención era coadyuvar las pretensiones del abogado de la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones y que se debía tener como “sospechoso” el testimonio presentado por la Fiscalía General de la Nación (sin decir cuál de todos).

- Citó un aparte de la sentencia C-537 de 2006, sin hacer algún desarrollo al respecto; por último indicó lo siguiente, sin señalar el punto al que quería llegar y sin siquiera identificar si se trata de una cita textual de un precedente jurisprudencial o una manifestación de la cual es autor, y que señala lo siguiente:

  “*No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias, por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo*

plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo. No se niega el acceso a la administración de justicia, ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad…"

Para finalizar solicitó que se revocara el fallo de primer grado, para que en su lugar se emitiera fallo absolutorio.

5.2 El defensor de Andrea de Jesús Higuita Quiñones (recurrente), presentó sustentación del recurso de apelación, principalmente, atacando la valoración probatoria hecha por el juez *a-quo,* específicamente el testimonio de Didier Alejandro Lenis Moncada. Su intervención pude sintetizarse así:

- A minuto 24:23 de la audiencia de lectura de fallo se escucha cuando el Juez de instancia dice que el policía primer respondiente Luis Jerónimo Castillón (sic), halló al occiso en la parte de afuera de la discoteca y que no encontró ningún otro elemento.

- De allí surgen varios interrogantes, ya que la FGN nunca investigó lo que dijo el administrador de este establecimiento de comercio de nombre "La Farra", en el sentido de que en ese negocio habían dos hombres y dos mujeres, a pesar de tener la obligación de determinar quiénes eran esas personas que se constituían, junto con el administrador, en los únicos testigos directos de los hechos ocurridos el 12 de agosto de 2011.

- El primer respondiente dijo que varias personas habían visto quién disparó, pero que no dijeron nada por temor. Sin embargo, no se estableció de quiénes se trataba, ni fueron vinculados al Programa de Protección de Testigos, pese a que el administrador de la discoteca dijo que eran personas de ese barrio.

- En el minuto 25:33 de la misma audiencia de lectura de sentencia, el Juez manifestó que Jorge Iván Pantoja Varón, quien cumplía con funciones de policía judicial, fue quien fijó fotográficamente el lugar de los hechos, el 12 de agosto de 2011,.incluyendo el lago hemático y un ojiva achatada que se hallaron al interior de esa discoteca. No se conoció el resultado de la prueba técnica correspondiente a ese hallazgo, ni cómo responsabiliza objetivamente a su representada.
- El *A quo,* le otorgó plena credibilidad al testimonio de Didier Alejandro Lenis Moncada, quien dijo que el 13 de agosto de 2011 (sic) estuvo en la discoteca La Farra y vio los hechos en los que resultó muerto Carlos Andrés; además así quedó dicho en la entrevista del 21 de septiembre de 2011. Lo anterior indica que el joven Lenis no estuvo en ese negocio el 12 de agosto de 2011, por lo cual no pudo haber

observado el homicidio, ni mucho menos a Andrea de Jesús Higuita y a "El Chunco" cinco minutos antes de los hechos. En cambio, si estuvo allí al día siguiente, lo que le permitió conocer la ubicación de la discoteca, sus características y su número de puertas de acceso, como quedó claro al ser contrainterrogado y exponer que nunca había ido a la discoteca del barrio Frailes, lo que demuestra que se trata de un testigo falso. Haber ido a la discoteca un día después de la muerte de la víctima, también le permitió tener información sobre las vías de acceso a ese lugar.

- En consecuencia sólo quedaría por buscar a las víctimas del falso testimonio de Didier Alejandro Lenis, para poder orientar a las autoridades hacia "Edwin el duro de la olla", al decir que su defendida era "la moza" (sic) de Edwin", como lo creyó el juez de conocimiento.

- Lo que se trataba era de causarle daño al bando contrario, en asuntos de traficantes de estupefacientes, ya que el occiso "era el duro de la olla (sic) de La Mariana", y peleaba por el expendio de narcóticos en su territorio, tal como lo dijeron los testigos de su representada; el mismo Didier Alejandro e incluso uno de los Patrulleros que describió a la víctima como una persona problemática y "peleador de territorio", por negocios de narcóticos.

- El juez de primer grado, le dio veracidad de manera errónea, al plano fotográfico y a las fotografías en donde el testigo mentiroso ubicó la información que recogió un día después de los hechos, ya que no estuvo en ese sitio el 12 de agosto de 2011, y el juez le otorgó credibilidad al manifestar que conocía a su representada y al "chunco" por haber vivido en el sector, para efectos de implicar a los acusados, lo que constituye un "falso raciocinio" del fallador.

- El testimonio del señor Lenis Moncada no fue apreciado en conjunto con las demás pruebas, pese a que incurrió en contradicciones y respondió "no recuerdo" en más de 25 ocasiones. A su vez en la entrevista que rindió el 21 de septiembre de 2011 dijo que iba detrás de su amigo Keko, lo cual no era cierto ya que para el sicario, era mejor ultimarlo dentro de la discoteca y no en el andén, lo que obviamente le facilitaría la huida, máxime cuando lo esperaban una moto y un taxi.

- No entiende como pudo creer el juez de conocimiento, que la víctima se hubiera salvado de un atentado dos o tres días antes de los hechos, en el sector del "mirador de Las Camelias", gracias a una patrulla de la Policía, a donde fue por invitación de Andrea de J. Higuita según lo que dijo el testigo Lenis y que pese a ello, hubiera aceptado ir a la cita que le puso su defendida el día en que le dieron muerte.

- Nunca se probó que el motivo de la llamada que según la Fiscalía, le hizo su mandante al señor Cardona, estuviera relacionada con la venta de un carro, ya que esa no era la actividad de la víctima.

- El testigo Lenis mintió, porque pese a conocer la peligrosidad del "chunco" y saber que había herido a una señora de su barrio con un machete, dejó que su amigo fuera a encontrarse con Andrea de J. Higuita.

- La FGN no practicó las pruebas técnicas necesarias para demostrar que su representada hizo las llamadas para citar a la víctima al sitio donde fue ultimado.

- A su poderdante se le involucra por parte de la Fiscalía, por unas supuestas llamadas para sacar a Carlos Andrés para que le quitaran la vida, pero no se obtuvo la prueba técnica que demostrara ese hecho, como la ubicación de los celulares de donde se llamó, con el correspondiente link de llamadas, pese a lo cual se le otorgó credibilidad al testigo Lenis, pese a sus omisiones y contradicciones, lo cual se debe revisar con base en el concepto de testimonio articulado o adjunto, de acuerdo a CSJ SP del 9 de noviembre de 2006, Rad. 25.738 y 31001 del 21 de octubre de 2009.

- El Juez de instancia, le restó importancia al testimonio del administrador de la taberna, quien fue el único testigo directo y presencial de lo sucedido. Su versión fue descalificada porque dijo que la víctima estaba sentada y que la trayectoria de los proyectiles no coincidían con los planos del impacto en el cuerpo de la víctima. No se tuvo en cuenta, que por un acto reflejo, cualquier persona que esté en esa posición y observa que accionan un arma de fuego, lo que hace es pararse para tratar de huir o salvar su vida enfrentando al agresor. Tampoco se consideró que el citado testigo dijo que la víctima había llegado sola a la discoteca; que no había hablado con nadie y que nunca había visto a los acusados.

- Los testimonios a favor de los procesados fueron desestimados, pese a que de ellos se deducía que su representada y el señor Jhon Jairo se encontraban en otros sitios y con personas diferentes a la hora de los hechos.

- Durante la audiencia de lectura de fallo, la defensa dio a conocer que se contaba con información, en el sentido de que el verdadero homicida era un hombre identificado como José Gabriel Torres, quien se encuentra detenido en la cárcel de varones de Pereira. Esa prueba corresponde a una evidencia sobreviniente, y por ello se anexa una declaración en donde el señor Juan Pablo Arenas declara que vio cuando el citado Torres le disparó a la víctima el a 12 de agosto de 2011.

- El "testigo estrella" de la FGN mintió al manifestar que Andrea de J. Higuita estaba llamando a la víctima, desde las 6 p.m. del día de los hechos, pero como su celular se encontraba descargado, éste le prestó el suyo y le puso la simcard, lo que se debió demostrar con el "link" de llamadas de cada teléfono. Además de acuerdo con lo dicho por Bryan (sobrino de Andrea Higuita), el señor Lenis se encontraba

en el barrio Parque Industrial, ayudando en el trasteo de una tía de la víctima, por lo cual no pudo presenciar lo sucedido antes, en el momento y después del homicidio.

- No se formuló una denuncia inmediata en contra de los procesados, a fin de que se les hiciera prueba de "guantelete", como debía haber ocurrido de ser cierto que el señor Lenis le contó al padre de Carlos Andrés lo que había ocurrido, pues esa es la reacción que se asume de manera inmediata.

- La progenitora de la víctima, dijo que su hijo había recibido amenazas por parte de la banda "Libertadores" .No existen las denuncias respectivas ante la autoridad competente; no se presentó un organigrama para corroborar la existencia real de dicha organización, ni se corroboró que fuera cierto que casi todos los días se hicieran disparos contra la casa de la familia de Carlos Andrés.

- La tesis del *A quo* según la cual los procesados y el ofendido ejercían actividades relacionadas con estupefacientes, no solo es irresponsable sino calumniosa, pues no existe prueba al respecto, fuera de que desvirtúa el móvil del homicidio, consistente en el hecho de que la víctima impedía el libre ejercicio del tráfico de drogas en su barrio.

- Tanto el juez de conocimiento como el Procurador delegado intervinieron en el juicio oral, para "aterrizar" el testimonio de Didier Lenis, con un plano y unas fotografías, frente al evidente enredo del testigo, lo que contaminó esa prueba.

- La Fiscalía no logró quebrar la presunción de inocencia de la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones. Pese a ello, en una sentencia inesperada y contradictoria se le condenó a una pena de 15 años de prisión. Solicita que se revoque la sentencia de primer nivel y se absuelva a su representada.

5.3 Delegado FGN (no recurrente)

- La defensa considera que la FGN no adelantó la investigación de ciertos hechos, entre ellos, la presencia de cuatro personas que estaban en el establecimiento, quienes debieron conocer los hechos; la falta de pruebas técnicas sobre una ojiva que se halló en el lugar de los hechos y la relación de este EMP con la señora Higuita.
- Además ha cuestionado el análisis del *A quo,* sobre lo manifestado por Didier Alejandro Lenis Moncada, que en su criterio es un testigo mentiroso, ya que dijo que los hechos habían ocurrido el 13 de agosto de 2011, lo que según la apreciación de la defensa, indica que si estuvo en el lugar donde se perpetró el homicidio, pero un día después, lo que le permitió hablar con el administrador de la discoteca "La Farra"; observar detalles del sitio y la ubicación del occiso y por ello pudo dar información al respecto. Igualmente controvierte la decisión judicial por darle credibilidad al plano y a las fotografías exhibidas, lo

que llevaba a no creer lo dicho respecto de un posible atentado fraguado en días anteriores en contra de la víctima, del cual se salvó el hoy occiso.

- El apoderado de la señora Higuita Quiñones, dice que no se demostró lo referente a la llamada que su defendida presuntamente hizo al ofendido y cuestiona la credibilidad del relato del testigo Lenis sobre la manera en que ocurrieron los hechos, ya que en su criterio era más fácil para el sicario ultimar al señor Cardona en la discoteca y en el andén, donde le quedaría más fácil huir.

- El censor no le otorga credibilidad al testimonio de Luz Marina Martínez, madre del occiso, quien dio cuenta de los atentados de que fue víctima su hijo, cuestionando que estas situaciones no se hubieran puesto en conocimiento de las autoridades y que no se hubiera presentado el organigrama de dicha estructura delictiva. Además expone que en este caso no se cumplió el principio de investigación integral.

- Se solicita en el recurso, que se valore una "prueba sobreviniente", con base en el dicho de un tercero, refiriendo que el otro abogado (el doctor Mena Pino), tenía conocimiento de la misma y no la había aportado en favor de sus prohijados. Sin embargo ese profesional, que también interpuso recurso de apelación, se limitó a señalar que coadyuvaba las pretensiones de la defensa de Andrea de Jesús Higuita Quiñones.

- El recurrente considera que en este caso no se reunían los requisitos del artículo 381 del C.P.P., para dictar una sentencia condenatoria. Sin embargo, el recurrente solo hizo alusión a los apartes de los testimonios que se relacionaban con lo que pretendía demostrar, olvidando que el testimonio debe apreciarse tal y como lo estipula el artículo 404 del C.P.P. Lo mismo se predica de la prueba pericial recibida que se debe examinar en conjunto y fue así como el juez de instancia al hacer un análisis global de las pruebas practicadas, llegó a la conclusión de condena.

- No puede ser de recibo la petición de examen de una "prueba sobreviniente", proveniente de un tercero que señala a otra persona como autor del homicidio, ya que como lo afirma el recurrente, el abogado Mena Pino conocía de la misma y no la aportó. Esa petición no tiene asidero, ya que esa evidencia no fue puesta a consideración en las audiencias de acusación ni en la preparatoria y por ello no se practicó en el juicio oral, por lo que ahora no resulta posible que sea practicada y valorada.

- El defensor desconoce que si bien en ley 600 de 2.000, se obligaba a la Fiscalía a realizar una investigación integral, esa situación no es igual en el sistemas acusatorio, donde le corresponde a la defensa probar su teoría del caso, allegando los EMP correspondientes, conforme al artículo 125-8 del C.P.P.

- Al observar los registros de la audiencia de juicio oral, se podrá percibir que los testigos no solo hicieron las manifestaciones resaltadas por la defensa, y que el haber probatorio es suficiente para proferir un fallo condenatorio, por lo cual solicita la confirmación del fallo recurrido.

6. SINOPSIS PROBATORIA

6.1 ESTIPULACIONES PROBATORIAS:

6.1.1 Lo relativo a la muerte violenta de Carlos Andrés Cardona Martínez, según el informe pericial de necropsia suscrito por el médico Jorge Federico Gartner Vargas y el correspondiente registro de defunción. El perito será interrogado sobre las lesiones causadas según el protocolo de necropsia y su registro civil de defunción.

6.1.2 La plena identidad de los acusados, con informes de laboratorio de dactiloscopia.

6.1.3 Jhon Jairo Vásquez Pérez y Andrea de Jesús Higuita Quiñones, no están registrados como titulares de permisos para portar armas de fuego, según oficio emitido por del batallón San Mateo.

6.1.4 Los procesados no registran antecedentes penales, según oficio del 22 de septiembre de 2011, expedido por el DAS.

6.1.5 El testimonio de Víctor Hugo Hernández Muñoz, perito en toxicología del Instituto Medicina Legal y su informe pericial, que se refiere al estudio de muestra de orina del occiso, cuya interpretación es que la muestra analizada no reportó canabinoides, opiáceos ni cocaína.

6.1.6 El testimonio del perito Wilson Sanabria Sierra sobre su informe pericial de balística, realizado sobre dos proyectiles que fueron encontrados en el cadáver de Carlos Andrés Cardona. Se concluye que tipo de arma disparó esos proyectiles.

6.1.7 Testimonios de Wilson Martínez Borja y Juan Carlos Gómez, técnicos en fotografía y retratos hablado, respectivamente, sobre el procedimiento para elaborar álbumes fotográficos para reconocimientos. Se da por sentado que los álbumes se confeccionaron conforme a las normas legales y las técnicas del caso.

6.2 PRUEBAS DE LA FGN.

6.2.1 LUIS GERÓNIMO CASTRILLÓN ESCOBAR (funcionario de Policía Judicial).

Atendió un caso de homicidio en el sector de “Frailes” de Dosquebradas.

Se desplazaron al lugar de los hechos; realizaron labores de vecindario y entrevistaron informalmente a algunas personas.
Encontraron un cadáver en la parte externa de un establecimiento público.

Entrevistaron al administrador del local y a otras personas sobre el hecho. Les informaron que la víctima estaba dentro del establecimiento consumiendo una cerveza, cuando llegó un hombre que le propinó unos disparos y luego huyó del sitio.

Lograron identificar al fallecido que era conocido, en razón las actividades policivas que adelantaron en los barrios "La Mariana" y "Libertadores".

El finado vivía en ese sector y tenía problemas por enfrentamientos entre bandas, que les correspondía atender en ejercicio de su labor policial. El señor Cardona participaba en esos hechos.

Fueron a buscar los autores del hecho. En el cuerpo del occiso se encontró un proyectil.

El administrador del negocio les dijo que no había observado los hechos directamente, sino que la víctima se estaba tomando una cerveza cuando fue atacada por un hombre.

La información que llegó a la central de radio fue que una persona disparó y otras lo ayudaron a huir. No determinaron en el momento cuántos fueron los autores del hecho. Les dijeron en entrevistas informales que el autor del homicidio se había ido del lugar de los hechos en un taxi acompañado de otro individuo que se transportaba en una moto. Les dieron algunos datos sobre la vestimenta del asesino.

Conoció a la víctima quien tenía problemas en sector donde residía, barrios "Libertadores" y "Villamaría", ya que participaba en los enfrentamientos e intercambio de disparos que se presentaban en ese sector.

El hecho ocurrió en un establecimiento ubicado en la vía principal en el sector de "Frailes", que era un lugar abierto al público.

Le señalaron la mesa donde estaba sentada la víctima, hacia la cual había buena visibilidad. Unas personas dijeron haber presenciado los hechos, pero no suministraron información sobre las características del autor por temor a represalias, y que esa persona se paró frente a la mesa donde estaba el occiso y accionó el arma. Inicialmente llegó una patrulla uniformada. Su grupo se hizo presente a los 10 minutos de ocurrido el homicidio.

6.2.2 JOSÉ IVÁN PANTOJA VARÓN: (Funcionario de criminalística de la SIJIN)

En el mes de agosto de 2011, le correspondió atender un caso de homicidio en el sector de "Frailes". Realizaron la inspección al cadáver, la fijación y el bosquejo topográfico.[9]

[9] Folios 51 a 56

El cuerpo estaba sobre la vía al lado del andén frente a un establecimiento público, en un sitio oscuro, presentaba orificios causados por disparos de arma de fuego. Se encontró un proyectil deformado.

Reconoció el acta de inspección técnica a cadáver del 12/08/2011 a las 21:20 horas, e hizo referencia a su contenido.

Dentro del establecimiento "La farra" se encontró un lago hemático y un proyectil. Hizo referencia a otras labores relacionadas con la inspección del cuerpo de la víctima, entre ellas la elaboración de un bosquejo o dibujo del lugar de los hechos; el sitio donde estaba el cadáver; las entradas y salidas del lugar, en el cual la evidencia 1 es el cuerpo y la 2 un proyectil.

El proyectil se encontró dentro del negocio "La Farra", al lado del cuadro hemático. En el sector no había buena visibilidad.

Se relacionaron los objetos que portaba el occiso. Si se le hubiera encontrado un celular, eso se habría plasmado en el informe. Se demoraron entre 30 o 40 minutos para llegar al lugar de los hechos. Cuando transcurre cierto tiempo, es posible que muchos elementos ya no se encuentren en el cadáver.

6.2.3 DIDIER ALEJANDRO LENIS MONCADA (Testigo de los hechos, vinculado al Programa de Protección de Testigos de la FGN)

Siempre ha vivido en Dosquebradas, en el barrio La Mariana, donde conoció a Carlos Andrés Cardona Ramírez, se conocían desde pequeños.

Para el mes de agosto de 2011 conservaba su relación de amistad con la víctima, quien fue asesinado el 13 de agosto de ese año, en la discoteca "La Farra" del sector de "Frailes", hecho que pudo presenciar.

Ese día Andrea de Jesús llamada "la mona" a quien señaló en su declaración, estuvo llamando desde las 18.00 horas a Carlos Andrés Cardona.

Andrea le hizo una llamada a la mujer de Carlos Andrés, llamada Érika, quien se puso celosa y llamó a su compañero, quien le dijo que se trataba de Andrea "la tía de Bryan"
Estaba con la víctima cuando recibió esa llamada. El celular de Carlos Andrés estaba descargado. Érika le pidió que le prestara su teléfono a Carlos Andrés. Le sacó su SIM card y ahí fue que ella lo llamó.

La última llamada que recibió Carlos Andrés fue la que le hizo Andrea.

Supo que había sido ella porque su amigo le dijo que se iba a bañar para ir a hacer una vuelta de un negocio de un carro, para venderlo y reclamar un dinero.

Carlos Andrés le dijo que si le pasaba algo era por Andrea, con quien se iba a ver en una discoteca. Una tía de su amigo llamada Maribel le dijo que no fuera que eso era una trampa, y lo envió con Carlos Andrés en un taxi.

Llegaron a la discoteca del sector de “Frailes”. Entraron al barrio. Andrea de Jesús estaba afuera de ese negocio hablando con un hombre llamado Jairo, conocido como “el chunco“, a quien conocía.

Carlos Andrés Cardona se bajó a la mitad de la cuadra. Él se quedó en la esquina. El señor Jairo se fue como hacia la parte de atrás de la discoteca. Andrea se quedó ahí sola. Su amigo se quedó hablando con Andrea, quien luego se fue en la misma dirección de Jairo.

Carlos Andrés entró a la discoteca. Como se estaba demorando se preocupó y empezó a bajar.

En ese momento, Jairo “el chunco”, se vino por el lado izquierdo y pasó a su lado con un revólver en la mano. Cuando asomó su cabeza hacia la discoteca vio cuando Jairo “*le estaba impactando los tiros a Carlos Andrés ahí de frente*”.

En ese momento estaba afuera en la puerta. Jairo estaba dentro de la discoteca, cuando le propinó los tiros a Carlos Andrés que estaba de pie.

Retomando lo sucedido, dijo que Carlos Andrés se había bajado primero del taxi, porque Andrea le había dicho que fuera con nadie.

Expuso que por la confianza que le tenía, su amigo le había contado que Andrea lo había citado al mirador de “Las Camelias”, dos o tres días antes de que le dieran muerte; que se iba a ver con ella y con Andrey, que era un joven del barrio “Libertadores”.

Su amigo le dijo que lo llamaría o le colocaba un mensaje si pasaba algo, pero luego le informó que todo estaba bien; que se había salvado porque ese día pasó una patrulla de la policía, ya que le iban a hacer un atentado allá.

Carlos Andrés le cumplía las citas a Andrea porque se conocían de toda la vida y se criaron en el barrio “La mariana”. No sabe si tenían alguna relación sentimental.

Al retomar el relato sobre el suceso expuso:

Cuando Carlos Andrés se bajó del taxi se fue hacia donde estaba Andrea y conversó con ella. Después Andrea se fue en la misma dirección que Jairo “el chunco”. Los vio hablando cuando llegaron en el taxi a la discoteca.

Su amigo apodado “keko” entró al negocio. Vio cuando le dispararon a Carlos Andrés. Detrás de él y dentro de la multitud estaban Jairo y Andrea.

Después de que Jairo disparó le pasaron una chaqueta blanca y salió por otro lado. Los vio entre la gente. Sintió temor de que llegara más gente del barrio “Libertadores”, que lo conocían, que es un sector donde venden estupefacientes.

Carlos Andrés y él residían en "La Mariana". No tenían problemas con la gente de "Los Libertadores", pero esas personas querían tomarse su barrio para venderle estupefacientes a los jóvenes.

Carlos Andrés no los dejaba meter al barrio a vender drogas y por eso los amenazaron. Supo que Carlos Andrés "estaba valiendo como 4 millones". Las personas de "Los libertadores" le daban bala a la casa de Carlos Andrés. Los dos habían sufrido atentados.

Conocía al autor de los hechos, llamado Jairo, quien vivía en "Los Libertadores". Andrea vivía en "La Mariana" y tiene familia en "Los Libertadores".

Le contó al padre de su amigo sobre lo sucedido.

Luego del homicidio rindió una entrevista. Realizó un reconocimiento fotográfico de Jairo y de Andrea.

La fiscal le puso de presente al testigo un informe de investigador de campo del 26 de octubre de 2011, correspondiente a los reconocimientos fotográficos de los acusados. El testigo expuso:
No recuerda la diligencia donde le mostraron esos documentos.

Reconoció su firma en el acta de reconocimiento de Andrea de Jesús Higuita, actuación que realizó en presencia de un investigador de apellido Villota, lo cual hizo de manera voluntaria, ya que no recibió presiones ni le dijeron a quién señalar.[10]

También reconoció su firma y su huella en el acta de reconocimiento de Jhon Jairo Vásquez Perez, indicando que nadie le dijo que lo tenía que señalar.[11]

Ha sido amenazado continuamente. Las intimidaciones vienen del sector de "Los Libertadores". Una de las personas que lo amenazó fue un hijo de Jhon Jairo Vásquez, llamado Ronald.
Nunca pensó que Andrea "fuera a sacar" a Carlos Andrés Cardona para que lo mataran, ya que eran amigos desde pequeños, al igual que su familia. Andrea lo hizo por dinero, ya que era "la moza" de Edwin N. que es "el duro" de la banda de "Los Libertadores" quien maneja las armas y controla el negocio de la droga en ese sector.

El testigo señaló a los acusados, indicando que eran las personas que vio cuando mataron a Carlos Andrés y quedó constancia de que se encontraban en la sala de audiencias. No es amigo de Andrea pero la conocía como residente del barrio, ni había tenido problemas con ella ni con Jhon Jairo.

Al ser contrainterrogado por el abogado de Jhon Jairo Vásquez, expuso:

Recordaba la fecha de los hechos porque ese día estaba cumpliendo un mes con su novia.

[10] Folios 29 a 34
[11] Folios 18 a 27

Estaban acompañados de otras personas del barrio "La Mariana" cuando le hicieron una llamada. Carlos Andrés le había dado el número de su celular a su compañera Érika y luego le manifestó que "la mona Andrea", lo había citado en "Frailes" para un negocio de un carro, con el fin de que lo vendiera y se ganara un dinero. Su amigo le dijo que sentía desconfianza y le dijo que "lo iba a ligar".

Se refirió a las circunstancias en que arribó con su amigo a la discoteca de "Frailes", donde se encontró con Andrea, quien luego se fue en la dirección que tomó Jhon Jairo, y lo que sucedió cuando esta persona le disparó a su amigo.

Reiteró que vio a Jairo cuando le disparaba a Carlos Andrés. Escuchó tres o cuatro detonaciones. No alcanzó a ver si su amigo tenía algo en la mano porque estaba muy oscuro. Jhon Jairo salió normal y luego lo vio con Andrea entre la multitud. Ambos vestían ropa oscura.

Le informó al padre de Carlos Andrés llamado "Eulises" que Andrea era la que había sacado a su hijo de su barrio para que lo mataran, ya que no lo podían hacer en "La Mariana".

Conocía a Jhon Jairo, quien vivía en "Los libertadores" 7 años antes porque este había "machetiado" a una señora. Insistió en que el móvil del crimen fue el interés de la gente de ese barrio de apoderarse de "La Mariana" para vender drogas.

Al ser interrogado por la fiscal manifestó que en el momento en que Carlos Andrés recibió la llamada de Andrea estaban con varios amigos, entre ellos Bryan que era sobrino de ella y amigo de la víctima. Cuando le dieron muerte a su compañero no le dijo a Bryan que fueran a declarar sobre los hechos.

Durante el contrainterrogatorio del defensor de Andrea de J. Higuita, refirió nuevamente lo sucedido antes de que se presentara el homicidio, en lo relativo a la llamada que este recibió y las circunstancias que motivaron su desplazamiento en compañía de Carlos Andrés al sector de "Frailes" .

Se le puso de presente una entrevista de fecha 21 de septiembre de 2011.[12]

Se le dio lectura a un aparte de ese documento. Manifestó que no recordaba lo que dijo en esa oportunidad y que lo que expresó era porque estaba "azarado". El aparte pertinente dice: *"keko se bajó primero solo y yo caminé detrás de él"*

Dijo que reconocía el documento que se le puso de presente, de fecha 21/09/2011. Expuso que para ese día era posible que se acordara mejor de los hechos y que manifestó que había caminado detrás de "keko" (Carlos Andrés Cardona) a una cierta distancia y que su amigo le había contado sobre los hechos que refirió antes, sucedidos en el barrio "Las Camelias", y que recordaba si los había narrado en esa entrevista.

[12] No fue incorporada como prueba.

Explicó que Carlos Andrés desconfiaba de Andrea, pero que "le salió" en dos oportunidades, una en episodio del mirador de "Las Camelias" y otra el día de los hechos. No sabe si tenían alguna relación sentimental. No puede precisar si ellos tenían una relación sentimental.

Se le leyó otro aparte de su entrevista, donde dijo que luego del crimen se fue para su casa y que días después le había contado al señor Eulises Cardona padre de la víctima sobre el suceso. Expuso que sobre ese punto lo real fue lo que dijo en su declaración.

Sobre el mismo documento expuso que lo reconocía; que era de fecha 30/0/07/2012[13]y que le había mencionado al investigador la comunicación que hizo la mujer llamada Érika (compañera del occiso) a su celular. Dijo que en esa entrevista había narrado que Carlos Andrés desconfiaba de las llamadas de Andrea, porque ella frecuentaba el barrio "Libertadores" y hablaba con esa gente".

Manifestó que su amigo "le salió a Andrea", porque no creyó que ella "le fuera a picar arrastre" y que esa segunda cita fue por un carro que le habían regalado a Andrea y necesitaba que Carlos Andrés se lo vendiera. Igualmente expuso que el investigador de la defensa lo había hecho incurrir en confusiones.

Con base en una pregunta del delegado del Ministerio Público repitió luego de examinar un bosquejo y una fotografía, lo que había manifestado sobre las circunstancias previas al hecho. Hizo referencia a la ubicación de los procesados antes del hecho y confirmó que "el chunco" (Jhon Jairo Vásquez), fue el autor de los disparos que segaron la vida de su amigo, señalando el sitio desde donde accionó el arma.

6.2.3 JORGE FEDERICO TOMÁS GARTNER VARGAS (Médico legista adscrito al Instituto de Medicina Legal)
Hizo referencia a sus funciones y su experiencia profesional.

Reconoció el informe pericial de necropsia de Carlos Andrés Cardona Martínez e hizo mención de su contenido; las lesiones que presentaba su cadáver; su trayectoria y los daños que ocasionaron. Dijo que la víctima presentaba tres lesiones mortales que comprometieron órganos vitales, las de la cabeza y las dos del tórax, y que la del brazo y la región escapular no tenían ese carácter.[14]

Frente a una pregunta del defensor de Jhon Jairo Vásquez explicó que una trayectoria ínfero superior quiere decir de abajo hacia arriba; que no podía decir si la víctima estaba sentada o parada, ni que hubiera existido una distancia muy notable; que en la herida de la cabeza esa diferencia era muy poca; que se especificó la trayectoria pero eso no quería decir que hubiera sido disparada desde muy abajo, ya que si un proyectil encuentra un obstáculo como un hueso se puede desviar. En este caso los proyectiles

[13] No fue introducida como prueba
[14] Folios 1 a 8

ingresaron por el lado derecho del cuerpo del occiso y salieron por el lado izquierdo.

Al responder al Procurador manifestó que en este caso observó cinco heridas de derecha a izquierda salvo la primera, lo que se explicaba por la rotación de la cabeza y que el arma estaba a la derecha de la víctima, por delante de ella y ligeramente hacia abajo.

6.2.4 GIOVANY VILLOTA GALVIS: (Investigador policía judicial MEPER, le correspondió desarrollar el programa metodológico respecto del homicidio de Carlos Andrés Cardona Martínez)

Entrevistó a Eulises de Jesús Cardona, padre de la víctima, quien le manifestó que tenía conocimiento sobre la ubicación de un testigo presencial del hecho, a quien identificó como Didier Lenis Moncada, de quien dijo que había sido el mejor amigo de su hijo, y que el día en que ocurrieron los hechos habían estado juntos en el barrio La Mariana, mientras realizaban un trasteo puesto que se habían visto en la necesidad de cambiar de domicilio, y que estando allí, su hijo recibió una llamada en su teléfono celular de Andrea de Jesús Higuita Quiñones, quien lo citó para que se vieran en el sector de "Frailes", entre las 20 y 20:40 y que en vista de que la exigencia era de que fuera solo a la cita, Carlos Andrés le pidió a su amigo Didier que lo acompañara hasta ese sitio, donde estaba Andrea con otra persona del barrio "Libertadores" conocido como "el chunco" .

Según este declarante el entrevistado les dijo que de acuerdo a la información recibida su hijo se fue en un taxi hacia ese sector acompañado de Didier; llegaron hasta allí; se bajaron antes del negocio; Carlos Andrés entró a la discoteca y habló brevemente con Andrea de J. Higuita, quien luego se fue del lugar y Didier que decidió ingresar al ver la demora de su hijo, pudo observar a una persona que entró al negocio y le disparó a Carlos Andrés..

El investigador Villota dijo que el señor Eulises Cardona los puso en contacto con Didier Lenis Moncada a quien se le recepcionó su testimonio. Además se adelantaron labores de verificación, incluyendo la entrevista a este joven, que fue realizada en el ICBF con la presencia de una Defensora de Familia, ya que era menor de edad.

Hizo mención de otras actividades investigativas que se realizaron en los sectores de "Libertadores" "Villamaría" y "La Mariana" para identificar a las personas señaladas de haber participado en el hecho.

Se centraron en el barrio "Libertadores" porque el joven Didier mencionó en su entrevista que esas personas eran de ese sector, y que el homicidio de Carlos Andrés fue ordenado directamente por individuos que lideraban la organización delincuencial dedicada al microtráfico en la zona de "Libertadores" y "Villamaría".

Con base en información de fuentes no formales se estableció que "Andrea" era Andrea de J. Higuita Quiñónez y que "el chunco" era el apodo de Jhon Jairo Vásquez Pérez; que había corrido el rumor de que estas dos personas

habían participado en el homicidio de Carlos Andrés, y que ellos trabajaban para los líderes de la olla de “Libertadores” y “Villamaría”, que eran un sujeto conocido como Edwin y su madre Viviana.

Dijo que Carlos Andrés Cardona era conocido con el apodo de “keko” y que de acuerdo a la versión de su amigo Didier pretendían atentar contra él, ya que “keko” estaba obstruyendo la venta de estupefacientes entre los sectores de “La Mariana” y “Libertadores”.

Expuso que en su entrevista Didier Lenis manifestó que conocía a Jhon Jairo Vásquez a. “el chunco” quien vivía por la cancha del barrio libertadores, y tenía ese apodo ya que le habían mutilado algunos de sus dedos de una de sus extremidades en una riña y que residente en el sector.

Se hicieron las gestiones investigativas para elaborar los álbumes fotográficos, con los que se realizó el reconocimiento de los indiciados con el testigo Didier Alejandro Lenis Moncada. El funcionario de policía judicial reconoció los documentos correspondientes a las diligencias que se realizaron en compañía de un delegado del Ministerio Público y una representante del ICBF.

Cuando le mostraron los álbumes, el investigador dijo que el testigo Didier Lenis señaló a Andrea de Jesús Higuita en ambas plantillas, y manifestó que era “la mona” que vivía en “Villamaría”; que esa fue la persona que “sacó a keko” para que lo mataran; que la primera vez que trataron de darle muerte fue en el mirador “Las Camelias” y luego en la discoteca de “Frailes”, sitio a donde llegó “el chunco” a asesinarlo.

Dijo que el joven Lenis manifestó que Andrea le había mandado a decir que “si se ponía de sapo lo mataban”, por lo cual tuvo que irse de su barrio; que la citada dama también amenazó a los familiares de su amigo “keko” y que trabajaba con Viviana y Edwin, encargados de “la olla” de “Libertadores”, donde residía.

Según el investigador Villota, el testigo Didier Lenis, señaló a Jhon Jairo Vásquez Pérez. En la conclusión se plasmó lo que dijo el testigo así: “*él es quien le disparó a mi amigo keko en la discoteca, le dicen el chunco, se la pasa últimamente en una motocicleta, mantiene por los lados de libertadores, vive por la cancha de arena de libertadores, antes de matar a keko habló al lado de la discoteca con la mona, luego ella se retiró después de hablar con keko y luego llegó el chunco y le disparó varias veces lo conozco de varios años, trabaja con Viviana y Edwin que son los que manejan la olla de Villa María*”.

El investigador identificó las actas de los reconocimientos fotográficos.

Dijo que los testigos dijeron haber recibido amenazas a través de redes sociales y que el señor Eulises Cardona (padre de la víctima) dijo que una familiar de Andrea de J. Higuita había ido a amenazarlo a su lugar de trabajo y que en otra oportunidad en que acompañó al mismo ciudadano a una sesión

de la audiencia, unos sujetos lo abordaron y le dijeron que tenía que dejar la investigación quieta o le harían un atentado a él o su familia.

Al ser contrainterrogado agregó que el señor Eulises le contó lo que le había informado días después el joven Didier Lenis sobre los hechos y que el mismo Lenis lo enteró sobre el lugar de residencia de "el chunco" que era en "Libertadores" manzana 5 casa 1 A, que fue el sitio donde se hizo efectiva la captura de este procesado.

Se refirió a la información que le entregó el joven Lenis sobre lo sucedido antes del homicidio y las rencillas que se presentaron con "keko", que se originaban en el hecho de que éste no permitía que personas de los barrios "Villamaría" y "Libertadores" vendieran estupefacientes en el sector donde estos residían:

No se verificó con testimonios formales que Jhon Jairo Vásquez perteneciera a alguna banda, ni que tuviera antecedentes penales o fuera amigo de Andrea de J. Higuita.

Con las indagaciones informales que hizo supo que el señor Vásquez tenía relaciones con las bandas de "Libertadores" y "Villamaría" lideradas por Edwin N. y Viviana N. Agregó que Didier Lenis mencionó que conocía a Jhon Jairo hacia dos o tres años. No mencionó problemas entre Vásquez y la víctima.

No estuvo presente cuando fue amenazado el padre de Carlos Andrés Cardona .Se enteró de las otras amenazas por lo que dijeron los testigos, ya que los mensajes colocados en redes sociales, fueron borrados inmediatamente.

No obtuvo el número del celular de Carlos Andrés Cardona ya que se hizo la solicitud a Comcel pero nunca se obtuvo respuesta. Tampoco consiguió los números de los celulares de Érika (compañera de la víctima), ni de Andrea de Jesús Higuita, ni se verificaron las llamadas entrantes y salientes.

Las personas conocidas como Edwin y Viviana lideraban una organización dedicada al microtráfico de sustancias estupefacientes. Desde el año 2008 fueron judicializados. Viviana se encuentra en prisión domiciliaria y Edwin se evadió.

Nadie manifestó que el occiso y Andrea de J. Higuita tuvieran alguna relación. Andrea fue capturada en el barrio "Libertadores", donde vivía una hermana suya.

Las personas de ese sector no quisieron dar entrevistas por el temor hacia las bandas que lideran las personas antes mencionadas. En el sector se han incautado armas de fuego, incluso de largo alcance

Se supo que Andrea de J. Higuita tenia familia en "Los Libertadores" y "La Mariana" y que al día siguiente de los hechos salió del sector, según lo que informó Didier Lenis.

No recuerda el nombre de la hermana de Andrea de Jesús que se quedó viviendo en su casa.

En el informe se plasmó que las personas no quisieron dar información formal por miedo a retaliaciones. Los entrevistados son personas que residían en ese sector, y a raíz del suceso que se presentó estaban abandonando el barrio, luego de esto se cambiaron de domicilio, pero toda la vida vivieron ahí.

6.2.5 ALDINEVER BERMÚDEZ HERNÁNDEZ: (Administrador de la taberna "La Farra" donde ocurrió el homicidio de Carlos Andrés Cardona)

Recuerda que el día de los hechos un joven llegó solo a ese negocio, se sentó, pidió una cerveza y como a los 5 o 10 minutos lo asesinaron.

El hecho se presentó aproximadamente las 20:40 horas. En ese momento estaba en el computador situado en la barra programando una música. Desde ahí no podía ver de frente a la víctima ya que había unas paredes que se interponían y esa persona se encontraba en la parte de afuera donde hay un corredor con mesas.
La persona que fue asesinada estuvo como 5 o 10 minutos, salió, luego regresó, se tomó uno o dos tragos y volvió a entrar.

Luego escuchó 3 o 4 impactos. Fue a prestarle los primeros auxilios, lo sacó hasta el andén cuando todavía tenía signos vitales. Esperó un vehículo para trasladarlo pero falleció.

Vio a la persona que disparó, que cubría su rostro con un pasamontañas y una gorra. En el lugar donde estaba había una puerta diagonal hacia afuera. Observó que era más o menos mediano y no muy alto. El autor de los hechos salió hacia las canchas del barrio. Los disparos los hizo desde el andén.

La persona que disparó huyó hacia adentro de las canchas.

Sobre unas fotografía señaló la posición de la víctima en el establecimiento, y la posición de la persona que disparó y su ubicación al momento del suceso.[15]

Durante el contrainterrogatorio expuso que no había visto a la persona que estaba en la sala de audiencias, quien vestía una camisa a cuadros (Jhon Jairo Vásquez) antes de que llegara la persona que fue asesinada que llegó solo al negocio, en los días previos al hecho, ni la conocía. El testigo reiteró que el autor de los hechos usaba un pasamontañas, estaba solo y salió hacia la entrada al barrio.

Rindió dos o tres entrevistas ante los investigadores. Siempre ha sido coherente en sus versiones.

Reconoció una de ellas del 13 de agosto de 2011. Dio lectura al tercer párrafo. Según ese documento, en lo sustancial refirió que la víctima llegó a la discoteca en un taxi, no estaba acompañado, se sentó y pidió una cerveza,

[15] Folios 60 a 62

salió y volvió a entrar en cuestión de segundos, no lo vio hablar con alguna mujer ni por celular, su visibilidad no era buena porque no lo veía de frente, cuando salió alcanzó a ver al agresor, a la persona de sexo femenino que se encontraba en la sala de audiencias (Andrea de J. Higuita) no la vio esa noche en las afueras del establecimiento, no la había visto antes, no la conocía, ni la observó dentro de la gente que se arrimó al negocio luego del hecho.

Expuso que no conocía a la persona que fue asesinada ni a los acusados.

6.2.6 LUZ MARINA MARTÍNEZ RÍOS (Madre de Carlos Andrés Cardona)

Su hijo tenía una relación de unión libre con "Erika".Un amigo de él llamado Didier los enteró el 12 de agosto de 2011, que le habían dado muerte en el sector de "Frailes" y que los responsables fueron "la señora Andrea y el señor Jairo".

Didier fue un amigo que acompañó a su hijo a la cita que le puso Andrea, para que le vendiera un carro. La misma mujer lo había invitado dos días antes al sector de "Las Camelias" al mismo negocio, según lo que le contó su esposo.

Andrea era una vecina del barrio "La Mariana", que era amiga de Carlos Andrés.

Luego de ser informada de la muerte de su hijo llamó a Andrea y le dijo que ya sabía que ella había sido la que "había sacado al niño" para que lo mataran, conforme a lo que les contó Didier Lenis.
Su hijo había recibido amenazas de la banda del barrio "Libertadores" cercano a "La Mariana", porque no quiso trabajar con ellos. Esas amenazas se concretaron en atentados permanentes, ya que disparaban hacia su casa constantemente, por lo cual se tuvieron que ir de ese sector.

Luego del homicidio de su hijo recibieron otras amenazas, ya que Andrea envió a una hermana suya llamada Claudia donde una vecina para mandarle mensajes intimidatorios.

Su hijo no tuvo ninguna relación amorosa con Andrea de Jesús porque no le gustaban las mujeres mayores. Era una relación de vecinos, aunque era muy amigo de un sobrino de ella llamado Bryan.

Los atentados contra Carlos Andrés provenían de gente del barrio "Los libertadores" y los hacían entre otros, "Piolín", "Pillo" el sobrino de Jhon Jairo Vásquez (a quien señaló), y su hijo de nombre Ronald Vásquez, que le disparaban frecuentemente a su hijo, por lo cual no podía moverse de su casa.

Didier Lenis le contó que también había recibido intimidaciones. Dijo que la mujer a quien se refirió como Andrea era quien se hallaba presente en la sala de audiencias.

Al ser contrainterrogada dijo que al día siguiente de la muerte de su hijo estuvo en la URI, donde mostró el celular con las llamadas de Andrea donde aparecía su número al celular de Érika y las horas en que se hizo la llamada.

Conoce a Jhon Jairo Vásquez, quien reside en el barrio "Libertadores".No sabe si tuvo alguna enemistad con su hijo.

Su esposo, una tía de su hijo y muchos amigos le contaron lo de las llamadas.

Días antes de su muerte Carlos Andrés le contó que lo estaba llamando "la mona" como se hacía llamar Andrea. Érika se enojó y le preguntó por ella y le dijo que era "la tía de Bryan". Érika le dijo que la tenía que llevar a la cita, pero su hijo le dijo que "el patrón no dejaba que fuera acompañado". Aclaró que se trataba de "el patrón" de Andrea y que eso se lo había contado Érika.

El día de los hechos Carlos Andrés estaba con su amigo Didier Lenis.

Se le exhibieron dos entrevistas a la testigo.[16]Se refirió a una del 13 de agosto de 2011, o sea al día siguiente a los hechos.

En algunos de sus apartes expuso que habían comentarios de la gente en el sentido de que su hijo "vendía vicio", lo cual no era cierto. Igualmente que según lo que le dijo Érika Soler (compañera de su hijo), el día de los hechos como a las 4:30 de la tarde, Andrea Higuita "la mona" llamó a su hijo Carlos Andrés y le dijo lo necesitaba urgente, llamada que salió del número de ella o sea el 0066630; que Érika llamo a Carlos pero su teléfono estaba apagado y entonces se comunicó con su amigo Didier; que Carlos pasó y le dijo que "la mona" lo estaba llamando; que su hijo le dijo a Érika que no podía llevarla ni contarle a nadie porque esas eran las instrucciones de Andrea.

Se le puso de presente otra conferencia del 12/01/2012, donde refirió que su hermana Ruby le había contado sobre la cita que "la mona" le puso a su hijo en la discoteca "La Farra" del sector de "Frailes", a donde se dirigió en compañía de Didier Lenis.

Agregó que su hijo laboraba como taxista y que nunca había aceptado trabajar para la banda de "Los libertadores" que se dedicaba al tráfico de estupefacientes y a otras conductas delictivas; que las personas que disparaban hacia su casa eran entre otros, "piolín";" el pillo"; "Ronald"; "hulligan"; y "el bimbo".

6.2.6 EULISES DE JESÚS CARDONA SERNA: Padre de Carlos Andrés Cardona)

Carlos Andrés vivía en unión libre con Érika Soler. Trabajaba con él como conductor de un vehículo de servicio público.

Su hijo venía siendo perseguido por personas que se dedicaban al expendio de drogas en el barrio "Los Libertadores", por lo cual tuvo que abandonar su

[16] No incorporadas al juicio

trabajo y encerrarse en su casa ya que lo hostigaron y le hicieron varios atentados.

Un amigo muy cercano de Carlos Andrés, llamado Didier Alejandro Lenis, fue quien le contó que el día de los hechos se fue con "keko" (Carlos Andrés) a cumplirle a una cita que le había puesto Andrea Higuita para que recogiera un carro y que luego llegó Jhon Jairo, y le disparó a su hijo.

El día anterior a los hechos, la Policía les había prestado servicio de escolta para trasladarlos del barrio "La Mariana" en vista de los frecuentes tentados que les hacían personas del barrio "Los Libertadores", quienes en la madrugada disparaban hacia su casa e incluso en una oportunidad a un taxi que manejaba otro hijo suyo, por lo cual les toco salir huyendo de ese sector.

El día en que le dieron muerte, su hijo estuvo haciendo el trasteo de una tía que iba a vivir con ellos, en compañía de su amigo Didier. A Carlos Andrés le pasaron el celular de su compañera adonde había llamado "la mona", o sea Andrea de J. Higuita quien le dijo que necesitaba que le recibiera un carro del patrón de ella para que lo vendiera.

Dos o tres días antes, la misma Andrea había quedado de encontrarse con Carlos Andrés en el mirador de "Las Camelias": Lo envió con un compañero de trabajo pero su hijo no se quiso bajar en ese sitio y fue hasta el parador donde estaba Andrea acompañada de una persona de "la olla de libertadores", llamado Andrey
Carlos Andrés hablo con Andrea y luego regresó. Le dijo a su hijo que no volviera a ese lugar; que Andrea estaba con una persona dedicada al expendio de drogas; que esa mujer " le iba a hacer la vuelta" ya que andaba con " el duro de la olla" Los libertadores ; que no fuera allá porque ella " lo iba a sacar " , con el pretexto de que su patrón necesitaba que le vendieran un carro y que Carlos Andrés lo negociara para comprar uno más pequeño y que el resto del dinero era para Andrea, lo cual no hacia nadie , pese a lo cual su hijo, que estaba sin trabajo en ese momento, decidió asistir a esa cita.

Conocían a Andrea de toda la vida por haber vivido en el mismo barrio. Un sobrino de ella llamado Bryan Higuita se mantenía con su hijo. Andrea "se infiltró" en su casa en los días previos al homicidio de Carlos Andrés para poder sacarlo de su casa, lo que coincidió con el tiempo en que se intensificaron los atentados.

Una tía de su hijo llamada Ruby Martínez Ríos, fue quien le contó que Andrea había llamado a su descendiente para que fuera a recoger el carro del que hizo mención.

Hizo referencia a la conversación anterior que había tenido su hijo con Andrea días antes, en el sector de "La Camelia", cuando ella estaba acompañada de Andrey que era uno de "los duros del expendio".

Luego del asesinato de su hijo fue entrevistado por investigadores de la SIJIN y de la defensa.

Al ser contrainterrogado dijo que Didier Lenis, reiteró que era el amigo de su hijo, les había contado que Carlos Andrés había ido por Andrea y que Jhon Jairo era quien le había disparado.

Reconoció una entrevista que rindió en el mes de septiembre de 2011[17], y expuso que si habían algunas imprecisiones en un aparte donde Didier Lenis dijo que había visto luego del homicidio a Jhon Jairo Vasquez y Andrea de J. Higuita y la fecha en que le entregó Didier la información sobre la muerte de su hijo, se debían al hecho de que se la hicieron cuando había pasado algo más de un mes desde la muerte de su hijo y todavía no había asimilado su pérdida, ni el trauma que le provocó esa situación que no había podido superar para la fecha en que rindió su declaración.

Didier Lenis, que fue el amigo de su hijo que los enteró de lo sucedido, tuvo que esconderse unos días por temor a sufrir retaliaciones de la banda de "Los Libertadores". Luego le dijeron que fuera a declarar ya que era el único que podía atestiguar sobre los hechos en que le dieron muerte a Carlos Andrés.

6.2.8 RUBY MARIBEL MARTÍNEZ RÍOS (tía de Carlos Andrés Cardona).

Hizo referencia a la vida familiar de su sobrino.

El 12 de agosto de 2011, se estaban s pasando de casa porque a Carlos Andrés le habían hecho varios atentados, realizados por personas del barrio "Los Libertadores" que se dedicaban al expendio de drogas, ya que su sobrino no se quiso involucrar en esas actividades

Antes de que le dieran muerte, Carlos Andrés recibió una llamada y le dijo que se la había hecho Andrea, que era la tía de un joven llamado Bryan, quien era muy cercano a su sobrino, para que fuera a "Frailes", para ayudarle a vender un carro.

Le contó a su hermana Marina quien le dijo que previniera a Carlos Andrés para que no fuera a ese sitio, ya que le estaban tendiendo una trampa.

Su sobrino le dijo que se quedara tranquila que se iba a ver con Andrea Higuita. Entonces le dijo que se fuera con Didier y los despachó. Este joven presenció el momento en que le dieron muerte a Carlos Andrés.

Conocía a Andrea Higuita porque fueron fundadores del barrio "La Mariana". Andrea tenía una relación de amistad con su sobrino pero no eran muy cercanos ni manejaban negocios.

Carlos Andrés dijo que iba ir a ayudarle a recoger un carro y que Andrea le iba a dar una parte por ayudarle a venderlo.

Recibió amenazas de Andrea Higuita, luego de la muerte de Carlos Andrés.

[17] No incorporada

Señaló a Andrea como la persona que ayudó para que le dieran muerte a su sobrino, ya que según los que le dijo el padre de Carlos Andrés, la misma Andrea lo había citado dos días antes en el mirador "Las Camelias". Dijo que la víctima no tenía un relación tan cercana con la acusada, pero que de un momento a otro, como un mes antes de la fecha en que le estaban haciendo los atentados, Andrea empezó a acercarse a su casa, a hablar con su hermana y a "hacerse la buena amiga"

Didier Lenis le contó que "el chunco" fue el que le disparó a su sobrino. En medio de su declaración, la testigo señaló a Andrea de J. Higuita en la sala de audiencias.

El día de los hechos Carlos Andrés le estaba ayudando con su trasteo y ahí fue cuando recibió la llamada y se fue en un taxi pese a las prevenciones que le hizo su madre, quien le mandó a decir que no asistiera porque le estaban colocando una trampa. Su sobrino le dijo que se quedara tranquila que se iba a ver con Andrea, que era la tía de Bryan. Por eso le dijo a Carlos Andrés que mejor se fuera con su amigo Didier para que estuviera más seguro.

No conoce a Jhon Jairo Vásquez Pérez. Aclaró que "el chunco" es el mismo Jhon Jairo; nunca lo había visto, ni sabía que tenía problemas con la familia de su sobrino.

Reiteró que Eulises Cardona le había contado lo relativo a la ida de su sobrino en días anteriores, al sector del mirador de "Las Camelias" y que Carlos Andrés había dicho que esa cita le daba "como mala espina".

6.3 PRUEBAS DE LA DEFENSA DE ANDREA DE JESÚS HIGUITA:

6.3.1 ALEXÁNDER OBANDO ARROYAVE: (Investigador de la defensa)

Se encargó de hacer entrevistas a los posibles testigos en el juicio.

Se trasladó al barrio "Frailes", donde ubicó el lugar de los hechos en que resultó muerto Carlos Andrés Cardona Martínez, alias "keko"

Entrevistó al administrador del establecimiento en donde funciona el negocio "La Farra". Hizo una fijación fotográfica a la misma hora en que ocurrieron los hechos, con condiciones de luminosidad similares a las de la hora en que se presentaron los hechos[18]. El investigador reconoció el informe fotográfico al que hizo alusión; indicó el día y la hora en que tomó las imágenes; describió el sitio y la cámara con que tomó las imágenes; las características del inmueble donde se produjo el homicidio y la ubicación de la víctima, con base en la información que le entregó el administrador de ese local.

Indicó que con base en esa información tomó unas fotografías relacionadas con la ubicación de la persona encargada del bar, para demostrar que había una pared que dificultaba su visibilidad hacia el exterior. Hizo referencia a lo que este le manifestó sobre lo sucedido antes de que se presentara el homicidio cuando llego una persona en un taxi que ingresó al negocio; el

[18] Folios 64 a 71

momento en que escuchó los disparos; la ubicación del occiso y que la persona que accionó el arma era joven y delgado .

Luego de observar sus informes, hizo referencia a unas entrevistas que realizó así:

Didier Alejandro Lenis Moncada, le dijo que había visto cuando una persona entró a ese negocio y le disparó de frente a su amigo Carlos Andrés alias "keko". Según el investigador el mismo testigo le dijo que no sabía cuántas entradas tenía el local.

Le pareció muy importante lo que le manifestó Ángela María Cerón, ya que ella le dijo que era la amante de Carlos Andrés Martínez (sic)," keko" (víctima), agregando que la esposa del finado, llamada Érika Soler de acuerdo a esa manifestación, podía "accesar" al Facebook de ella a través de la página de Carlos Andrés, porque él tenía la clave, y después de la muerte, en el "muro" Érika escribió "gracias dios por librarme de la muerte", refiriéndose al fallecimiento de Carlos Andrés.

El señor Jhon Jairo Reyes Utima, quien fue el patrono de la señora Ruby Maribel en un almacén ubicado en la cra 7ª con 15 de esta ciudad, fue interrogado sobre las presuntas amenazas que recibió esa señora, y expuso que ella trabajaba en la parte interna del negocio; no atendía público; a él nunca le pidieron permiso para ingresar al negocio y no percibió esa situación.

Reconoció otros documentos, como el oficio 067 de 2012 con solicitud a la SIAN sobre antecedentes de Carlos Andrés Cardona Martínez, frente al cual la FGN respondió el 22 de junio de ese año, que registraba una anotación como indiciado de la Fiscalía 33, con radicado 2011-02760 por el delito de asonada , estado activo.

Igualmente hizo referencia a una certificación que expidió la firma Herbalife, el 6 de julio de 2012, donde se certifica que Andrea de J. Higuita es la representante de negocios de Herbalife, por parte de la sociedad "Constructores de Éxito", que fue consultora nutricional de Herbalife. A su vez la Liga Risaraldense de Atletismo certificó su pertenencia a esa organización.

Dijo que la citada dama venía recibiendo amenazas desde el 22 de agosto de 2011, y conforme a un documento de la inspección 2ª de Policía, donde se ordenó una medida de protección a la señora Andrea de Jesús. Igualmente mencionó que se anexaban cinco copias de la planilla de revistas de vigilancia de la Policía Nacional, CAI de "Boston".[19]

En la parte sustancial de su contrainterrogatorio reiteró que había entrevistado al administrador del establecimiento donde ocurrió el homicidio; que en la entrevista no aparecía el administrador del negocio; que no plasmó lo que este le dijo en su entrevista y que verificó lo relativo a las amenazas que sufrió Andrea de J. Higuita en la inspección del sector de "Boston".

[19] Folios 73 a 77

Aclaró que en el oficio que se introdujo decía que las amenazas provenían de Luz Marina Pineda y que verificó lo relativo a la existencia de la medida de protección. Se introdujeron los documentos enunciados.

6.3.2 ÁNGELA MARÍA CERÓN GARCÍA (dijo ser amiga de Andrea de J. Higuita)

Fue amenazada antes de venir a entregar su testimonio. Un amigo de la familia de Carlos Andrés le dijo que si declaraba en el juicio "se me iba a ir hondo", lo cual había sucedido tres meses antes.

Conoció a Carlos Andrés Cardona Martínez, en el año 2008.

Fueron novios pero sólo duraron un mes ya que Carlos Andrés la tenia de "escudo", para llevar armas y droga a otros lugares.

En ese tiempo estaba muy amenazado. Carlos Andrés le dijo que le había dado muerte a un amigo; que le había tocado hacerlo y que le dolía haber realizado ese hecho. Desde ahí empezaron a hacerle atentados, por lo cual le propuso que se fueran vivir a Medellín para que no lo mataran, pero ella no aceptó.

Carlos Andrés trabajaba con personas del grupo "La cordillera" y le contó que ese grupo se dedicaba al tráfico de armas y montar "ollas" de venta de estupefacientes, como la que tenía con un muchacho en el sector donde ella vivía, por lo cual terminaron su relación.

Luego siguieron saliendo hasta que se produjo el atentado. Carlos Andrés se quedaba en su casa y le apagaba el celular a su mujer.

Luego de la muerte de Carlos Andrés se dio cuenta que su compañera, llamada Érika Soler "le había dado arrastre" a "keko" para que lo mataran, y comprobó en su cuenta de Facebook, que la misma Érika puso un comentario diciendo "diosito gracias por librarme de la muerte amén". Aclaró que solo conocía a la citada Érika a través de esa red social.

6.3.3 ELIZABETH SUÁREZ (Amiga de Andrea de J. Higuita)

El 12 de agosto de 2011, se enteró de que estaban incriminando a Andrea en el asesinato de Carlos Andrés Cardona.

Ese día estuvo con ella cuando iba para el barrio "La Mariana". Eran como las 8 de la noche.

Estaba reunida con las hermanas de Andrea. El encuentro fue en un puesto de perros del barrio "Libertadores".

Andrea la invitó a donde ella trabajaba, en la empresa Herbalife. Hablaron sobre su oficio. Estuvieron con sus hermanas Érika y Claudia.

Se quedó en ese sitio como hasta las 9.p.m.

Andrea se quedó allí. No vio que usara celulares. Siempre estuvo al lado de ella.

Carlos Andrés Cardona era conocido en el barrio ya que manejaba una banda delincuencial que traficaba con drogas. Se la pasaba peleando por el control del territorio, del barrio "La Mariana" contra el barrio "Libertadores".

Ha sufrido amenazas, ya que un muchacho del barrio "Venus" le dijo que a todos los que vinieran a declarar les iba a ir mal. Sin embargo se arriesgó a hacerlo para evitar que se cometiera una injusticia.

Reiteró que el 12 de agosto de 2011, estuvo con Andrea Higuita en las horas mencionadas y que la víctima manejaba una organización dedicada al expendio de drogas,en "La Mariana".

6.3.4 CLAUDIA PATRICIA HIGUITA QUIÑONES: (hermana de la acusada)

Dijo que había sido amenazada por un joven del barrio "La Mariana" que fue integrante de la pandilla del occiso, quien le dijo que ella y su hermana habían tirado una pistola en el viaducto y que si tenía que ver en eso la iban a matar.

Dijo que había escuchado que "ella" (supone que es la madre de la víctima), se iba a desquitar con las personas que habían venido a declarar en el juicio.

Su hermana Andrea salió del barrio hace como cinco años y reside en la urbanización "El bosque" cerca a la Universidad Tecnológica "

Andrea había llegado de Panamá días antes de que se presentara el homicidio de Carlos Andrés. El 12 de agosto de 2011 la invitaron a almorzar. Luego Andrea se fue para la casa de otra hermana suya llamada Érika y luego las acompañó en la tarde. A las 18.20 se fue a recoger a su hija al colegio. Regresó como a las 18.45 y se quedaron con Andrea el resto de la noche, donde su otra hermana llamada Erika.

Se fueron a comer "un perro" a eso de las 19.30 o 20.00 horas. A esa hora se acercó una amiga de Andrea llamada Elisa, que era estilista y le arreglaba el cabello y estuvieron hablando. Luego se fueron para donde Érika y Andrea se fue para su casa como las 23.00 o 23.30 horas en un taxi.

Su hermana asumió una actitud normal .No la vio usando celulares.

Conoció a Carlos Andrés Cardona, quien tenía muchos conflictos en el barrio por cuestiones de pandillas.

Su hermana Andrea le comentó que había tenido un romance con Carlos Andrés. Le dijo a Andrea que no estaba de acuerdo con esa relación ya que Carlos Andrés era un bandolero y un pandillero, que no era ejemplo para sus sobrinas. Sin embargo esa relación perduraba para el 12 de agosto de 2011.

Al ser contrainterrogada reiteró que ese día su hermana Andrea no usó teléfonos celulares. Se le exhibió una entrevista tomada por el investigador de la defensa el 14/03/2012, donde dijo que su hermana Andrea tenía el celular apagado por falta de batería y que al prenderlo encontró unas llamadas perdidas de "Marina", que estaba buscando a su sobrino Bryan.

6.3.5 ANDREA DE JESÚS HIGUITA QUIÑONES (Procesada)

Tiene vínculos con personas de los barrios "Libertadores" y" La Mariana" donde viven dos hermanas suyas y donde residió casi toda su vida.

Hizo referencia a sus actividades profesionales y deportivas que le permitieron trasladarse a otro sector de la ciudad, cinco años antes.

La semana anterior al 12 de agosto de 2011 había regresado de Panamá.
Sus hermanas Claudia y Érika la invitaron a almorzar. Estuvo en la casa de ellas entre las 12 o 12.30 p.m y donde su hermana Érika toda la tarde.
Más tarde se fueron a comer "un perro". Habló cerca de una hora con una vecina llamada Elizabeth, quien le consultó por un problema de alopecia, luego regresaron a la casa de su hermana Erika

Su cuñado Mario Andrés López (esposo de Erika), llegó como a las 22.30 o 23.00 horas y se fue para su casa en un taxi.

Conoció a Carlos Andrés Cardona, ya que vivió muchos años en el barrio "La Mariana". Inicialmente tuvieron una relación de amistad, ya que era el mejor amigo de su sobrino.

Con el tiempo terminaron teniendo una relación amorosa, que se inició en el año 2010 y duró hasta unos días antes de que le dieran muerte.

En los días anteriores al homicidio Carlos Andrés aun la llamaba. En ese tiempo convivía vivía con Érika Soler.

La madre de Carlos Andrés la llamaba a insultarla y hacerle reclamos porque era mayor que Carlos Andrés, por lo cual se veían a escondidas los fines de semana cada 15 días.

Carlos Andrés le dijo en una oportunidad que su mujer había dicho que si él no era para ella, no era para nadie.

Su muerte le dolió más que a la esposa de Carlos Andrés. Se enteró de su muerte al día siguiente, por medio de su sobrino Bryan.

Días antes de la fecha del homicidio recibió llamadas de la familia de Carlos Andrés, cuya madre no estaba de acuerdo en que el sostuviera una relación con una mujer mayor, por lo cual la denunció en el CAI de "Boston". Esa señora le dijo que dejara en paz a Carlos Andrés o que se atuviera a las consecuencias.

Liego del homicidio, los porteros de su conjunto le dijeron que habían ido unos tipos raros en motos y en carros.

No conoce la discoteca “La Farra”, ya que por su disciplina deportiva no consume licor.

6.4 PRUEBAS DE LA DEFENSA DE JHON JAIRO VÁSQUEZ.

6.4.1 CARLOS ADRIÁN BUITRAGO TORO:

No tiene parentesco con el acusado.

Se desempeña como contratista en obras civiles, trabaja instalando piscinas en “Cerritos”

Conoció a Jhon Jairo Vásquez y lo contrató para que hiciera diversos trabajos, entre junio y agosto de 2011. En ese tiempo laboraba en un taller de carpintería en aluminio.

Para el 12 de agosto de 2011 Jhon Jairo le estaba haciendo un trabajo de carpintería de aluminio. Le revisaba el trabajo diariamente y por eso ese día lo vio en un taller a eso de las 20.00 o 20.30 horas y cree que estaba acompañado del dueño del taller llamado Dagoberto.

6.4.2 .DAGOBERTO MARULANDA

No tiene parentesco con Jhon Jairo.

Fue empleado suyo hasta que lo detuvieron.

Para el 12 de agosto de 2011, Jhon Jairo trabajaba en su taller, que se lo había prestado para que hiciera unos trabajos pendientes con el señor Adrián, que era el patrón de él en ese momento.

Nunca tuvo problemas con Jhon Jairo Vásquez, quien estuvo laborando ese día en ese sitio, como hasta las 9.30 o 10 de la noche.

Recuerda con precisión esa fecha porque sus hijos estaban de visita. Uno de ellos era muy amigo del finado a quien le decían “keko”, quien vivía en el barrio “Libertadores”

6.4.3 JOSÉ PLINIO FLÓREZ MARÍN.

No conocer a Jhon Jairo Vásquez.

Trabaja como taxista. El 13 de agosto de 2011 se acercó al comando de Policía de Dosquebradas, fue a llevar un servicio al sector de “Frailes” en ese municipio.

En ese momento se acercó un joven que transitaba en una moto, quien le dijo que si estaba libre; que lo esperara y que llevara 3 muchachos para Dosquebradas.

El joven se vino en la moto. Llevó a los tres pasajeros hacia "Santa Teresita". El de la moto le decía a los pasajeros que si "iban bien".

Supo que habían matado a alguien en ese sitio. Se preocupó porque pensó que los autores del hecho habían sido los jóvenes que recogió.

Cuando vio la noticia en el periódico le comentó a su patrón que es un sargento de la SIJIN, ya que sintió temor de que lo involucraran en esos hechos, quien le dijo que fuera al comando de la Policía y expusiera el caso.

Reconoció una entrevista donde constaba lo que expuso anteriormente.[20]
De "Frailes" a "Santa Teresita", el recorrido dura cerca de 4 o 5 minutos. Las personas que recogió no comentaban nada raro. No los reparó mucho. Entre ellos no estaba Jhon Jairo Vásquez, ni iba ninguna mujer.

No vio a ninguna persona que le disparara a la víctima. Le pareció "sospechosa la carrera" por el aspecto de los pasajeros. No escuchó ninguna conversación relacionada con el homicidio de Carlos Andrés Cardona.

6.4.4 JHON JAIRO VÁSQUEZ PÉREZ (Procesado)

Antes de su detención trabajaba en labores de arquitectura de aluminio y vidrio, con Dagoberto Marulanda y Jaime Bedoya. Luego empezó a trabajar de manera independiente.

Cuando debía hacer trabajos más grandes les pedía a ellos que lo dejaran laborar en el taller o en la misma obra.

Para el 12 de agosto de 2011 estaba haciendo una obra de ventanería para "Autopistas del Café" de parte del señor Adrián Buitrago, en el taller de Dagoberto Marulanda.

El señor Ardían Buitrago se mantenía pendiente de la realización de la obra. Se quedaba hasta tarde trabajando con ellos y como a las 8:00 u 8:30 se tomaba un refresco con Dagoberto Marulanda. El 12 de agosto de 2011 trabajó como hasta las 20.0 o 20.30 horas y subió a su casa después de las 21.00 horas.

6.5 Luego de concluido el debate probatorio la delegada de la FGN pidió que no se dictara sentencia condenatoria por el delito de homicidio agravado, mencionado en el escrito de acusación, sino por homicidio simple, en concurso con la conducta descrita en el artículo 365 del C.P. (no hizo referencia a ninguna causal de agravación para ese delito). Precisó que la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58-10 del CP, solo debía aplicarse frente al *contra jus* de homicidio. Precisó que Jhon Jairo

[20] No introducida al juicio

Vásquez Pérez debía ser condenado como autor de las conductas punibles y Andrea de J. Higuita como cómplice de las mismas.

7. CONSIDERACIONES

7.1 CUESTIÓN PREVIA

7.1 Antes de que esta Sala de Decisión Penal emita un pronunciamiento de fondo en relación con los temas objeto de debate, es necesario hacer un análisis sobre el escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto por el doctor Carlos Alberto Mena Pino, en calidad de defensor del señor Jhon Jairo Vásquez Pérez, pues al revisar el citado documento[21], se advierte una manifestación que carece de los mínimos requisitos para sustentar la alzada frente a la sentencia de primer grado, pues el citado profesional se limitó a exponer que: i) coadyuvaba el escrito presentado por el defensor de Andrea de J. Higuita Quiñonez, ya que se debía tener como "sospechosa" la declaración del testigo presentado por la FGN (sin mencionar a cuál de ellos se refería); ii) hizo una cita textual de la sentencia C-537 de 2006 en la que se estudió la exequibilidad de los artículos 226 y337 de la Ley 600 de 2000, que se encuentra totalmente fuera de contexto con el caso examinado, ya que se refiere a los eventos en que una persona que rinde indagatoria pueda ser interrogado como testigo por el coimputado; y iii) mencionó jurisprudencia (sin cita) relacionada con la garantía constitucional de la doble instancia, sin hacer referencia a que decisión o providencia corresponde, el cual, luego de ser revisado el asunto por parte de esta Corporación, se pudo establecer que se trata de un aparte de la sentencia C-365 de 1994, con ponencia del Honorable Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, en la cual se estudió la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 81 de 1993, mediante la cual se introdujeron modificaciones al Código de Procedimiento Penal, que establecía para esa época, la obligación de sustentar el recurso de apelación, so pena de ser declarado desierto; y iv) Finalmente solicitó la revocatoria del fallo de primer grado, para que en su lugar se dictara sentencia absolutoria en favor del señor Jhon Jairo Vásquez Pérez.

7.1.2 Al respecto, se debe manifestar que el artículo 179 del C.P.P. dispone que el recurso de apelación puede ser sustentado de forma oral, en el mismo acto de lectura de sentencia, o, por escrito dentro de los cinco días siguientes a la lectura del fallo.

A su turno, el canon 179 A del mismo estatuto dispone que cuando no se sustenta el recurso de apelación, éste se debe declarar desierto, mediante providencia contra la cual procede el recurso de reposición.

En ese sentido hay que manifestar que la exigencia de sustentar el recurso de apelación, encuentra su razón en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior funcional los motivos de su inconformidad, frente a la decisión que pretende que sea modificada o revocada.

[21] Folios 161-162 cuaderno principal

7.1.3 En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha expuesto que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* le permite al recurrente exponer sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, para que la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

7.1.4 Precisamente, la Corte Constitucional, en la sentencia C-365 de 1994 cuya cita omitió relacionar el defensor de Jhon Jairo Vásquez Pérez, estableció lo siguiente:

(…)

La obligación de sustentar la apelación en materia penal
El artículo acusado establece la sustentación del recurso de apelación como requisito indispensable para que a éste se le pueda dar trámite. Por eso dispone que, si el recurso no se sustenta, el funcionario competente lo declarará desierto mediante providencia de sustanciación -erróneamente denominada "sustentación" en el texto del artículo-, contra la cual procede el recurso de reposición.

El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.

Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.

(…)

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a

que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

(…)

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

(…)

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único…" (Subrayas fuera del texto original).

7.1.5 A su vez, en CSJ SP del 19 de noviembre de 2002, radicado 18619 se expuso lo siguiente:

"(…)

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales".

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido

gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.[22]

7.1.6 En CSJ SP del 16 de enero de 2003, radicado 18665 se expuso:

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.
(…)

En consecuencia, al no existir una sustentación jurídicamente atendible, lo único procedente es declarar desierto el recurso de apelación interpuesto" (Subrayas fuera del texto original).

7.1.7 En CSJ SP del 1 de febrero de 2012, radicado 36407, se manifestó:

"3. La obligación de sustentar el recurso.

3.1. Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

3.2. En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.

3.3. El recurso presentado por la defensa dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer una nueva tesis (falta de antijuridicidad) en torno a las razones por las que considera se debe precluir la investigación a favor de su representada.

[22] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.

No se ocupó -como era debido- en el sustento de la determinación tomada por el tribunal, que no fue otra que negar la preclusión por no encontrar acreditado el error de tipo como causal de ausencia de responsabilidad.

3.4. El censor no podía desatender que el objeto que convocó la decisión del a quo fue la solicitud de la fiscalía de precluir la investigación por la acreditación de un error de tipo, respecto del cual concluyó que con las pruebas acopiadas hasta el momento no se podía llegar a tal conclusión, luego el debate jurídico a cargo del impugnante debía centrarse en este aspecto, el que fue totalmente ignorado.

3.5. Así las cosas, el recurrente no controvirtió de ninguna manera los fundamentos de la providencia objeto de disenso, sino que limitó su tesis a proponer nuevas razones por las que consideró se imponía archivar la investigación, sin que resulte de recibo que acuda a plantear su solicitud a través del recurso de apelación frente a una determinación que tuvo como fundamento un debate jurídico distinto al que presenta.

En ese orden, si la sustentación del recurso irrumpe en el ordenamiento como una carga procesal de ineludible cumplimiento para el impugnante, su omisión conduce a declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor." (Subrayas fuera del texto original).

7.2 Del marco normativo y jurisprudencial citado, se advierte que en el caso *sub lite,* el defensor del señor Jhon Jairo Vásquez Pérez, no se ocupó de cuestionar la providencia recurrida, ya que se limitó a manifestar que coadyuvaba los argumentos del defensor de la señora Higuita ; a hablar de un "testigo sospechoso", sin indicar de quién se trataba y citar apartes de jurisprudencias que no guardan relación con el contexto fáctico del caso, sin detenerse a analizar por qué razón el juez de conocimiento incurrió en alguna equivocación al valorar las pruebas practicadas en el juicio, para deducir la responsabilidad de su mandante.

Por lo tanto la Sala, en aplicación del artículo 179 A del CPP, declarará desierto el citado recurso , por falta de sustentación y en consecuencia sólo se examinará la impugnación contra la sentencia que presentó el defensor de la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1. Competencia:

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

8.2. Problema jurídico a resolver:

En atención al principio de la limitación de la doble instancia, la Sala debe pronunciarse sobre las situaciones referidas por el defensor de la procesada Andrea de J. Higuita Quiñonez, para determinar si en el presente asunto, existe prueba que lleve al conocimiento más allá en toda duda, acerca de la responsabilidad penal de la procesada por el concurso de delitos por el que fue sentenciada, en atención a que el ataque del censor contra el fallo de primer grado, se centra específicamente en controvertir los fundamentos del fallo de primer grado, en especial el juicio de valoración probatoria efectuado por el *A quo,* ya que en lo esencial el recurrente pretende desestimar de plano el testimonio de Didier Alejandro Lenis Moncada, quien de acuerdo con la teoría del caso de la Fiscalía, fue testigo presencial de los hechos en los que perdió la vida el señor Carlos Andrés Cardona Martínez

8.2.1 Sin embargo, antes de realizar el correspondiente análisis probatorio, es necesario referirse a lo indicado por el defensor en el recurso, en el sentido de que en la audiencia de lectura de sentencia, se había dado a conocer la verdadera identidad de quien disparó en contra del señor Cardona Martínez, indicando que el responsable de los hechos era el señor José Gabriel Torres, por lo cual era necesario que esta Sala revisara una declaración escrita que hizo el señor Juan Pablo Arenas (anexa al recurso de apelación), en la cual manifestó que había sido testigo presencial del homicidio de Andrés Cardona[23].

En ese sentido se debe manifestar que antes de proferirse esta decisión se dio respuesta a otras peticiones del defensor de la señora Higuita, en el sentido que se tuvieran en cuenta manifestaciones contenidas en escritos dirigidos a esta Sala por Laura Alejandra Martínez Luna[24] o escritos atribuidos al testigo Didier Alejandro Lenis Moncada [25]

Al respecto se debe indicar que en su oportunidad se le dio contestación al señor Defensor, en el sentido de que el principio de preclusión de los actos procesales no permite valorar pruebas que no fueron debatidas en la audiencia de juicio oral, lo cual resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 16 del CPP, que establece el principio de inmediación, según el cual: "*En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a contradicción ante el juez de conocimiento."*

8.3 Ahora bien, como el recurso de apelación presentado a favor de los intereses de la señora Andrea de Jesús Higuita Quiñones se relaciona directamente con el ejercicio de valoración probatoria hecha por el Juez de primer grado, es necesario hacer un estudio pormenorizado de la prueba presentada en el juicio, a fin de pronunciarse sobre el recurso propuesto, partiendo de la base de que la señora Higuita Quiñones (en lo sucesivo AJHQ), fue condenada en como cómplice de las conductas punibles de homicidio del cual fue víctima Carlos Andrés Cardona y de porte de armas de defensa personal.

[23] Folio 177
[24] Folios 192 y 196
[25] Folios 197 a 198

8.3.1 En ese orden de ideas hay que hacer una referencia inicial al escrito de acusación, en el cual se hizo referencia a lo expuesto por la FGN en la audiencia de formulación de imputación y se indicó que el 12 de agosto de 2001 fue asesinado Carlos Andrés Cardona Martínez ,en el negocio llamado "La Farra" ubicado en la manzana A casa 1 del barrio "Santiago Londoño" de Dosquebradas y que se había obtenido prueba en el sentido de que: *"…la señora AJHQ, a través de una llamada, hizo que la víctima llegara hasta el establecimiento comercial indicado, donde lo estaba esperando CARLOS ANDRÉS CARDONA MARTÍNEZ, para proceder a quitarle la vida de cuatro disparos. Se pudo establecer que las personas mencionadas obraban de común acuerdo para cumplir el fin propuesto".*

8.4 Con base en la a prueba practicada en el proceso, hay que manifestar inicialmente que no existe ninguna duda sobre la existencia de las conductas por las que fue acusada la señora H.Q., ya que mediante estipulaciones probatorias se aceptó como hecho cierto lo relativo a la muerte violenta de Carlos Andrés Cardona Martínez, el 12 de agosto de 2011, a eso de las 20:40 horas, con base en el informe pericial de necropsia, su registro civil de defunción y otros documentos[26]. Aunado a lo anterior, las partes consintieron en considerar probado que ni el señor Jhon Jairo Vásquez Pérez, ni la señora A.J.H.Q., se encontraban registrados en el sistema nacional de control y comercio de armas, municiones y explosivos a nivel nacional, según el oficio No. 6269 DIV3-BR08-BASAM-SCCA-746 de fecha 2 de noviembre de 2011, suscrito por el Mayor Abdala Ávila Sudki Said, del batallón "San Mateo".[27].

Se introdujo también y a título de estipulación probatoria, el informe pericial de balística, elaborado por Wilson Sanabria Sierra, en el cual se plasmó el resultado del estudio practicado a dos proyectiles recuperados del cadáver de Carlos Andrés Cardona Martínez, en el que se concluyó que pertenecían al calibre .38 Special, que son de los comúnmente disparados por armas de fuego de funcionamiento mecánico tipo revolver del mismo calibre, dentro de los que se encuentran las marcas Smith & Wesson, Ruger, Ruby, entre otros.[28]

8.5 En lo que tiene que con la responsabilidad de la señora A.J.H.Q., cuyo grado de intervención en los hechos fue degradado de un supuesto de coautoría al de complicidad en la sentencia recurrida, y sobre lo cual versa el recurso interpuesto por la defensa, se hacen las siguientes consideraciones:

8.5.1 En el juicio se obtuvo la declaración del funcionario de policía judicial Luis Jerónimo Castrillón Escobar, quien hizo referencia a las labores investigativas que le correspondió adelantar inicialmente, indicando que luego de hacerse presente en el lugar donde se perpetró el homicidio de Carlos Andrés Cardona Martínez, se dedicó a realizar labores de vecindario y entrevistas informales a las personas que allí se encontraban, entre ellos, al administrador del local "La Farra", a quien le mencionó que la persona fallecida había llegado a ese sitio y se estaba tomando una cerveza, cuando

[26] Folios 1 a 8 C. Pruebas
[27] Folio 16 C. Pruebas
[28] Folios 10 a 12 C. Pruebas

apareció una persona de sexo masculino que le propinó unos disparos y huyó. Este testigo expuso que conocía a la víctima, ya que vivía en un sector problemático de Dosquebradas, como los barrios "La Mariana" y "Libertadores", pues allí se presentaban problemas por enfrentamientos entre bandas por el control del sector, donde se accionaban armas, hechos en los que participaba el occiso. Agregó que hubo otras personas que presenciaron los hechos, pero que no entregaron información sobre las características del autor del homicidio, por temor a represalias. Esas manifestaciones fueron corroboradas con el testimonio que entregó el agente de policía judicial José Iván Pantoja Varón, en lo relativo a los pormenores del hallazgo del cadáver de la víctima y las gestiones investigativas iniciales que se adelantaron.

8.5.2 Ahora bien, el eje central de la argumentación del defensor de A.J.H.Q., se centra en descalificar las manifestaciones del señor Didier Alejandro Lenis Moncada, a quien tacha de ser un testigo falso, agregando que su declaración se encuentra llena de contradicciones y respuestas evasivas, lo que afecta su valor probatorio, teniendo en cuenta que es el principal testigo de cargos contra su representada.

Sobre ese tema se debe manifestar que para la fecha en que entregó su declaración, el joven Lenis Moncada se encontraba vinculado al programa de protección a testigos de la FGN. En su declaración expuso que: i) había vivido en el barrio "La Mariana" de Dosquebradas, en donde conoció desde niño a Carlos Andrés Cardona Martínez quien era su amigo y fue asesinado el 13 de agosto de 2011, en una discoteca que se llama "La Farra", en el barrio Frailes de Dosquebradas; ii) el día de los hechos, la procesada A.J.H.Q: a quien se refirió como "la mona" se comunicó después de las 18.00 horas con Carlos Andrés, y lo citó en ese establecimiento del sector de "Frailes", de lo cual podía dar fe ya que se encontraba con su amigo cuando este recibió la llamada, quien le indicó que era la tía de su amigo Bryan; iii) la última llamada que éste recibió, provino de la citada dama, ya que Carlos Andrés le dijo que debía bañarse para ir a hacer una vuelta de una venta de un carro, para ganarse un dinero; iv) su amigo le dijo que si le llegaba a pasar algo, la responsable sería la señora A.J.H.Q.; v) que una tía de la víctima de nombre Maribel, se enteró también de la llamada y como desconfiaba de esa invitación le dijo a su sobrino Carlos Andrés, que no acudiera a la cita que le habían puesto porque era una trampa, y que le pidió que lo acompañara al sitio donde lo habían citado; vi) al llegar al sector de Frailes observó a la procesada H.Q. afuera de la discoteca, hablando con Jairo (Jhon Jairo Vásquez Pérez, apodado "el chunco"); vii) cuando Carlos Andrés descendió del taxi, se quedó en el carro y se bajó en la esquina; viii) vio que Jhon Jairo Vásquez se dirigió hacia la discoteca, mientras su amigo se quedó hablando con A.J.H.Q quien luego se retiró del lugar por el sitio donde había cruzado antes Jhon Jairo Vásquez; ix) su amigo entró a la discoteca y como se estaba demorando mucho se preocupó y se dirigió hacia ese sitio; x) en ese momento la persona conocida como "el chunco" (se refiere el procesado a Jhon Jairo Vásquez Pérez) lo sobrepasó llevando un revolver en la mano; y xi) observó cuando "el chunco" le disparó a su amigo Carlos Andrés, quien estaba de pie.

El testigo Lenis Moncada explicó que cuando se realizaron los disparos, él se encontraba afuera de la discoteca, Dijo que Carlos Andrés había ido solo ese sitio, siguiendo instrucciones de AHHQ quien le había advertido que no podía ir acompañado a la cita y que su amigo le había contado, que días antes la procesada lo había citado por el sector del mirador de "Las Camelias" y que se iba a ver con ella y con Andrey N., que era "un chino del barrio Libertadores"; que le pondría un mensaje en caso de que sucediera algo y a los 15 minutos le llegó el mensaje en el que le daba a entender que todo iba bien, ya que había pasado por allí una patrulla de la Policía. El testigo consideró que su amigo se había salvado porque "como que ese día le iban a hacer un atentado allá", y que Carlos Andrés cumplía las citas que Andrea le ponía, porque eran amigos sin saber si tenían alguna relación de tipo sentimental, aunque si era cierto que se conocían de toda la vida.

En su declaración el joven Lenis se reafirmó en los cargos que lanzó contra Jhon Jairo Vásquez y A.J.H.Q. .Dijo que luego de que Jhon Jairo accionara el arma contra su amigo, alguien le pasó una chaqueta blanca y luego lo vio al igual que a A.J.H.Q., entre la gente que se aglomeró en el lugar de los hechos, luego de lo cual se retiró del sitio, por temor a que llegara más gente del barrio "Libertadores".

El testigo fue claro igualmente al referirse al móvil del homicidio, para lo cual expuso que las personas de "Libertadores" querían coger el barrio "La Mariana" para "vender vicio", e involucrar a los jóvenes del sector en el comercio de drogas, situación que no permitía su amigo Carlos Andrés, quien había sido amenazado, indicando que "estaba valiendo como cuatro millones"; que habían sufrido atentados y habían disparado contra la casa de su amigo. Manifestó igualmente que "el chunco" (Jhon Jairo Vásquez Pérez) era del barrio "Libertadores" y que Andrea (o sea A.J.H.Q.) vivía en el barrio en "La Mariana", pero tenía familia en "Libertadores" y sostenía relaciones sentimentales con Edwin N. quien manejaba las armas de una banda dedicada al microtráfico de drogas en ese sector.

Hay que indicar que el joven Lenis dijo haber intervenido en las diligencias de reconocimiento fotográfico que fueron introducidas al juicio, donde señaló los implicados, indicando que no había recibido ningún tipo de presiones para hacer ese reconocimiento, lo cual repitió en medio de su declaración en el juicio oral, agregando que había recibido amenazas de personas del sector de Los "Libertadores", entre ellas un hijo de Jhon Jairo Vásquez Pérez, llamado Ronald.

En lo que atañe a la intervención de A.J.H.Q. en los hechos, el testigo fue claro al manifestar que nunca pensó que la citada dama "fuera a sacar" a su amigo del sector de "La Mariana"; que creía que Andrea le "había picado arrastre" a Carlos Andrés por plata y por ser "la moza de Edwin"; que estaba seguro de que la procesada fue quien hizo la llamada para citar a la víctima y que la vio en compañía de Jhon Jairo Vásquez en inmediaciones de la discoteca donde este fue ultimado, explicando que la desconfianza de la víctima para con Andrea, se originaba en el hecho de que ella subía al barrio "Libertadores" y hablaba con gente de ese sector, pese a lo cual había acudido a la cita que le puso.

8.5.3 En este caso el argumento central del recurrente se centra en el hecho de tachar de falsas las manifestaciones del testigo Didier Alejandro Lenis, en lo relativo a los cargos que le formuló a Jhon Jairo Vásquez y A.J.H.Q., lo que sustenta básicamente en que el declarante se equivocó en lo relativo a la fecha del homicidio de Carlos Andrés Cardona; en haber incurrido en algunas contradicciones en su declaración o no recordar ciertos detalles sobre el suceso.

Sin embargo, la Sala considera que en caso *sub examen*, la única persona que tiene el carácter de testigo directo de lo sucedido, en los términos del artículo 402 del CPP, viene a ser el joven Lenis, ya que el administrador de la discoteca "La Farra" no entregó ninguna información sustancial para identificar al autor del crimen .

8.5.4. En ese orden de ideas hay que advertir que el señalamiento que hizo de Jhon Jairo Vásquez, como autor material del homicidio de Carlos Andrés Cardona y de A.J.H.Q., como la persona que le tendió la trampa a su amigo para que se dirigiera a la discoteca del sector de "Frailes", donde fue asesinado, se encuentra verificado con otras pruebas practicadas en el juicio, como el testimonio entregado el funcionario de policía judicial, Giovanny Villota Galvis, quien dijo que entre otras personas había entrevistado al padre de la víctima, el cual le dijo que tenía conocimiento sobre la ubicación de un testigo presencial del homicidio de su hijo, quien se llamaba Didier Alejandro Lenis Moncada, y se dirigió en compañía de Carlos Andrés, al sector de "Frailes", luego de que su descendiente recibiera la llamada que le hizo A.J.H.Q., por lo cual se puso en contacto con Didier Alejandro Lenis Moncada, quien fue entrevistado inicialmente en las instalaciones del ICBF, ya que era menor de edad, luego de lo cual se adelantaron las indagaciones derivadas de las manifestaciones del testigo, en el sentido de que la muerte de Carlos Andrés había sido ordenada por una banda delincuencial dedicada al microtrafico de sustancias estupefacientes en la zona de "Libertadores" y de "Villamaría"; que "Andrea" era la procesada A.J.H.Q. y que "el chunco" era Jhon Jairo Vásquez Pérez; que las fuentes informales indicaron que se había corrido el rumor de que esas personas eran las responsables de la muerte de la víctima, pues trabajaban para la "olla" de "Libertadores" y "Villamaría" liderada por un sujeto conocido como Edwin y su madre llamada Viviana y que el homicidio del joven Cardona Martínez fue ordenado, porque obstruía la venta de estupefacientes provenientes del barrio los "Libertadores", en el barrio "La Mariana".

El mismo investigador manifestó que Didier aseguró conocer tanto a Andrea como a Jhon Jairo, desde hacía varios años a quienes señaló en sus diligencias de reconocimiento fotográfico y expuso que Jhon Jairo vivía cerca de la cancha del barrio Libertadores y que sabía que le decían "el chunco", porque le faltaban algunos de los dedos de una mano, pues los había perdido en una riña. Sobre este punto hay que manifestar que la referencia que hizo el testigo Lenis sobre esta característica particular del señor Vásquez, se encuentra confirmada con uno de los documentos que se estipuló en el juicio,

como el informe de identidad del citado ciudadano[29] donde se consigna que presenta amputación del dedo meñique de su mano derecha.

Según el investigador, el mismo testigo dijo que "Andrea" era la procesada A.J.H.Q., conocida como "la mona" quien vivía en Villamaría y se encargó inicialmente de invitar a Carlos Andrés al sector de Las Camelias y el día de su muerte "lo sacó" de "La Mariana" hacia el sector de "Frailes" donde luego la acusada se retiró hasta que llegó "el chunco" y lo mató, y que se trataba de la misma persona que le había mandado a decir que "si se ponía de sapo lo mataban", por lo cual se tuvo que ir del barrio y vivir escondido, y que además la acusada "trabajaba" con Edwin y Viviana para la "olla de Libertadores".

8.5.5 Debe tenerse en cuenta que la señora Luz Marina Martínez, madre de la víctima, manifestó que antes de su deceso, su hijo le había contado que "la mona" lo estaba llamando.

A su vez el señor Eulises Cardona, padre del finado, expuso que dos o tres días antes del atentado, su hijo había quedado de encontrarse en el mirador de Las Camelias con la señora A.J.H.Q. , y que lo envió a ese sitio con el conductor que le recibió el turno, quien lo dejó en la entrada de ese lugar, pero que Carlos Andrés no se quiso bajar del taxi porque vio la situación sospechosa y subió hasta el parador en donde vio a Andrea con un hombre llamado Andrey que pertenece a la "olla de Libertadores", lo cual le contó esa misma noche, por lo cual le dijo que Andrea no tenía nada que estar haciendo con un hombre de Libertadores y que esa mujer le "iba a hacer la vuelta".

8.5.6 Fuera de lo anterior para la Sala resulta sustancialmente importante el testimonio entregado por la señora Ruby Maribel Martínez Ríos, tía de la víctima, quien expuso que el 12 de agosto de 2011, su sobrino se quedó con ella ayudándole a empacar su trasteo, ya que el igual que sus padres se habían visto obligados a irse de "La Mariana", en vista de los atentados que le hacía la gente de los "Libertadores" a Carlos Andrés, y que por ello presenció el momento en que éste recibió una llamada y al preguntarle quien lo había llamado, éste le respondió que era "la mona", Andrea "la tía de Bryan" para pedirle el favor de que le ayudara a vender un carro, luego de lo cual recibió una llamada de su hermana Marina, quien le dijo que le manifestara a Carlos Andrés que no saliera porque esa era una trampa, quien le respondió que debía estar tranquila porque se iba a encontrar con Andrea Higuita, a lo cual le replicó la señora Ruby que era mejor que se fuera acompañado de Didier y Lenis entonces los dos abordaron un taxi, en el que ella "los despachó". La misma testigo dijo haber recibido amenazas de A.J.H.Q. luego de que se presentara el homicidio de su sobrino.

8.6 En conclusión para Sala lo que se demostró en el juicio oral, fue lo siguiente:

i) Que el 12 de agosto de 2011 Carlos Andrés Cardona Martínez se encontraba en la casa que hasta ese día había habitado su familia, ayudándole a su tía Ruby Maribel Martínez Ríos a terminar de empacar el trasteo, ya que su núcleo familiar y el de ésta, debieron abandonar esa casa

[29] Folio 44 vto.C. Pruebas

ubicada en el barrio “La Mariana”, debido a los problemas de seguridad que tenía la víctima, ya que se encontraba amenazado e incluso le habían hecho atentados a su casa, al parecer por personas del barrio “Libertadores”, pertenecientes a la banda delincuencial que allí lideraba el microtráfico de estupefacientes.

ii) Que el celular de Carlos Andrés se descargó y por ello, Érika Soler, compañera permanente de éste, lo llamó al móvil de su amigo Didier Alejandro Lenis Moncada, quien se encontraba con él, para que se lo pasara y en la conversación le dijo que Andrea Higuita la había llamado buscándolo, lo que incluso generó un reclamo de la señora Érika.

iii) Que Didier Lenis Moncada le prestó su celular a Carlos Andrés Cardona Martínez, quien instaló en él la SIM Card del suyo y recibió una llamada, luego de lo cual enteró a su amigo, a Didier y a su tía Ruby Maribel que la llamada la había hecho “la mona”, o Andrea Higuita, a quien se refirió como “la tía de Bryan”, que era su mejor amigo, quien le pidió el favor de verse con ella en la discoteca “La Farra” del barrio “Frailes”, para que le ayudara a vender un carro, negocio por el cual la víctima se ganaría un dinero.

iv) Que Carlos Andrés Cardona y su amigo Lenis Moncada salieron juntos en el mismo taxi desde el barrio La Mariana y con destino hacia el barrio Frailes, específicamente a la discoteca La Farra, y cuando llegaron allí, vieron por la ventana del carro a Andrea de Jesús Higuita Quiñones en compañía de Jhon Jairo Vásquez Pérez, luego el señor Vásquez Pérez se retiró de allí y caminó hacia la parte de atrás de la discoteca, Carlos Andrés Cardona Martínez se bajó solo del taxi y su amigo Didier Alejandro estuvo en el vehículo por unos minutos más, ya que descendió del él, media cuadra más adelante

v) Que Didier Lenis vio cuando su amigo Carlos Andrés sostuvo una conversación con Andrea Higuita a las afueras de la discoteca por poco tiempo y después ingresó al establecimiento, mientras que ella se fue en dirección a la parte de atrás del local.

vi) Que como Carlos Andrés se estaba tardando, el testigo Lenis se dirigió hacia la mencionada discoteca, siendo sobrepasado en ese momento por Jhon Jairo Vásquez Pérez, a. “el chunco”, quien portaba un revólver y que esta persona ingresó a ese negocio y disparó en varias ocasiones contra Carlos Andrés Cardona Martínez, lo cual pudo ver Didier Lenis pues alcanzó a asomarse en dicho lugar en busca de su amigo

vi) Que Jhon Jairo Vásquez Pérez salió del establecimiento con un buso blanco, luego de lo cual Didier Lenis se alejó de allí porque sintió temor de que atentaran también en su contra, pero luego, observó en la multitud a Andrea de Jesús Higuita Quiñones y a Jhon Jairo Vásquez Pérez.

8.6.1.Como se expuso, la argumentación de la defensa se centró en tratar de demostrar: i) que Didier Alejandro Lenis Moncada no presenció el momento en que fue asesinado Carlos Andrés Cardona, ya que éste llegó solo al establecimiento “La Farra”; y ii) que la señora A.J.H.Q. era ajena a los hechos, ya que cuando estos se presentaron estaba en un puesto ambulante de

perros calientes, acompañada de sus hermanas Érika y Claudia, una sobrina y su amiga Elizabeth Suarez y que como la acusada y el ofendido habían sostenido una relación sentimental, hasta días antes del homicidio era probable que quien citó a Carlos Andrés en la discoteca la Farra hubiera sido su compañera permanente llamada Érika Soler, quien había expresado refiriéndose a la víctima que si no era para ella, no era para nadie.

8.6.2 Siguiendo esa línea de razonamiento el recurrente consideró que como el testigo Didier Alejandro Lenis Moncada, dijo que el homicidio de su amigo ocurrió el 13 de agosto de 2011 y no el día 12 como en realidad ocurrió, ello indicaba que no había presenciado los hechos, pero que sí estuvo en la discoteca "La Farra" al día siguiente del homicidio, con el fin de enterarse de las características del lugar y sus sitios de acceso, para poder sustentar la falsa declaración que rindió en el juicio en contra de su representada y de Jhon Jairo Vásquez, para lo cual se debían tener en cuenta igualmente las imprecisiones en que incurrió el joven Lenis en su declaración y los hechos que dijo no recordar.

8.6.3 Sin embargo, la Sala considera que esa inconsistencia no tiene el alcance que le pretende dar la defensa, ya que el testimonio del señor Lenis debe ser valorado en conjunto, es decir, con las demás pruebas practicadas en el proceso.

En ese orden de ideas queda claro que con prescindencia del error en que pudo haber incurrido el declarante con respecto a la fecha en que ocurrió el homicidio, de su testimonio se desprende claramente que el testigo Lenis Moncada inicialmente ubicó el día de los hechos como aquél en que se estaba haciendo el trasteo de los enseres de la señora Ruby Martínez, tía de la víctima, que fue el mismo día en que luego de que su amigo Carlos Andrés Cardona recibiera la llamada tantas veces mencionada, se dirigieron al sector de "Frailes" de Dosquebradas a una discoteca de nombre "La Farra", en donde le dieron muerte, frente a lo cual cabe anotar que de acuerdo al certificado de defunción anexado el fallecimiento del señor Cardona Martínez ocurrió el 12 de agosto de 2011.

Lo anteriormente expuesto lleva a afirmar que el hecho de que Didier Lenis hubiera manifestado que las llamadas de la procesada A.J.H.Q y el homicidio de su amigo, se presentaron el 13 de agosto de 2011, obedeció a un error en lo relativo a esa fecha, pero no significa, como lo considera el recurrente que no hubiera presenciado esos hechos, ya que ese tipo de argumentación puede definirse como una falacia argumentativa, la cual se presenta cuando se dan por ciertos determinados hechos, con base en apreciaciones subjetivas e inferencias que no pudieron ser comprobadas en el juicio oral, como ocurre en este caso, donde no se cuenta con ninguna prueba que indique que al día siguiente del homicidio el administrador de la discoteca donde ocurrió el crimen, hubiera hablado con Didier Lenis para enterarlo sobre la ubicación del cadáver de Carlos Andrés Cardona, los pormenores del homicidio o las características del lugar donde este se presentó.

8.6.4 Además la versión entregada por Didier Alejandro Lenis Moncada, encuentra eco en otras pruebas testimoniales, específicamente, en la

declaración que entregó la señora Ruby Maribel Martínez Ríos, pues ella confirmó que tanto éste como Carlos Andrés se fueron en un taxi hasta el lugar donde su sobrino se iba a encontrar con A.J.H.Q., con el pretexto de que le ayudara a vender un vehículo, cita que se hizo mediante una llamada que ésta hizo al celular de Didier Lenis, lo que demuestra que esa comunicación si existió y que la misma víctima le dijo a Didier y a su tía que la persona que lo había llamado era "la mona" o sea Andrea Higuita, que era la tía de su mejor amigo (Bryan), lo que permite establecer claramente que esa comunicación provino de la señora H.Q.

Fuera de lo anterior, hay que recordar que Didier mencionó en el juicio que en su aparato celular y en su abonado celular, recibió la primera de las llamadas proveniente de Érika Soler, la compañera permanente de Carlos Andrés Cardona Martínez, y le pidió que le pasara el celular a Cardona Martínez, momento en el que Érika le dio la razón que le había dejado "la mona" e incluso le hizo un reclamo airado porque al parecer sintió celos de la cita que ésta le puso en una discoteca, lo cual fue confirmado por Luz Marina Martínez Ríos, madre de la víctima, quien dijo que Érika se había enojado; que había preguntado quien era "la mona", a lo cual se hijo le respondió que era "la tía de Bryan"; que Érika le exigió que la tenía que llevar a la cita, y que Carlos André se negó aduciendo "que el patrón no dejaba que fuera acompañado".

8.6.5 Adicionalmente se debe manifestar al recurrente, que el sistema procedimental penal con tendencia acusatoria, se rige entre otros, por el principio de libertad probatoria, el cual indica que los hechos relevantes para demostrar tanto la materialidad de una conducta, como la responsabilidad del acusado en ella, pueden ser demostrados a través de cualquier medio de prueba legalmente válido, que en este caso fue la prueba testimonial, sin que resultara indispensable que se allegara el estudio link de las comunicaciones que se presentaron ese día, ya que no resulta aplicable el criterio de tarifa probatoria frente a ese tipo de evidencias, fuera de que la defensa también pudo haber hecho lo suyo en el proceso, solicitando esa prueba, lo que se desprende del principio de "incumbencia probatoria".

Debe manifestarse igualmente que la credibilidad del testigo de cargos se encuentra reforzada por el hecho de que su manifestación, en el sentido de que antes del homicidio, "el chunco" lo sobrepasó por su flanco izquierdo y llevaba en su mano un revolver, fue confirmada con el informe pericial de balística introducido como estipulación probatoria, según el cual los dos proyectiles que fueron encontrados en el cadáver de Carlos Andrés Cardona Martínez, eran de aquellos comúnmente disparados por armas de funcionamiento mecánico tipo revolver del mismo calibre[30], lo que indica que el declarante sí estuvo presente en el sitio de los hechos.

En este punto de la exposición, vale la pena recalcar, que no pueden ser tenidas como válidas las apreciaciones subjetivas hechas por el defensor de Andrea de Jesús Higuita, en cuanto a que no es creíble lo dicho por Didier Alejandro Lenis Moncada, en el sentido de que no ingresó con su amigo a la discoteca, sino que se quedó esperándolo. Para el efecto se debe tener en

[30] Folio 12 C. Pruebas.

cuenta que la víctima tenía serios problemas de seguridad, lo cual fue confirmado tanto por testigos de la FGN, como de la defensa, lo que explica que el testigo Lenis hubiera acatado la sugerencia de la señora Maribel Martínez, tía de la víctima para que acompañara a su sobrino a la cita.

A su vez quedó claramente demostrado con los dichos del testigo de cargos que al llegar al sector de "Frailes", vio inicialmente a la señora A.J.H.Q. hablando con Jhon Jairo Vásquez Pérez, "el chunco" en la parte exterior de la discoteca, y que luego Vásquez Pérez se dirigió a la parte trasera del establecimiento, mientras Andrea cruzaba algunas palabras con Carlos Andrés, y luego se retiró del sitio, lo que resulta conforme con lo expuesto por el señor Aldinever Bermúdez Hernández, administrador de ese negocio en el sentido de que transcurrió un tiempo entre el momento en que la víctima ingreso a la taberna y la agresión en su contra, que se entiende fue suficiente para que regresara Jhon Jairo Vásquez Pérez y lo ultimara.

8.6.6 Las manifestaciones del testigo Lenis sobre la información que entregó luego del homicidio, fueron confirmadas con las manifestaciones de Eulises de Jesús Cardona, y Luz Marina y Ruby Maribel Martínez Ríos, quienes precisamente dijeron que Didier les había contado sobre el homicidio de su hijo y sobrino; que había visto a Andrea hablando con "el chunco" y que éste le había disparado después a su familiar, en las circunstancias ya anotadas. Los mismos testigos fueron concordantes en lo que narraron sobre las llamadas que recibió su hijo en los días previos al atentado que le costó la vida y sobre las constantes agresiones armadas que les hacían personas del barrio "Los Libertadores" que le querían dar muerte a Carlos Andrés Cardona.

Debe decirse que en el proceso se acreditó que existían rivalidades entre personas de los barrios "Libertadores", "Villamaría" y "La Mariana", por el monopolio de venta de sustancias estupefacientes en el sector, lo que de acuerdo a lo expuesto por el investigador Giovanny Villota Galvis, generaba constantes problemas de orden público, en los cuales estaba involucrada la víctima, que fue señalada por algunos testigos como el jefe de una organización delictiva del barrio "La Mariana", que tenía conflictos con la banda de "Libertadores, liderada por unos sujetos llamados "Edwin y Viviana", hasta el punto de que estaban pagando un precio de cuatro millones de pesos por darle muerte al señor Cardona .

En ese sentido, cobra especial validez el testimonio de Didier Lenis Moncada, en el sentido de que Jhon Jairo Vásquez Pérez, persona habitante del barrio "Libertadores", quien acompañado de A.J.H.Q. minutos antes del homicidio, fue la persona que accionó el arma de fuego contra la víctima, quien había ido a ese sitio precisamente a atender una cita que le puso la procesada, con el resultado fatal que se produjo la noche del 12 de agosto de 2012.

8.6.7 Pese a que el joven Lenis Moncada manifestó en diversos apartes de su declaración que no recordaba algunos hechos o situaciones, también es cierto que en varias ocasiones solicitó que le aclararan las preguntas hechas por la Fiscal y los defensores, y ello debe ser valorado también, conforme a la personalidad del declarante, que para la fecha de los hechos era menor de

edad, pese a lo cual entregó un relato consistente avalado por otros medios de prueba, sobre la intevención de los acusados, en el homicidio investigado.

8.6.8 Para terminar de apoyar los dichos de Didier Lenis Moncada, hay que advertir que el citado testigo y personas allegadas a la víctima, manifestaron que habían sido objeto de amenazas para que no incriminaran a los acusados en el hecho investigado, señalando a personas conocidas o por lo menos determinadas, ya que Didier Lenis mencionó a un hijo de Jhon Jairo Vásquez Pérez, llamado Ronald, como el autor de las amenazas en su contra; la señora Luz Marina Ramírez, madre del occiso, hizo lo propio en contra de Claudia Higuita Quiñones, hermana de la acusada y la señora Ruby Maribel Martínez Ríos, tía del finado, igualmente refirió una intimidación que le hizo la procesada en su lugar de trabajo, situación que en este último caso, trató de desvirtuar sin éxito el investigador de la defensa, quien solo atinó a decir que el jefe de dicha dama había dicho que eso nunca había ocurrido, situación que no fue corroborada, ya que esa persona no rindió declaración en el juicio.

Lo anterior indica que se trató de evitar que estas personas fueran a rendir su testimonio en contra de la procesada A.J.H.Q., y que sobre el mismo tema se presenta una notoria diferencia con los testigos de la defensa, que igualmente refirieron amenazas, quienes nunca señalaron directamente a alguna persona, sino a un joven del barrio venus, u otro de la pandilla de “La Mariana”.

8.7 En garantía del ejercicio del derecho de contradicción de la prueba, hay que hacer referencia a las pruebas practicadas a instancias de la defensa, con base en el siguiente análisis:

8.7.1 El testimonio entregado por el señor Alexánder Obando Arroyave, investigador de la defensa, en nada desvirtúa los fundamentos de la acusación, ya que se centró: i) en hacer referencia a una inspección que hizo del lugar de los hechos, acompañada de fijaciones fotográficas; ii) a referirse a lo que le manifestó Aldinever Bermúdez, administrador de la discoteca “La Farra”, quien como se expuso anteriormente no entregó ninguna información relevante sobre el autor del hecho; iii) a hacer una somera manifestación sobre lo que le dijo el testigo Didier Alejandro Lenis Moncada; iv) a manifestar que Ángela María Cerón García había visto en el facebook de Érika Soler (compañera de la víctima para el momento del homicidio), que ésta “daba gracias a Dios por librarme de la muerte”, refiriéndose al fallecimiento de Carlos Andrés; v) a referirse a una entrevista que le hizo a Jhon Jairo Reyes Utima quien era el patrono de Ruby Maribel Martínez en un almacén de la carrera 7ª con calle 15 de Pereira, donde le manifestó que nunca se enteró de una amenaza a su empleada que se presentó en ese negocio; vi) a reconocer un documento sobre una anotación que obraba en la Fiscalía 33 contra Carlos Andrés Cardona por el delito de asonada; y vii) a hacer referencia a las actividades profesionales y deportivas de la procesada y al hecho de que había recibido amenazas desde el 22 de agosto de 2011, atribuidas a “Luz Marina Pineda”, según un documento de la Inspección 2ª de Policía de Pereira, donde se le asignó una medida de protección la cual confirmó con las planillas de revista hechas por la Policía Nacional.

8.7.2 Del testimonio entregado por Ángela María Cerón García, solamente se extrae: i) que fue amenazada por un amigo de la familia de Carlos Andrés Cardona Martínez, a quien no identificó, para que no declara en el juicio; ii) que su declaración se centró en describir las actividades ilegales de narcotráfico que realizaba el finado, para la organización "Cordillera", incluyendo un homicidio, lo que motivaba los atentados que le hicieron; y iii) y a señalar que había escuchado comentarios, en el sentido de que la compañera del occiso, llamada Érika Soler, era quien "le había dado arrastre" a la víctima y además había subido al facebook el mensaje que refirió el investigador de la defensa, lo que la llevó a concluir que la misma Érika era la responsable de la muerte de Carlos Andrés.

8.7.3 La señora Elizabeth Suárez concurrió a la vista pública para exponer: i) que el viernes 12 de agosto de 2011, un viernes, advirtió que estaban involucrando a su amiga A.J.H.Q en un homicidio, y que esa noche vio a la acusada reunida con sus hermanas en un puesto de venta de "perros", después de las 8 de la noche y estuvo conversando con ella hasta las 9 p.m, sin que hubiera visto que la acusada utilizara su teléfono celular; y ii) que la víctima era conocido en el sector, ya que se dedicaba a manejar una banda delincuencial de drogas que tenía conflictos territoriales con otra organización criminal del barrio "Libertadores".

Como se observa este testimonio no desvirtúa los fundamentos de la acusación contra la procesada, ya que las llamadas para citar a la víctima a la discoteca del sector de "Frailes", se hicieron mucho antes del encuentro de que dijo haber tenido con la procesada A.J.H.Q.

8.7.4 La señora Claudia Patricia Higuita Quiñones, dirigió su declaración a manifestar que la mayor parte de la tarde del 12 de agosto de 2011, había permanecido con sus hermanas Erika y A.J.H.Q. y que esta no había usado su teléfono celular. Sin embargo, la misma testigo reconoció que se había ausentado a las 18.20 horas, cuando fue a recoger a su hija al colegio, regresando a las 19.30 o 20.00 horas cuando se reunió nuevamente con la acusada, por lo cual resulta claro que su testimonio no desvirtúa que en ese interregno se hubieran hecho las llamadas que recibió la víctima, para citarlo al lugar donde le dieron muerte.

Además llama la atención que pese a la cercanía de los barrios "Los Libertadores" y "La Mariana", ni esta testigo, ni la señora Elizabeth Suárez, hubieran hecho alguna referencia sobre el hecho de que precisamente esa noche fue que se presentó el homicidio de Carlos Andrés Cardona, pese a que se trataba de una persona que era conocida por ellas, por dedicarse a actividades delictivas, hasta el punto de que la señora Claudia Higuita manifestó en el juicio que había expresado su inconformidad con el romance que sostenía su hermana Andrea con la víctima, que era un "bandolero" y un "pandillero".

8.7.5 A su vez, la Sala debe manifestar, que en virtud del principio de accesoriedad entre autor y cómplice y pese a que se declaró desierto el recurso de apelación que interpuso el defensor de Jhon Jairo Vásquez, es

necesario manifestar que la prueba de cargos desvirtúa rotundamente las manifestaciones del procesado en el sentido de que en su calidad de trabajador independiente, estuvo laborando el día de los hechos, hasta las 20.o 20 30 horas en el taller de Dagoberto Marulanda, en una labor para la cual lo había contratado el señor Carlos Adrián Buitrago, coartada que trató de ser confirmada con lo expuesto por dos testigos presentados por la defensa así .

El señor Carlos Adrián Buitrago Toro, manifestó que se desempeñaba como contratista de obras civiles; que conocía a Jhon Jairo Vásquez a quien había empleado para le hiciera diversos trabajos, entre junio y agosto de 2011. Expuso que para la fecha del 12 de agosto de 2011 Jhon Jairo le estaba haciendo un trabajo de carpintería de aluminio, que le revisaba diariamente y por esa razón, ese día lo vio en un taller a eso de las 20.00 o 20.30 horas, acompañado del dueño de ese negocio llamado Dagoberto.

Por su parte Dagoberto Marulanda entregó una versión diversa en lo relativo a la vinculación del señor Vásquez, manifestando que éste había sido empleado suyo hasta el día que lo detuvieron, lo cual contradice lo manifestado por el acusado y el señor Buitrago en el sentido de que Jhon Jairo laboraba de manera independiente, para lo cual expuso que el 12 de agosto de 2011 Jhon Jairo le había dicho que le prestara el taller para hacer unos trabajos que le había encargado Adrián Buitrago y que el acusado permaneció en ese sitio hasta las 9.30 o 10 de la noche, versión que además difiere de lo dicho por el acusado, sobre la hora en que se retiró del citado taller.

8.7.6 Las razones antes mencionadas llevan a concluir que estos testimonios no tenían otro objeto que confirmar la coartada del señor Vásquez Pérez, que se encuentra desvirtuada por el contundente señalamiento que hizo el testigo Didier Lenis acerca de la participación del acusado en el homicidio de Carlos Andrés Cardona, por lo cual se compulsarán copias para que los señores Carlos Adrián Buitrago Toro y Dagoberto Marulanda sean investigados por la conducta punible de falso testimonio.

8.7.7 Debe agregarse igualmente que la responsabilidad del señor Vásquez en los hechos, tampoco resulta desvirtuada, por el testimonio entregado por José Plinio Flórez Marín, quien se limitó a manifestar que en ejercicio de sus labores como taxista, fue abordado por un joven en el sector de “Frailes”, el 13 de agosto de 2011, para que llevara a hacia “Santa Teresita”; que el citado joven les decía a los pasajeros que si “iban bien”; que supo que habían matado a alguien en ese sitio; que se preocupó porque pensó que los autores del hecho habían sido los jóvenes que recogió; que las personas que recogió no comentaban nada raro y que le pareció “sospechosa la carrera” por el aspecto de los pasajeros, narración que como se observa no aportó ningún dato significativo para la investigación.

8.8 En conclusión, la prueba presentada por la defensa de Andrea de Jesús Higuita Quiñones, no goza de mayor entidad, como para afectar el poder de convicción que generan las evidencias introducidas al juicio, por la FGN, que demuestran que la señora H.Q., fue la persona que citó a Carlos Andrés

Cardona Martínez en la discoteca “La Farra”, lugar donde le dieron muerte y que fue vista en sus inmediaciones en compañía del señor Jhon Jairo Vásquez Pérez, que fue la persona quien disparó en contra del ofendido, por lo cual se puede llegar la conclusión de que la procesada prestó una ayuda o contribución para la realización de dicho homicidio, mediando un acuerdo previo a la realización de las conductas investigadas, en los términos del tercer inciso del artículo 30 del C.P., por lo cual se confirmará la sentencia que se dictó en su contra en primera instancia.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por el abogado Carlos Alberto Mena Pino, en su condición de defensor de confianza de Jhon Jairo Vásquez Pérez.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2014 por el Juzgado Primero Penal del circuito de Pereira, en cuanto fue objeto de impugnación, por parte del apoderado de Andrea de Jesús Higuita Quiñonez.

TERCERO: COMPULSAR COPIAS de esta decisión, con destino a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que se investigue la posible comisión del delito de falso testimonio, por parte de los señores Carlos Adrián Buitrago Toro y Dagoberto Marulanda.

CUARTO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso ordinario de reposición, únicamente frente a la determinación de declarar desierto el recurso que se interpuso en favor de Jhon Jairo Vásquez Pérez. En contra de la sentencia de segunda instancia en el caso de Andrea de Jesús Higuita Quiñones, procede el recurso extraordinario de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

WILSON FREDY LÓPZ
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015)

ACTA DE APROBACIÓN No 204
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	Abril 28 de 2015, 3:05 p.m.
Imputado:	Jairo Morales Lamundia
Cédula de ciudadanía:	18.611.658 de Belén de Umbría (Rda.).
Delito:	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Víctima:	La seguridad pública
Procedencia:	Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía (Rda.) con funciones de conocimiento, en traslado temporal al municipio de Belén de Umbría (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra el auto proferido en marzo 9 de 2015, por medio del cual se negó la práctica en juicio de pruebas sobrevinientes. SE ABSTIENE DE CONOCER.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

1.1.- En el escrito de acusación presentado al juzgado de conocimiento se dejó consignado lo siguiente:

> "El día 18 de abril del año 2013 siendo las 16:10 horas, se procedió a hacer efectiva la orden de allanamiento y registro para el inmueble ubicado en el barrio Manantial casa 29 sector coliseo de este municipio, dispuesta por la Fiscalía 32 Seccional de Belén de Umbría, la cual se llevó a cabo en presencia del Personero Municipal, para lo cual los gendarmes de la policía judicial previamente identificados, proceden a solicitar la apertura de la puerta y al lograr penetrar a la residencia, donde son atendidos por JAIRO MORALES LAMUNDIA, identificado con cédula No. 18.611.658 expedida en Belén de Umbría, Risaralda, quien adujo ser

propietario de la residencia, leyeron la diligencia aludida y proceden a efectuar la misma, hallando en el baño de la residencia sustancia vegetal que se compadece como marihuana, en una segunda habitación se encuentra sustancia sólida que al parecer se trataba de basuco, procediendo a darle a conocer los derechos como persona capturada, sin embargo, en el momento en que trataban de sacarlo de la residencia la policía fue sujeto de asonada por los miembros de la mencionada familia e integrantes de la comunidad indígena, se vieron obligados a abandonar el lugar sin que pudiese lograrse el traslado de la persona aprehendida, es decir, no se pudo ejecutar la captura surgida como consecuencia del estado de flagrancia.

Continuando con el procedimiento de PIPH un Perito en la materia determinó que la sustancia vegetal de color verde arrojó un peso neto de 1.02 gramos siendo positivo para CANNABIS y sus Derivados y respecto del polvo de color habano resultó positivo para COCAINA y sus derivados en un peso neto de 6.87 gramos".

1.2.- A consecuencia de lo narrado se procedió a realizar la audiencia de legalización de la orden y la diligencia de allanamiento y registro (abril 19 de 2013) y posteriormente se solicitó la expedición de orden de captura en contra del señor JAIRO MORALES LAMUNDIA (octubre 9 de 2013), la que se hizo efectiva (octubre 19 de 2003) por lo que se llevó a cabo ante el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Quinchía (Rda.), las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación (octubre 20 de 2013) por medio de la cual se le atribuyó al procesado el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conducta consagrada en el artículo 376, inciso 2° del Código Penal modificado por el artículo 11 de la Ley 1453/11, bajo el verbo rector de "conservar"; cargos que el indicado NO ACEPTÓ. En la misma audiencia se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, la que posteriormente fue revocada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (diciembre 6 de 2013) y se dispuso su libertad inmediata.

1.3.- Ante esa no aceptación la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (enero 20 de 2014) por medio del cual formuló idénticos cargos al enjuiciado el que correspondiera al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Rda.), cuyo titular se declaró impedido por haber conocido la segunda instancia frente a decisión tomada en sede de control de garantías, siendo en consecuencia traslado su conocimiento al Juzgado Promiscuo del Circuito con funciones de conocimiento de Quinchía (Rda.), donde se adelantó la correspondiente audiencia de formulación de acusación (al parecer en marzo 17 de 2014), la audiencia preparatoria (mayo 19 de 2014) y la audiencia de juicio oral (septiembre 25 de 2014 y marzo 9 de 2015) fecha ésta última en la cual luego de haberse concluido la práctica probatoria de la Fiscalía, así como del único testimonio solicitado por la defensa –MARÍA

FABIOLA QUICENO- al haber renunciado a los demás testigos requeridos en juicio, el apoderado del enjuiciado solicitó -apoyado en diversas decisiones jurisprudenciales- se le aceptara como pruebas sobrevinientes los testimonios de GILDARDO LAMUNDIA -líder indígena de la comunidad Embera, y quien fuera gobernador del resguardo Flor del Monte-, y de MARÍA TERESA MORALES ONGARI -propietaria del inmueble donde se incautó la sustancia-.

Sustenta su petición en el sentido de señalar que a GILDARDO LAMUNDIA le consta que un agente de policía le informó que capturarían a JAIRO MORALES por haber estado en la minga en el sector conocido como "Remolinos", y la señora MARÍA TERESA estaba presente cuando los policiales dicen que hubo una asonada y así mismo dará cuenta de quiénes viven allí, y la costumbre y usos de uno de los residentes que no es el propietario. Aduce que ella en el momento del allanamiento y como dueña supo qué se encontró y qué se puso de presente. Indica que de tales hechos tuvo conocimiento una vez terminados los interrogatorios de los testigos de la Fiscalía.

1.4.- El delegado fiscal solicita el rechazo de los testimonios pedidos por la defensa, porque aunque indica que solo tuvo conocimiento de éstos en el juicio con ocasión de los testimonios practicados por el ente acusador, considera que ello no es cierto ya que no entiende qué tiene que ver el líder indígena con relación a la referida minga, lo cual nunca fue tratado en el juicio ni indicado por los testigos de la fiscalía, aunque es de público conocimiento que dicha manifestación sucedió años atrás y no significa que el defensor solo se dio cuenta hasta esta etapa y con los testimonios recibidos. Tampoco avizora procedente el testimonio de referencia de la señora MARIA TERESA MORALES -propietaria del inmueble-, pues la defensa tuvo oportunidad de haberla solicitado en la audiencia preparatoria y correr traslado a la Fiscalía para respetar el debido proceso.

Indica que lo manifestado no son hechos nuevos y simplemente por estrategia la defensa no los introdujo en la preparatoria, y hace referencia a la sentencia 39948 de la Corte Suprema, así como del Tribunal Superior de Neiva, para predicar que lo solicitado por la defensa no es prueba sobreviniente, es decir, que no se conociera inicialmente, dado que los hechos ocurrieron en 2013 y en ejercicio racional de la defensa se podía haber requerido el testimonio de MARÍA TERESA si era la que vivía o era la propietaria del inmueble para hacerlo valer en la preparatoria.

En cuanto al líder indígena no es prueba nueva, pues lo que se pretende dilucidar con el mismo son hechos relacionados con una minga indígena

celebrada en el sector de Remolinos, la cual es de público conocimiento y que no tiene que ver con los hechos, por lo que pide no se acceda a lo solicitado por la defensa.

1.5.- Una vez analizados los argumentos esgrimidos, la juez de la causa expresa que el canon 344 C.P.P. consagra el deber de descubrimiento y al encontrarnos en un sistema de partes y con tendencia adversarial, ello implica que cada una tiene la posibilidad de descubrir elementos materiales probatorios para no sorprender a la contraparte y respetar el principio de igualdad de armas, con el fin de mantener incólumes los principios de contradicción y defensa. Hace un recuento de las oportunidades en que tanto Fiscalía como defensa realizan el respectivo descubrimiento y la oportunidad para solicitar la práctica probatoria, que para el caso de la defensa lo es en la audiencia preparatoria. Así mismo hace alusión a la excepción que de tal descubrimiento se expresa en el inciso final del artículo antes indicado, sobre la cual la Corte Suprema fijó claramente sus requisitos en sentencia 39948 de noviembre 21 de 2012, entre ellos que la prueba se hubiere encontrado en desarrollo del juicio y que sea muy significativa por su incidencia en el resultado del proceso.

Con fundamento en ello la titular del despacho asegura que en cuanto al testimonio del señor GILDARDO LAMUNDIA no se puede establecer que fue en desarrollo del juicio que el defensor tuvo conocimiento de su manifestación, pues desde la preparatoria hizo referencia a una minga indígena que nada tiene que ver con este proceso donde se juzga el delito de tráfico de estupefacientes. Y añade que no es procedente dicho testimonio porque no fue en juicio que se tuvo conocimiento de la existencia del señor GILDARDO LAMUNDIA, dado que su nombre nunca fue escuchado en los testimonios recibidos en juicio, y los hechos que supuestamente puede aportar nada tienen que ver con lo debatido.

En relación con el testimonio de la señora MARIA TERESA MORALES se advierte que desde el inicio de la diligencia, cuando se corrió traslado a la defensa de los elementos materiales referidos en la acusación, se establece que la señora MARÍA TERESA –esposa del procesado JAIRO MORALES- estuvo presente en el allanamiento. El hecho no era por tanto desconocido por la defensa, ni tampoco se explicó la trascendencia de esa prueba para el juicio.

Concluye así que las solicitudes probatorias no se ajustan a los parámetros fijados para admitir su práctica y por ende hay lugar a su negación.

1.6.- Inconforme con la decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

2.- DEBATE

2.1.- La defensa de **JAIRO MORALES LAMUNDIA** sustentó el recurso de reposición y en subsidio el de apelación en los siguientes términos:

Se limita en su intervención a rememorar todo lo que pidió se le descubriera por parte de la Fiscalía en la audiencia preparatoria, acto procesal llevado a cabo en mayo 19 de 2014, así: (i) que se entregaran los expedientes de la acusación en contra de HECTOR TAMARIZA MORALES, lo que se aprobó; (ii) que se aportara informe de actuaciones de la policía durante la minga en el paraje remolinos; (iii) que la Fiscalía aporte proveniente de la policía, Sijin o quien corresponda, informe sobre la retención de un oficial durante la minga; (iv) que la Fiscalía aporte el nombre del oficial "a quien interrogaré durante el juicio"; (v) que pretende contrainterrogar a los testigos de la Fiscalía, e interrogar a: MARÍA TERESA MORALES -esposa del acusado-, OMAR LAMUNDIA MORALES -Gobernador del Resguardo Flor del Monte de la vereda la Florida-, y a GILDARDO LAMUNDIA MORALES -exgobernador-; (vi) entrega 54 nombres de vecinos del barrio Manantiales con identificaciones, que declararán sobre la conducta y moralidad del procesado y su compañera MARIA TERESA, y de la supuesta asonada a la que se refieren los policiales por medio de la cual se impidió que fuera arrestado su cliente el 18 de abril de 2013, y (vi) que se presente Personero de Belén de Umbría.

Agrega que en ese momento de la audiencia de juicio oral, él salió hacia la parte exterior del juzgado a averiguar por sus testigos, y se encontró con MARÍA TERESA quien le dijo que su padre era quien consumía marihuana, y también se encontró con GILDARDO LAMUNDIA, quien fue Gobernador del Resguardo y le dijo que mucho cuidado porque iban a capturar a su cliente por la participación en la minga indígena, que porque fue la persona que había señalado a un oficial de la policía que fue posteriormente retenido y amarrado a un árbol por los indígenas.

Expresa el apelante que este caso comenzó por el allanamiento a un lugar en donde se supone se comercializaban estupefacientes, pero sin embargo "no se encontró nada", que solo un cachito de marihuana que al parecer era del papá de MARIA TERESA; ni tampoco se encontró nada ilegal en los otros allanamientos que hubo y que constan en los expedientes que la Fiscalía le pasó por orden del juzgado.

2.2.- A su turno el Fiscal, como no recurrente, comienza su disertación indicando que no entendió el soporte o motivo del recurso de apelación, porque lo que hizo el abogado fue leer algo del acta de la audiencia preparatoria, donde se hace todo el tema del descubrimiento y donde se clarifica cuáles son las pruebas que se pretenden hacer valer en juicio tanto por la Fiscalía como por la Defensa. Aclara que por la cantidad de testigos solicitados pidió se limitara su número, por lo que la juez limitó a 7 testigos, de los cuales solo se recibió un testimonio pues la defensa desistió de los demás. Frente al recurso y como lo manifestó la señora juez, es claro que la prueba sobreviniente pedida no procede porque no era la etapa procesal indicada, máxime que ya para culminar el juicio no puede decir que la señora MARÍA TERESA va a aportar hechos nuevos o que no tenía conocimiento de lo acaecido pues es la esposa del acusado, estaba el día del allanamiento, y se enteró del motivo de la diligencia así como de la captura con verificación de arraigo, por lo que existe un sinnúmero de elementos que conllevan a establecer que era sabedora de lo sucedido, y de allí que no es real que el defensor diga que solo tuvo conocimiento de todo una vez culminados los interrogatorios de la Fiscalía.

En relación con el señor GILDARDO LAMUNDIA, asegura que desde la imputación y hasta la preparatoria la defensa ha querido desviar la atención en relación con hechos que se presentaron en el sitio de Remolinos a raíz de una minga indígena donde hubo problemas de orden público, lo cual es un hecho notorio, pero ningún testigo hizo relación a la misma, máxime que no tiene nada que ver con el objeto de la investigación por una posible autoría en la conservación de estupefacientes. Y aunque el defensor indica que el padre de la señora MARÍA TERESA consume marihuana, olvida que también fue encontrada otra sustancia conocida como cocaína y sus derivados con peso de 6.87 gramos.

Concluye por tanto que la decisión adoptada por la juez es correcta y pide se ratifique por esta Corporación.

2.3.- La juez negó la reposición al considerar que en desarrollo de la audiencia preparatoria la defensa al momento del descubrimiento de pruebas, hizo lectura de un escrito donde se refutaban las actuaciones de la policía en la minga indígena, a consecuencia de lo cual se advirtió que no era prueba sobreviniente la de GILDARDO LAMUNDIA.

En la preparatoria quedó consignado qué pruebas se practicarían por defensa y por Fiscalía, sin que se hubieran interpuesto recursos y por ende quedó en firme tanto el descubrimiento como el decreto probatorio, por lo

que no puede ahora retrotraerse el debate clausurado para establecer que sí mencionó dichos testigos pero que no los decretaron. En otras palabras, el togado no interpuso recurso ni efectuó aclaración en relación con que quedaron por fuera algunos testimonios.

Asegura que al no haberse establecido válidamente los requisitos para la procedencia de la prueba sobreviniente conforme al artículo 344 C.P.P., lo que corresponde es mantener la decisión adoptada y conceder el recurso de apelación, lo cual hizo en el efecto suspensivo.

2.4.- Encontrándose la presente actuación en la Sala, el defensor allegó escrito en abril 6 de 2014, con el fin de "reforzar su apelación", documento sobre el cual no se pronunciará la sala por ser abiertamente extemporáneo.

3.- Para resolver, SE CONSIDERA

De la situación fáctica mencionada con antelación, se advierte que ante la negativa de la funcionaria judicial de admitir en juicio como pruebas sobrevinientes los testimonios del líder indígena GILDARDO LAMUNDIA, así como el de la esposa del procesado, señora MARÍA TERESA MORALES OGARI, por parte del profesional del derecho se interpusieron los recursos de reposición –el cual fue despachado desfavorablemente- y en subsidio el de apelación frente a la decisión que le resultó adversa a sus intereses.

La Sala dirá desde ya que declarará desierto el recurso en cuanto la sustentación ofrecida ante la primera instancia no colma las exigencias requeridas.

Como es sabido, para el surgimiento de la competencia funcional en segunda instancia, es indispensable: la interposición oportuna del recurso de apelación en forma principal o subsidiaria, que la impugnación sea interpuesta por un sujeto procesal habilitado para el efecto, y que la providencia contra la cual se interpone admita esa clase de impugnación; pero además, que la parte inconforme presente ADECUADA SUSTENTACIÓN que dé al superior las bases suficientes para confrontar la posición del inconforme con la asumida por el inferior, porque se trata de la oportunidad única en que debe dar a conocer al ad quem los elementos de juicio en que se funda la censura.

No se trata de una requisitoria meramente formal, sino de la razón de ser del principio de la doble instancia, por cuanto no se puede pretender el examen

de una decisión judicial que se presume ajustada a derecho, sin exponer los motivos que se tienen para el disenso.

A partir de la Ley 2ª de 1984 se introdujo como exigencia legal la sustentación del recurso, y conforme a ese dispositivo doctrina y jurisprudencia han coincidido en moldear sus límites, para cuyo efecto se ha decantado lo siguiente:

> "Sustentar un recurso no significa lanzar apreciaciones de carácter general o ecuménicas, o calificaciones abstractas o vagas, o meramente corticales. No, el escrito de apelación para que merezca el nombre de tal, debe contener la pertinente crítica jurídica o probatoria mediante los correspondientes juicios de valor y los atinentes predicados axiológicos y conceptuales, de tal manera que a los planteamientos del proveído protestado se opongan razonamientos de similar peso; a sus inferencias y reflexiones otros tantos juicios combatan, contradigan o refuten el discurso dialéctico contenido en la respectiva providencia judicial. Sólo así cabe entender la naturaleza y finalidad del recurso de apelación"[1]

Significa entonces, que no suplen el requisito de la sustentación expresiones abstractas que por su imprecisión y vaguedad no expresan ni siquiera implícitamente las razones o motivos de disenso.

En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue el defensor del procesado, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por la señora juez a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó nuevamente a hacer lectura de un escrito relativo al descubrimiento probatorio que por su parte se efectuó durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, para dar a entender que los testimonios que hoy pide como prueba sobreviniente se enunciaron en la referida diligencia pero no fueron debidamente decretados; no obstante que, como bien lo explicó la titular del despacho cognoscente, durante la práctica de tal audiencia y una vez se procedió por la funcionaria a ordenar los testimonios que se harían valer en juicio -tanto los de la defensa como los de la Fiscalía-, el representante del acusado guardó absoluto silencio y por ende lo allí decidido quedó en firme en acatamiento al principio de preclusividad de los actos procesales, y no podía válidamente en etapa posterior pretender retrotraer actuaciones ya surtidas.

Dada esa particular manera de sustentar el recurso, no se halla por parte de la Sala forma de emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, porque de la alzada no se extraen razonamientos acerca de los cuales pueda surgir una confrontación o controversia efectiva con los términos en que fue

---

[1] TORRES CALERO, Miguel Angel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, Código de Procedimiento Penal. Segunda Edición, 1990, Tomo I, Editora Jurídica Colombiana, pg. 423.

despachada la decisión por parte de la a quo que resultó adversa a los intereses de la defensa.

Lo que hizo el togado, en sentir de la Sala, fue hacer alusión nuevamente a los elementos probatorios que pretendía fueran tenidos como prueba para hacerlos valer en desarrollo del juicio oral, pero no se atina por parte del mismo a enunciar alguna interpretación jurídica que diera pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento, con miras a considerar que los testimonios de MARÍA TERESA MORALES –esposa del procesado- y del líder indígena GILDARDO LAMUNDIA, debían ser admitidos como prueba sobreviniente. Vacío sustancial que impide a la Corporación cumplir con el deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por la funcionaria de primer grado.

Así las cosas, la Sala está en el deber de declarar desierto el recurso.

3.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación que fuera interpuesto de manera subsidiaria por el togado que representa los intereses del procesado; y, en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso oportunamente interpuesto.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición que de interponerse debe hacerse dentro del presente acto público y en forma oral.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, ocho (8) de junio de dos mil doce (2012)
Proyecto aprobado por Acta No. 314
Hora: 11:45 a.m.

Radicación	66001 31 04 005 2007 00127-01
Acusado	María Rosalba Vallejo Ramírez
Delito	Destrucción, supresión y ocultamiento de documento público
Juzgado de conocimiento	Quinto Penal del Circuito de Pereira
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia del cinco (5) de mayo de dos mil nueve (2009)

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante de la parte civil, contra la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira mediante la cual se absolvió a María Rosalba Vallejo Ramírez, de la conducta punible de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público por la cual había sido convocada a juicio.

2. ANTECEDENTES

2.1 Los hechos investigados fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación a través de denuncia penal instaurada por la señora Marina Gómez Franco, en la que se dio cuenta de lo siguiente:

- La denunciante le confirió poder al abogado Jhon Jairo Jiménez Franco, para obtener el pago de una deuda garantizada mediante una letra de cambio, suscrita por las señoras María Rosalba Vallejo Ramírez y Alba Lida Ramírez de Vallejo, por lo que el citado profesional del derecho, se hizo parte en la diligencia de inventarios y avalúos correspondiente al proceso sucesorio de la señora Ramírez de Vallejo, que cursaba en el Juzgado primero de familia de esta ciudad.

- El monto de la deuda fue asignado como pasivo a la denunciada –descendiente de la causante-, en la hijuela que le fue adjudicada, sin que la hubiera cancelado.

- El expediente contentivo de la sucesión de la causante fue entregado en el año 2001, al doctor Gilberto Serna López, apoderado de la señora Vallejo Ramírez, para que fuera protocolizada en la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira, sin que a la fecha se haya cancelado la deuda proveniente del crédito reconocido a favor de la denunciante.

- Cuando el apoderado de la señora Gómez Franco pretendía obtener copia del trabajo de partición y adjudicación, para demandar el pago del crédito insoluto, se dirigió a la notaría mencionada y allí le informaron que el expediente de la sucesión de doña Alba Lida Ramírez de Vallejo, no había sido protocolizado, lo que implicaba que hasta ese momento lo tenía en su poder María Rosalba Vallejo, sin poder obtener copia del mismo para realizar la demanda ejecutiva.

- La actitud poco ortodoxa de la denunciada para evitar ser demandada, fue no protocolizar el expediente, lo que se constituye en un delito, pues evadió su obligación legal de protocolizar en Notaría el expediente sucesorio.[1]

2.2 El 12 de julio de 2005 se dispuso la apertura de la investigación previa.[2] Se profirió resolución de apertura de instrucción por el delito de supresión u ocultamiento de documento público y privado el 22 de mayo de 2006, en ella se ordenó vincular mediante indagatoria a la señora Vallejo Ramírez, y se requirió el recaudo de otras pruebas.[3]

[1] Folios 1-4 cuaderno original No. 1
[2] Folio 4 cuaderno original No. 1
[3] Folio 31 cuaderno original No. 1

Finalizada la etapa instructiva, el ente fiscal profirió resolución de acusación el 12 de julio de 2007, en contra de María Rosalba Vallejo Ramírez, como presunta autora responsable de las conductas punibles de destrucción, supresión u ocultamiento de documento público y destrucción, supresión u ocultamiento de documento privado, según lo dispuesto en los artículos 292 y 293 del Código Penal.[4] Esta decisión cobró ejecutoria el 17 de octubre de 2007.[5]

2.4 El 7 de noviembre de la misma anualidad, asumió el conocimiento de la causa, el Juzgado quinto penal del circuito de Pereira, despacho que realizó la audiencia preparatoria el 24 de julio de 2008[6] y la audiencia pública el 12 de febrero de 2009.[7]

2.5 La sentencia correspondiente fue emitida el 5 de mayo siguiente y a través de ella i) se absolvió a la señora Vallejo Ramírez, de todos los cargos formulados en su contra y ii) se ordenó levantar la medida de embargo y secuestro decretado por ese despacho en providencia del 24 de abril de 2009, respecto de la cuota parte que le corresponde a la mencionada en los inmuebles identificados en el numeral 2 de la parte resolutiva de ese fallo.

3. IDENTIDAD DE LA PROCESADA.

Se trata de **MARÍA ROSALBA VALLEJO RAMÍREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.950.140 de Pereira, nació el 7 de noviembre de 1952 en la misma ciudad, es hija de Honorio y Alba Lida, tiene unión libre con José Fawel Cardona, reside en la manzana 14 casa 23 barrio Monserrate de esta capital.

4. LA DECISIÓN IMPUGNADA

4.1 En la sentencia de primera instancia, el despacho de conocimiento absolvió a la procesada con base en las razones que a continuación se sintetizan:

- Para que el despacho pueda concluir acerca de la culpabilidad y el dolo de la señora Vallejo Ramírez, se deben mirar a profundidad los hechos

[4] Folios 63-67 cuaderno original No. 1
[5] Folio 71 inverso cuaderno original No. 1
[6] Folio 91 cuaderno original No. 1
[7] Folios 98-101 cuaderno original No. 1

y determinar si se tipificó la conducta por la cual se está adelantando el caso. La señora Vallejo esta siendo procesada por la pérdida de una letra de cambio original que estaba en su propiedad y dicha deuda le fue adjudicada a ella por ser una sucesión de la causante, su progenitora.

- La denunciante acerba que ese hecho es una maniobra poco honesta de la procesada, porque al ocultar dicho documento evita que se interponga en su contra una demanda ejecutiva y así poder evitar el pago del capital más los intereses de la deuda causados hasta la fecha.

- Se puede observar en este caso que no se obtuvo la prueba necesaria que demostrara la intención o el dolo de la señora Vallejo Ramírez en desaparecer el documento, aún más cuando su defensor propuso en el trámite del proceso la reposición del titulo valor en un juzgado civil con la copia original que tiene la señora Vallejo Ramírez, dado el extravío del titulo valor y otros documentos de importancia para la imvestigada.

- El concepto 2008017792-001 de la Superintendencia Financiera de Colombia del 12 de mayo de 2008 indica que nuestro ordenamiento ha fijado precisas reglas para la cancelación y reposición de instrumentos negociables, asignando a las autoridades judiciales la facultad de establecer las condiciones de pago, en curso de la demanda incoada, de los titulos valores extraviados o destruidos, ubicándose en normas del Código Civil y del Código de Comercio.

- No se puede atribuir el dolo en el extravío del titulo valor en manos de la acusada, pues se ha observado que ha asistido voluntad en el reconocimiento del crédito y propuesta de pago, por lo que se advierte que no se ha negado la deuda y lo correcto es proceder al pago de la misma, punto en el que le asiste razón a la defensa.

- Hay otros mecanismos para la recuperación del titulo para proceder a demandar ejecutivamente a la señora Vallejo Ramírez, siendo claro que al no demostrarse con prueba irrefutable de la comisión del delito por el que se le procesa ante la ausencia de dolo, la sentencia debe ser de carácter absolutorio y deben levantarse las medidas de embargo y secuestro decretadas por el despacho y que fueron inscritas en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

4.2 2 Ante esta decisión, el representante de la parte civil interpuso recurso de apelación, que fue concedido en el efecto suspensivo.

5. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON EL RECURSO

5.1 El representante de la parte civil, en calidad de sujeto procesal recurrente, en un breve escrito indicó que su disentimiento con la providencia partía de la apreciación del material probatorio, pues la procesada inscribió el trabajo de partición y de adjudicación en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pereira, acto para el cual no fue negligente, sin que pueda predicarse que si lo fue para realizar la protocolización de la escritura.

Agregó que lo que perseguía con la apelación, era que se evaluara nuevamente el material probatorio desde otra óptica.

5.2 El defensor (No recurrente)

- El recurso interpuesto debe ser declarado desierto por falta de sustentación, pues los parcos argumentos del recurrente al sustentar la alzada se limitan prácticamente a implorar la revisión del dossier y los elementos probatorios, sin discutir de manera alguna las razones jurídicas que llevaron al *a-quo* a proferir sentencia absolutoria.

- Nada dice el recurrente frente al problema jurídico planteado en primera instancia y mucho menos explica su inconformidad frente a la valoración probatoria que hiciera el juez en el cuerpo de la sentencia.

- Se comparten las razones que llevaron a la juez de primer grado a proferir sentencia absolutoria, defendiendo el principio de la buena fe, el *in dubio pro reo* y sobre todo la primacía de la realidad, cuando doña Rosalba Vallejo ha estado y está dispuesta a realizar el pago de la obligación, pero que por situaciones económicas adversas y la instransigencia de la parte civil no lo ha logrado.

6. CONSIDERACIONES LEGALES.

6.1 Esta Sala es competente para conocer del recurso propuesto en atención a lo expuesto en el artículo 76-1 de la ley 600 de 2000.

6.2 **Problema jurídico a resolver:** la Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el representante de la parte civil debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado y en caso de superar este examen, debe procederse a analizar el recaudo probatorio a fin de determinar si es viable revocar la decisión de primera instancia, al confluir los requisitos exigidos en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000.

6.3 Inicialmente debe manifestar la Sala, que en el caso objeto de estudio, se procede por los delitos de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público y destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, que han sido definidos por el legislador así:

> *Art. 292 DESTRUCCIÓN, SUPRESIÓN U OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PÚBLICO. El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.*
>
> *Si la conducta fuere realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones, se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.*
>
> *Si se tratare de documento constitutivo de pieza procesal de carácter judicial, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.*
>
> *Art. 293 DESTRUCCIÓN, SUPRESIÓN Y OCULTAMIENTO DE DOCUMENTO PRIVADO. El que destruya, suprima y oculte, total o parcialmente un documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años.*

6.4 Como en este caso, la conducta punible de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público por la que fue acusada la señora Vallejo Ramírez, recaía sobre un documento público pieza procesal de carácter judicial, al provenir del Juzgado primero de familia de Pereira, debe tenerse en cuenta la sanción descrita en el inciso *in fine* del citado artículo 292 de la ley 599 de 2000.

Es pertinente que esta Corporación indique que pese a que la Fiscalía General de la Nación, acusó a María Rosalba Vallejo Ramírez, por el concurso de ilícitos referido, la funcionaria de primer grado omitió en su sentencia hacer pronunciamiento alguno sobre el *contra jus* de destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado; no obstante lo anterior, del contexto fáctico de la actuación se desprende que la investigación giró en torno a la no protocolización en Notaría de un expediente relativo a la sucesión de doña Alba Lida Ramírez de Vallejo, expedido por el Juzgado primero de familia de Pereira, lo cual a las claras hace que corresponda a un documento público. Ante esto y la falta de interposición de recurso de apelación por parte del ente instructor, frente al olvido del *a-quo,* la Sala no hará pronunciamiento alguno en ese sentido.

6.5 El inciso 2 del artículo 194 de la ley 600 de 2000 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto. Tal disposición encuentra sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende. La jurisprudencia constitucional, ha dejado sentado que la exigencia de le debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio*

para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.

En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.

El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.

Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.

Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y

añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios

y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el

apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

*Obsérvese que, existiendo la prohibición de la **reformatio in pejus**, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.*

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…" [8]

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

"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos

[8] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.

En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.

En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los

motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"[9].

Recientemente, la misma Corporación indicó que:

"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.

El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"[10]

6.6 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que en su escrito el recurrente no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limita a mencionar que la procesada no pudo actuar de forma diligente en el registro del trabajo de partición y adjudicación en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y al mismo tiempo negligentemente en la protocolización de los documentos en la Notaría respectiva, sin detenerse siquiera a argumentar sobre el punto central de la providencia impugnada, cual fue la atipicidad subjetiva de la conducta por ausencia de dolo en la actuación de doña María Rosalba Vallejo Ramírez.

[9] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.
[10] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

De esta forma, no puede esta Colegiatura adoptar decisión diversa a declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por el doctor Jhon Jairo Jiménez Franco, apoderado de la parte civil, contra la decisión tomada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira el 5 de mayo de 2009.

Segundo. Contra esta decisión procede el recurso ordinario de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ALBERTO LOPEZ MORALES
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL
M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, () de octubre de dos mil doce (2012)
Proyecto aprobado por Acta No.
Hora:

Radicación	66170 60 00 066 2011 01910
Acusado	Carlos Andrés Castaño Ramírez
Delito	Hurto calificado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.
Juzgado de conocimiento	Segundo Penal del Circuito de Pereira
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia del diez (10) de septiembre de dos mil doce (2012)

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el el procesado y su apoderado judicial, contra la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira mediante la cual se condenó al señor Carlos Andrés Castaño Ramírez, como autor de los delitos de hurto calificado y fabricación, tráfico o tenencia de armas de fuego, accesorios, parte o municiones, a la pena principal de 78 meses y 3 días de de prisión.

2. ANTECEDENTES

2.1 De lo plasmado en los formatos de inicio e informe ejecutivo[1], se logra establecer que el día 24 de noviembre de 2011, a las 20:30 horas, en la carrera

[1] Folio 2 al 6.

10 con calle 40, vía pública del barrio Guadalupe del municipio de Dosquebradas, un sujeto de sexo masculino, intimidó con un arma de fuego al señor Óscar Iván Martínez Trujillo, con el fin de despojarlo de sus pertenencias (un celular marca Nokia X3-2, $5.000 en efectivo y un bolso) avaluadas en la suma de $575.000, luego de lo cual emprendió la huida en una bicicleta, siendo aprehendido momentos después por miembros de la Policía Nacional que se hallaban en el sector, a quienes la víctima les había les había informado sobre lo sucedido. En las labores de persecución, los uniformados observaron que el sospechoso había arrojado un arma de fuego. Al momento de ser detenido, se le encontró el celular referido y $45.000. El detenido se identificó como Yeison Alejandro Castaño Ramírez, quien no contaba con el permiso de autoridad competente para portar el arma de fuego.

2.2 El día 25 de noviembre de 2011 la Fiscalía General de la Nación presentó la solicitud de audiencias preliminares ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Control de Garantías de esta ciudad, dentro de las cuales se declaró legal la captura del incriminado (decisión que fue apelada por el abogado defensor), se formuló imputación por los delitos de hurto calificado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, conductas descritas en los artículos 239, 240 inciso 2º y 365 inciso 1º del Código Penal. El procesado aceptó los cargos endilgados[2]. El juzgado le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro penitenciario.

2.3 Mediante oficio fechado el 15 de diciembre de 2011, la Fiscal Treinta y Cinco Seccional radicó solicitud para que se fijara fecha y hora para la realización de audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia[3].

2.4 A través de auto del 27 de enero de 2012 la juez penal del circuito de Dosquebradas se declaró impedida atendiendo lo previsto en el numeral 13 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004[4].

2.5 El día 1 de febrero de 2012 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento del proceso[5] y convocó a las partes a audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia en diferentes ocasiones, pero la misma no se pudo llevar a cabo sino hasta el día 19 de julio de 2012[6], toda vez que el procesado no había sido identificado plenamente. En dicho acto, el fiscal informó que el verdadero nombre del acusado es el Carlos Andrés Castaño Ramírez.

---

[2] Folio 3-4.
[3] Folio 28.
[4] Folio 29 y 30
[5] Folio 38.
[6] Folio 75.

2.6 El 22 de agosto de 2012 el señor Óscar Iván Martínez Trujillo en calidad de víctima, allegó memorial en el que manifestó que había sido indemnizado de manera integral por los perjuicios morales y materiales causados.

2.7 La sentencia correspondiente fue emitida el 10 de septiembre de 2012[7] y a través de ella i) se condenó al señor Castaño Ramírez a la pena principal de 78 meses y 3 días, por hallarlo responsable en calidad de autor de los delitos de hurto calificado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones; ii) se condenó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal; iii) no concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; iv) dejó a disposición del Comando General de las fuerzas militares Departamento de Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos, en el armerio del Batallón San Mateo de Pereira, el arma de fuego incautada al señor Carlos Andrés Castaño Ramírez.

2.8 El procesado y el defensor apelaron el fallo[8].

3. IDENTIDAD DEL PROCESADO.

Se trata de **CARLOS ANDRÉS CASTAÑO RAMÍREZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.087.998.397 de Dosquebradas, nació el 12 de agosto de 1987, es hijo de Carlos Eduardo y María Martha, estudió hasta el grado once, desempleado, reside en el lote 108 del barrio Primero de Agosto de Dosquebradas.

5. INTERVENCIONES RELACIONADAS CON EL RECURSO

5.1 El señor Carlos Andrés Castaño Ramírez, en calidad de sujeto procesal recurrente, en un breve escrito indicó lo siguiente: *"…De manera comedida apelo sentencia condenatoria proferida en mi contra por peligrosista, no partió de los mínimos de ley, y no tuvo en cuenta rebaja por indemnización. Además la pena es muy dura y alta…"*[9]

5.2 Por su parte, el apoderado del procesado no sustentó el recurso interpuesto.

[7] Folio 81 al 86.
[8] Folio 87.
[9] Folio 88.

6. CONSIDERACIONES LEGALES.

6.1 Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

6.2 **Problema jurídico a resolver:** la Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el procesado debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado y en caso de superar este examen, debe procederse a el grado de acierto de la decisión de primera instancia.

6.3 Inicialmente debe manifestar la Sala, que en el caso objeto de estudio, se procede por los delitos de hurto calificado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, que han sido definidos por el legislador así:

> *"ARTICULO 239. HURTO. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.*
>
> *La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *ARTICULO 240. HURTO CALIFICADO. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 1142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La pena será de prisión de seis (6) a catorce (14) años, si el hurto se cometiere:*
>
> *1. Con violencia sobre las cosas…"*

6.5 El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, establece el trámite del recurso de apelación en contra de sentencias.

Por su parte, el artículo 179A ibídem, hace referencia a la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto. Tal disposición encuentra sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya

revocatoria o modificación pretende. La jurisprudencia constitucional, ha dejado sentado que la exigencia de le debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.*
>
> *En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.*
>
> *El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*
>
> *Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.*
>
> *Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.*

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

*Obsérvese que, existiendo la prohibición de la **reformatio in pejus**, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.*

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

> *Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…"* [10]

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

> *"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.*
>
> *Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).*
>
> *En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la*

[10] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.

En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.

En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"[11].

Recientemente, la misma Corporación indicó que:

"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.

En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.

El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser

[11] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.

fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"[12]

6.6 Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

En el caso *sub-examine* se observa que si bien es cierto el señor Carlos Andrés Castaño Ramírez allegó un breve escrito que carece totalmente de técnica jurídica, en el mismo se vislumbra que el recurrente atacar la providencia en lo que se refiere al monto de la pena impuesta, ya que "*no partió de los mínimos de ley, y no tuvo en cuenta rebaja por indemnización",* manifestación que hace inferir que el error en que incurrió la funcionaria de primer grado, radica en la dosificación punitiva.

Esta Colegiatura considera pertinente garantizar el derecho de defensa que le asiste al encartado, y en razón a ello, dará trámite al recurso por él interpuesto, máxime si se tiene en cuenta que el abogado que representa sus intereses, no sustentó el mismo, motivo por el cual se le declarará desierto.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por el doctor Jhon Jairo Jiménez Franco, apoderado de la parte civil, contra la decisión tomada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira el 5 de mayo de 2009.

Segundo. Contra esta decisión procede el recurso ordinario de reposición.

[12] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ALBERTO LOPEZ MORALES
Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA

SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. LUZ STELLA RAMÍREZ GUTIÉRREZ

Pereira, cuatro (4) de octubre de dos mil trece (2013)
Proyecto aprobado por Acta No. 589
Hora: 9:30 a.m.

Radicación	66001 60 00 036 2009 01821-01
Procesado	Jorge Luis Agudelo Castaño
Delito	Secuestro simple, acto sexual violento y tentativa de hurto calificado
Juzgado de conocimiento	Juzgado Tercero Penal Municipal de Pereira
Asunto	Recurso de apelación contra sentencia absolutoria

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor Jorge Luis Agudelo Castaño en contra del fallo de primera instancia proferido por el Juez Tercero Penal del Circuito de esta capital, en el proceso adelantado por las conductas punibles de secuestro simple, acto sexual violento y tentativa de hurto calificado.

IDENTIDAD DEL ACUSADO

Jorge Luis Agudelo Castaño, natural de Pereira, Risaralda, nació el 18 de mayo de 1968, hijo de Alejandro y Mery, de ocupación oficios varios, e identificado con la cédula de ciudadanía 16.222.725.

ANTECEDENTES

De conformidad con lo expuesto en el escrito de acusación[1], la presente causa se inició con la noticia criminal expuesta por la señora Jennifer Santa Giraldo, en contra del señor Jorge Luis Agudelo Castaño, el 8 de mayo de 2009, toda vez que mientras transitaba por la calle 19 entre carreras 9 y 10 de Pereira, el susodicho se acercó, la abrazó, le puso en el cuello un objeto pequeño que chuzaba, le dijo que no fuera a hacer ningún movimiento porque la mataba; le dijo que necesitaba que le hiciera el favor de entregarle un paquete a dos muchachos y le pidió que se soltara el cabello para que la gente no sospechara nada, y que lo abrazara para que parecieran novios; como ella se negó a tal pretensión, él le soltó el cabello y lo echó hacia delante para que le tapara el cuello y el objeto con el cual la sometía.

[1] Folio 1-8

Caminaron por la carrera 10 hacia la calle 20 e ingresaron a un hotel donde pidió una habitación, subieron unas escaleras y atravesaron un pasillo donde la víctima empezó a llorar y se negó a entrar al cuarto. Como varias personas se percataron de la situación, el acusado decidió que debían salir de ese lugar, y al bajar por las escaleras, le tocó los senos y le pidió que le entregara el bolso. Cuando salieron del hotel la señora Santa Giraldo pidió ayuda a dos personas, el procesado se percató de tal situación y emprendió la huida, siendo perseguido por un vigilante, y capturado en la estación del Megabus de la calle 21 con carrera 10.

De los registros de audiencias preliminares se extracta que el día 9 de mayo de 2009 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En aquella oportunidad la Fiscalía General de la Nación imputó al señor Jorge Luis Agudelo Castaño, como autor de los delitos de secuestro simple descrito artículo 168 del C.P. modificado por el artículo 1º de la Ley 733 de 2003, acto sexual violento contemplado en artículo 206 del C.P., modificado por el artículo 2º de la ley 1236 de 2008, y tentativa de hurto calificado teniendo en cuenta que existió violencia sobre una persona y el mismo no se logró consumar, tal como lo enuncia el artículo 240 ibídem. El señor Agudelo Castaño no aceptó los cargos.

El escrito de acusación fue presentado 8 junio de 2009 ante el Centro de Servicios Judiciales[2] y repartido ese mismo día al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de esta ciudad, despacho que celebró la audiencia de formulación de acusación el 19 de junio de 2009[3].

Al término de la audiencia de formulación de acusación se fijó como fecha para celebrar la audiencia preparatoria el 17 de julio de 2009, llevándose a cabo en esa oportunidad. Durante el desarrollo de la diligencia el señor Jorge Luis Agudelo Castaño aceptó de manera libre, consciente y voluntaria los cargos formulados por la Fiscalía, motivo por el cual se procedió de conformidad con lo dispuesto en el artículo 447 del C.P.P.

El 8 de septiembre de 2009 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira profirió sentencia condenatoria en contra del señor Jorge Luis Agudelo Castaño[4], por medio de la cual lo condenó a 180 meses de prisión; le impuso una multa de 445 smlmv; lo sancionó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión; y no le concedió el subrogado de ejecución condicional de la pena. El acusado y su defensor interpusieron recurso de apelación en contra de dicha determinación.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Defensor (recurrente)

- Se adhiere a la inconformidad de su representado, considera que pese a que le fueron imputados los delitos de hurto calificado en grado de tentativa, acto sexual violento, y secuestro simple, la materialización de estos dos últimos no fue demostrada.

- Existió una aceptación de cargos o auto incriminación por parte del señor Agudelo Castaño en aras de obtener una decisión judicial más favorecedora, pero la

[2] Folio 1-8
[3] Folio 14-15
[4] Folio 21-26

imputación fáctica y jurídica no son congruentes. No obstante lo anterior, el acusado siempre estuvo interesado en aceptar el cargo por el delito de tentativa de hurto calificado.

- Ante la carencia de prueba fundamental, idónea o certera de que existieran los delitos de secuestro simple y de acto sexual violento, solicita se decrete la revocatoria de la sanción penal por esos delitos y sea condenado únicamente por la tentativa de hurto calificado.

- Como quiera que hubo una aceptación de cargos, la defensa estuvo en desacuerdo con la interposición del recurso, pero como el mismo fue incoado por el usuario, se adhirió a la solicitud.

- No tenía argumentos jurídicos para controvertir la decisión de primera instancia.

Jorge Luis Agudelo Castaño (recurrente)

- Presenta inconformidad frente a la tasación de la pena.

- No obtuvo una defensa técnica ya que su abogado ni ahondó sobre los hechos y sus circunstancias particulares, por ello solicitó un cambio de abogado.

- No pretende una absolución porque sabe que cometió un delito, pero los actos que se le están imputando no los cometió en sí. Narra la forma como sucedieron los hechos y que en ningún momento quiso abusar de la víctima, ni de secuestrarla, y desde el primer momento aceptó que la iba a robar y no lo capturaron en el acto, no hubo flagrancia. No tuvo intención de violarla.

- Espera que se reconsidere la decisión tomada.

Fiscalía General de la Nación (no recurrente)

- Pide que se confirme la sentencia por cuanto cumple con todos los parámetros constitucionales y legales.

- Los cargos que le fueron imputados al procesado desde las audiencias preliminares fueron los mismos que aceptó el procesado con todas las prevenciones que se le hicieron, para acceder a una rebaja, los cuales tienen soportes probatorios.

- El delito de secuestro si se existió, porque hubo una afectación al derecho de locomoción y libertad.

- El punible de acto sexual violento se consumó porque se hicieron tocamientos en las partes íntimas de la víctima sin autorización o consentimiento, quien además estuvo amenazada con un arma.

- El procesado es reincidente en este tipo de situaciones y tiene más de diez sentencias condenatorias con este mismo modus operandi.

- No existió falta de defensa técnica.

- Pide que se confirme el fallo en su totalidad.

CONSIDERACIONES LEGALES

Esta Sala es competente para conocer del recurso propuesto en atención a lo expuesto en el artículo 76-1 de la ley 600 de 2000.

Problema jurídico a resolver: la Sala debe ocuparse en primer lugar de analizar si el recurso propuesto por el penalmente responsable y su defensor debe ser declarado desierto en razón a la deficiente argumentación con la que fue sustentado y en caso de superar este examen, debe procederse a analizar si es viable revocar la decisión de primera instancia.

El artículo 179 de la Ley 906 de 2004 establece la obligación de los recurrentes de sustentar el recurso de apelación interpuesto, so pena de que el mismo sea declarado desierto, tal como lo enuncia el artículo 179A Ibídem. Tales disposiciones encuentran sentido, en el hecho de que es necesario que quien interpone el recurso exprese ante el superior jerárquico los motivos de inconformidad para objetar la decisión cuya revocatoria o modificación pretende.

La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la exigencia de la debida sustentación del recurso de apelación no impide el acceso a la administración de justicia, sino que, *contrario sensu* confiere al apelante la oportunidad de explicitar sus argumentos para que la segunda instancia efectúe el análisis del contenido de su pretensión, haciendo que ineludiblemente, la decisión del *Ad-quem* se base en las consideraciones a que den lugar los argumentos propuestos.

Al analizar la constitucionalidad de la norma citada, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> *"…Los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considera afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso.*
>
> *En efecto, el artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo.*
>
> *El recurso de apelación, al cual se refiere la demanda, está instituído en materia penal como el procedimiento mediante el cual una providencia del juez inferior puede ser llevada a la consideración del superior con el indicado objeto. Se trata de mostrar ante el juez de segunda instancia en qué consisten los errores que se alega han sido cometidos por quien profirió el fallo materia de recurso.*
>
> *Se apela porque no se considera justo lo resuelto y en tal sentido se confía en que una autoridad de mayor jerarquía habrá de remediar los males causados por la providencia equivocada, desde luego si se la logra convencer de que en realidad las equivocaciones existen.*
>
> *Si bien la Constitución prevé este recurso de manera expresa para las sentencias (artículos 29 y 31), puede el legislador establecerlo para*

otras providencias, bien con el fin de garantizar la defensa efectiva del procesado, ya con el propósito de proteger los intereses de la sociedad.

Corresponde a la ley el señalamiento de todas las reglas referentes a los recursos: las clases de providencias contra las cuales proceden, los términos para interponerlos, la notificación y la ejecución de las providencias, entre otros aspectos, todos indispensables dentro de la concepción de un debido proceso.

También es de competencia del legislador la determinación acerca de si un recurso debe sustentarse o no.

El Decreto 181 de 1981 estableció en su artículo 159 que en la segunda instancia, durante el término de traslado, el recurrente debería sustentar, por escrito, el recurso. Aclaraba la norma que, cuando el apelante fuera el procesado, la sustentación debía hacerla su defensor y añadía que la falta de sustentación implicaba que el recurso fuera declarado desierto sin más trámites.

Posteriormente, la Ley 2ª de 1984 estipuló en su artículo 57 que quien interpusiera el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, debería sustentarlo por escrito ante el juez que hubiese proferido la decisión correspondiente, antes de que se venciera el término para resolver la petición de apelación. Según el precepto, si el recurrente no sustentaba la apelación en el término legal, el juez, mediante auto que sólo admitía el recurso de reposición, lo declaraba desierto. No obstante, la parte interesada podía recurrir de hecho. Si el recurso se sustentaba oportunamente, se concedía y se enviaba el proceso al superior para su conocimiento.

El Decreto 050 de 1987 disponía en su artículo 207 que, antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interpusiera el recurso de apelación debía exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concedía. La misma norma disponía que cuando el recurso de apelación se interpusiera como subsidiario del de reposición, la apelación se entendería sustentada con los argumentos que hubieren servido de fundamento al recurso de reposición. El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia se interponía y sustentaba oralmente.

El Decreto 2700 de 1991, artículo 215, ordenó que quien hubiere interpuesto el recurso de apelación debía sustentarlo. En los mismos términos en que lo hace ahora la norma acusada, el precepto señalaba que, si tal sustentación no se hacía, el funcionario lo declararía desierto mediante providencia de sustanciación contra la cual únicamente cabía el recurso de reposición.

Como puede observarse, se trata de una exigencia que no es novedosa en nuestra legislación y respecto de la cual la ley puede contemplar, dentro del ámbito de su competencia, distintas reglas, pues es claro que éstas no han sido fijadas en norma constitucional.

En el presente caso, el actor sostiene que, al consagrar la obligación de sustentar el recurso de apelación en materia penal, la norma legal acusada ha desconocido varios principios y preceptos constitucionales, de acuerdo con la argumentación a la cual ya se ha hecho referencia.

A juicio de la Corte los cargos en cuestión son infundados por las siguientes razones:

1. No se desconoce la garantía constitucional de la doble instancia en lo referente a sentencias (artículos 29 y 31 C.N.), por cuanto la exigencia de sustentación no implica negar el recurso o excluír toda posibilidad del mismo, como lo plantea la demanda. La norma no impide al afectado recurrir sino que, permitiendo que lo haga, establece una carga procesal en cabeza suya: la de señalar ante el superior los motivos que lo llevan a contradecir el fallo.

El apelante acude a una instancia superior con suficiente competencia para revisar lo actuado, y ante ella expone los motivos de hecho o de derecho que, según su criterio, deben conducir a que por parte del superior se enmiende lo dispuesto por la providencia apelada.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en lo concerniente a los autos, no es la Constitución la que contempla la posibilidad de su apelación. Ello depende de la ley y, por tanto, cuando ésta crea el recurso en relación con dichas providencias, señala los requisitos que debe cumplir el apelante para atacar el fallo.

2. No se niega el acceso a la administración de justicia (artículo 229 C.N.), ya que no se establecen obstáculos que hagan imposible llegar al juez, sino que, por el contrario, ello se facilita: mediante su alegato, quien apela tiene la oportunidad de hacer conocer al fallador de segundo grado los elementos de juicio en que se apoya su inconformidad.

El acceso a la administración de justicia implica la certidumbre de que, cumplidas las exigencias previstas en la ley, se obtendrán decisiones relativas al asunto que ha sido llevado a los estrados judiciales. No comporta, entonces, la ausencia de requisitos o cargas, ya que unos y otras son inherentes al ejercicio del derecho.

3. Tampoco es cierto que mediante esta exigencia se haga prevalecer el procedimiento sobre el derecho sustancial, ya que la norma acusada no conduce a la nugatoriedad o al desconocimiento de los derechos que pueda tener el apelante. Más bien se trata de que éste los haga explícitos con miras a un mejor análisis acerca del contenido de sus pretensiones y de la providencia misma; al poner de relieve los motivos que llevan al descontento del apelante se obliga al juez de segunda instancia a fundar su decisión en las consideraciones de fondo a las que dé lugar el recurso.

Obsérvese que, existiendo la prohibición de la ***reformatio in pejus****, el apelante único conoce de antemano que, instaurado el recurso, la decisión del superior no podrá empeorar su situación, de tal manera*

que, si en tal caso no le fuera exigida la sustentación de aquél, se propiciaría el ejercicio irresponsable de este derecho, con la consiguiente dilación del proceso.

4. Razones de economía procesal y de mayor eficiencia en la administración de justicia aconsejan que el apelante indique las que, en su sentir, son falencias de la decisión impugnada, haciendo así que el juez superior concentre su análisis en los aspectos relevantes de la apelación, sin perjuicio de considerar aquellos otros factores que, en su sentir, deban tenerse en cuenta para resolver. Esto último siempre que no se vulnere el aludido principio, plasmado en el artículo 31 de la Constitución, a cuyo tenor no puede el superior agravar la pena impuesta al apelante único.

Debe recordarse, adicionalmente, que, a diferencia de lo que ocurre en otra clase de procesos, los recursos que en favor del procesado consagra la legislación penal buscan preservar ante todo la libertad del reo. Una referencia técnica y precisa sobre el punto que puede llevar a revocar, modificar o aclarar la providencia apelada permite una decisión más rápida al respecto, con lo cual se brinda una protección mayor a este valor constitucional…" [5]

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

"…Si bien el derecho fundamental al debido proceso de que trata el artículo 29 de la Carta se concibe como un conjunto de reglas y principios a los que debe someterse la acción del Estado, de modo que ésta no resulte arbitraria, no menos cierto es que la intervención y actividad de los sujetos procesales y de terceros tampoco queda a la discrecionalidad de los mismos, pues es claro que varios de los elementos que hacen parte de dicha garantía, dada su estructura lógica, admiten limitaciones o condicionamientos que no tienen finalidad distinta que la de garantizar su vigencia y asegurar el equilibrio de los diversos intereses que se confrontan en el ámbito del proceso.

Así, siendo que el proceso penal, según lo señaló la Sala en decisión del 15 de marzo de 1.999 con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía, es, en esencia, un escenario de controversia, a través del cual el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, esa actividad, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria, es a la vez incuestionable que su adelantamiento se encuentra sometido a un conjunto de reglas determinadas por el legislador a las que también deben someter su actividad los sujetos procesales y los funcionarios judiciales". (rad.18619, segunda instancia. 19 de noviembre de 2002. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el impugnante no cumplió con la carga de señalar en concreto las razones de su inconformidad con la providencia recurrida, ya que en la primera parte de su escrito se limita a afirmar, genéricamente, que la funcionaria judicial debió ser condenada, al

[5] Sentencia C- 365 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

> *haber transgredido gravemente la ley penal, y que su comportamiento fue doloso, sin ni siquiera percatarse que fue absuelta por ausencia de tipicidad normativa, como quiera que el Tribunal consideró que las decisiones tomadas "si bien hipotéticamente" podrían ser contrarias a la ley no lo eran de manera ostensible, sin que el apelante hubiera dedicado un solo renglón a exponer porqué, en su criterio, sí lo eran.*
>
> *En la última parte simplemente remite a los argumentos expuestos por el Fiscal y la Agente del Ministerio Público en el acto de la audiencia pública, como si ellos no hubieran sido analizados y no compartidos en la sentencia impugnada.*
>
> *En otros términos, remitirse a lo expresado con antelación a la providencia que se recurre, no puede considerarse como sustentación, teniendo el recurrente el deber de indicarle a la Sala, si estimaba que tales sujetos procesales tenían razón, los motivos concretos y precisos por los cuales han debido ser compartidos y, por lo tanto, por qué el Tribunal se equivocó"*[6].

Recientemente, la misma Corporación indicó que:

> *"…Quien controvierte una decisión judicial tiene una carga argumentativa alta, pues debe exponer de manera clara las razones por las que no se comparte la providencia recurrida, indicando por qué razón se aparta de ella.*
>
> *En ese orden de ideas se debe presentar un debate entre los fundamentos de la decisión y sus planteamientos, y la razón por la que se debe acoger la tesis propuesta, la que se opone a la decisión cuestionada, para que a partir de allí se trabe en debida forma el debate y tenga razón de ser el recurso, pues la finalidad del mismo no es otra que rebatir los asuntos allí consignados.*
>
> *El recurso presentado por la víctima dista mucho de representar una verdadera controversia con lo decidido por el tribunal. Limitó su disertación a exponer nuevamente su particular postura sobre la forma en que han debido ser fallados los procesos ejecutivos adelantados en su contra y las graves faltas al debido proceso…"*[7](Subrayado fuera de texto).

Del marco normativo y jurisprudencial citado, puede observarse la obligación que pesa sobre el recurrente de sustentar en debida forma el recurso de apelación, por lo menos indicando claramente cual o cuales son los errores en que incurrió el *a-quo* y argumentando fáctica y jurídicamente una mejor solución a la controversia planteada por él.

Sin embargo, en el caso *sub-examine* se observa que en la argumentación de los recurrentes no se ocupa de atacar la providencia objetada con razones jurídicas de peso y se limita a mencionar que el procesado en ningún momento tuvo la intención de incurrir en dos de las conductas que le fueron atribuidas y que de manera libre, consciente y voluntaria aceptó.

Finalmente, se debe establecer que las manifestaciones realizadas por el procesado durante la sustentación del recurso de apelación no son de recibo de esta Corporación, ya que de las

---

[6] Auto del 16 de enero de 2003, Radicado 18.665.
[7] Sentencia del 8 de noviembre de 2011. Proceso Rad. 36.770. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

mismas se concluye que lo que pretende el señor Jorge Luis Agudelo Castaño es una retractación de la aceptación de cargos realizada, la cual aconteció de manera libre consciente y voluntaria, y para el caso concreto sólo sería procedente fundamentar la alzada respecto a la tasación de la pena o la concesión del subrogado de ejecución condicional de la pena.

Abonado a lo anterior, el señor defensor manifestó que no tenía argumentos para apelar la decisión de primera instancia y que lo hacía ante la asistencia de su representado.
De esta forma, no puede esta Colegiatura adoptar decisión diversa a declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor del señor Jorge Luis Agudelo Castaño.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación presentado por el señor Jorge Luis Agudelo Castaño y su defensor, contra la decisión tomada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira el 8septiembre de 2009.

Segundo. Contra esta decisión procede el recurso ordinario de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

LUZ STELLA RAMÍREZ GUTIÉRREZ
Magistrada

MANUEL YARZAGARY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Aprobado mediante acta # 396

Pereira (Risaralda), miércoles dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014)

Procesado: Edwar Hoyos Gil
Delito: Concierto para delinquir, trafico, fabricación o porte de estupefacientes
Rad. # 66001 31 87 002 2011 00736 01
Asunto: Se inhibe de conocer recurso, declara desierto.

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación que en forma oportuna fue interpuesto y sustentado por parte del señor EDWAR HOYOS GIL, el cual obra en su propio nombre y representación, en contra de la decisión tomada el día 10 de abril del año 2014 por el señor Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Pereira Risaralda en la cual negó la redosificación de la pena impuesta.

La Jueza Tercera Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Santiago de Cali, en las calendas del 09 de Septiembre de 2011 impuso sanción penal al señor EDWAR HOYOS GIL al declararlo responsable como coautor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes previsto en el título XIII, capitulo II, artículo 376 inciso 1ª con la circunstancia de agravación del numeral 3 del artículo 384 del estatuto de las Penas, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 del año 2004, en concurso homogéneo y heterogéneo con el delito de concierto para delinquir.

Con formato: Izquierda: 2,75 cm, Derecha: 2,59 cm, Arriba: 4 cm, Abajo: 3 cm, Ancho: 21,59 cm, Alto: 33,02

Como sanción penal impuso la privación de la libertad por el término de 148 meses y 12 días de prisión y multa de 1.942.98 S.M.L.M.V., decisión que quedó ejecutoriada al no interponerse recurso contra la misma.

LA ACTUACIÓN PROCESAL:

Allegado el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, proveniente de la ciudad de Santiago de Cali, por reparto le correspondió la verificación al Juez Tercero de dicha modalidad, quien avocó el conocimiento y en el mes de marzo del 2014, el penado presenta una solicitud con la intención de que le sea otorgada una redosificación de la pena, para lo cual fundamenta su petición en la sentencia del 27 de febrero de 2013 (Expediente 33254) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sustenta su pretensión que en virtud de la citada sentencia, al condenársele no debió aplicársele el aumento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, por lo que solicita una redosificación.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA:

El 10 de abril de 2014 el Juez Tercero de Ejecución de penas y medidas de seguridad, niega la solicitud y sustenta el Juez *A quo* que en el pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema, se excluyó el aumento regulado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004 solo para los delitos previstos en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006[1]. Concluye que para los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y concierto para delinquir por los cuales fue condenado el señor Edwar Hoyos Gil, no hay lugar a realizar una dosificación de la pena debido a que el artículo 14 de la ley 890 de 2004 que realizó el incremento general de penas no ha sido declarado inexequible por lo tanto de es aplicación obligatoria.

LA ALZADA:

[1] Artículo 26. *Exclusión de beneficios y subrogados.* Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.

Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto

El condenado Edwar Hoyos Gil, obrando en su propio nombre y representación interpone recurso de apelación, sustenta el recurso con el señalamiento de que al momento de dictársele sentencia condenatoria, la Ley 1453 no se encontraba vigente y por lo mismo los delitos por los que se le condenó debieron de partir en su sanción sin considerar la ley 890 de 2004, Agrega además como sustento del disenso que el articulo 384 menciona incremento en la pena solo para el tipo básico, no incluye el incremento de la ley 890 de 2004, por ello solicita se aplique el incremento de la pena establecida en la ley 890 sin el agravante del artículo 384 o *contrario sensu* se inaplique el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una providencia emanada de un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de decisión penal, según las voces del # 3º del artículo 33 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

- Problema Jurídico:

Se plantea por el recurrente, ante la primera instancia, un recurso de apelación por su inconformidad con la negativa de la redosificación de la pena. En consecuencia decide la Sala si se satisface el presupuesto de la sustentación adecuada de la impugnación, como primer aspecto de procedibilidad para adquirir competencia en torno al pronunciamiento de fondo. De ser así, la Sala abordará el objeto propio del recurso, o en su defecto, habrá de declararlo desierto.

- Solución:

El recurso de apelación es un medio legal que tienen las partes para que el interesado objete, con fundamentos serios y jurídicos las providencias que resulten contrarias a sus intereses, siendo a su vez el ejercicio del derecho de defensa que garantiza el debido proceso propio de todas las actuaciones judiciales y administrativas como lo prevé el artículo 29 de la Carta Fundamental.

Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto

El recurso constituye una acción defensiva de quien estima afectado su derecho con la decisión judicial de primer grado. Este principio rector de la ley instrumental, conocido como de la doble instancia, se hace procedente en la medida que el impugnante satisfaga el presupuesto de sustentación del mismo.

La argumentación consiste en hacer una exposición razonada, lógica y suficiente de unos argumentos que pongan en evidencia su inconformidad con la decisión recurrida, es decir que la ataquen de manera frontal, para a su vez, dotar al *Ad quem* de unos elementos de juicio para pronunciarse, pero un discurso incoherente respecto del señalamiento de hechos y situaciones generales, impide a la Colegiatura asumir un estudio serio y ponderado de un posible reproche de ilegalidad o desacierto del *A quo*.

A pesar de lo difusa de la argumentación, alcanza a entrever la Sala que la defensa pide la redosificación de la pena con fundamento en la inaplicabilidad de la ley 890 de 2004, o una decisión de elección entre aplicar el incremento de la Ley 890 de 2004 sin aplicar el agravante especifico o viceversa. Esta Sala debe aclarar que no es pretensión imponer una técnica argumentativa especial para cada recurso, pero aclara que el sustento del disenso si demanda el cuidado y estudio de quien acude a esta instancia, de tal manera que su intervención presente alguna congruencia entre la decisión objeto de ataque y la exposición argumentativa, con citación si es el caso, de la norma sustantiva o procesal que tenga alguna no desfasada relación.

De suerte que en el caso en estudio, con el agotamiento del recurso, no se avizoraron elementos de juicios serios y suficientes como para desvirtuar los argumentos expuestos en el proveído de primer grado, ya que se observa que en ningún momento al ataque atiende a las razones fundadas que otorgó el *A quo* para negar la redosificación de la pena corporal infligida al hallado responsable y su disentir va encaminado a solicitar la exclusión de la inaplicación del aumento de penas de la ley 890 para después habérsele agravado la sanción conforme al artículo 384 del C.P. o subsidiariamente la inaplicación del agravante del artículo 384 de la Ley 599 de 2000.

Por último, esta Colegiatura debe ratificar que la oportunidad para aducir los factores alegados por el recurrente, está claramente

Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto

definida en la ley procesal – en el debate procesal y los alegatos de conclusión par parte del representante judicial del encartado o al momento de la dosificación de la pena- y su inconformidad debe quedar por sentada al momento del uso de los recursos.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el sancionado EDWAR HOYOS GIL en contra del proveído emanado del Juez Tercero de Ejecución de Penas y Medida de seguridad el día 10 de abril de 2014.

SEGUNDO: Contra la presente decisión procede el recurso de reposición, el que debe ser sustentado dentro de la oportunidad legal.

TERCERO: Devuélvase el expediente al Juzgado remitente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ
Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria

Con formato: Centrado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto
Código de campo cambiado
Con formato: Fuente: Verdana, 9 pto

DESERCIÓN DE RECURSO/ Inadecuada sustentación de la apelación al formular alegatos que no guardan consonancia con los argumentos expuestos por el juzgado para no acceder a la retractación del allanamiento

"(…) quien apeló fue el defensor del procesado, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó a expresar que precisamente como el descubrimiento probatorio no se ha efectuado, tanto él como su cliente tienen derecho a un juicio público donde además de controvertir las pruebas del órgano acusador pueda presentar otras en favor de su representado, sin que en momento alguno controvirtiera la tesis del despacho que estuvo centrada en determinar que en momento alguno al señor JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES se le vulneraron sus garantías fundamentales en la diligencia que se llevó a cabo ante el Juez de control de garantías, donde estuvo asistido de una profesional del derecho y en la que pese a las sendas explicaciones del funcionario sobre la postura que allí podía asumir respecto de los cargos endilgados -aceptarlos, no aceptarlos, o hacerlo de manera parcial-, así como la prohibición legal para ser acreedor a beneficios punitivos, decidió asumir de manera unilateral y sin coacción alguna la responsabilidad por las conductas atribuidas."

Citas: TORRES CALERO, Miguel Ángel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, "Código de Procedimiento Penal". Segunda EdiciónTomo I, Editora Jurídica Colombiana, 1990.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

ACTA DE APROBACIÓN No 706
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	Agosto 11 de 2016, 9:04 a.m.
Imputado:	José Alberto Idárraga Torres
Cédula de ciudadanía:	1.088.345.718 de Pereira
Delito:	Concierto para delinquir agravado en concurso con rebelión y extorsión agravada.
Víctima:	La seguridad pública, el régimen constitucional y legal, y el patrimonio económico de GILBERTO OSSA LEMUS y otros.
Procedencia:	Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Itinerante de Pereira (Rda.) con funciones de conocimiento.
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra el auto proferido en julio 01 de 2016, por medio del cual se negó la retractación de la imputación. DECLARA DESIERTO el recurso por indebida sustentación.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

1.1.- La Fiscalía adelantó investigación contra varios integrantes del frente Aurelio Rodríguez de las Farc que delinquen en los municipios de Mistrató y Pueblo Rico (Rda.), entre ellos el cuarto cabecilla conocido como alias "ROMÁN" o "CARE BONITO" quien realiza extorsiones a comerciantes, transportadores y ganaderos de la zona conforme las órdenes impartidas por la comisión nacional de finanzas del secretario mayor central de las Farc. Luego de diversas labores investigativas, entre las cuales se cuenta con la información vertida por algunos desmovilizados de dicho frente, se estableció que alias "ROMAN" identificado como **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES** era el encargado de ejecutar las directrices de la comisión de finanzas con el fin de obtener recursos para el sostenimiento tanto militar, político, logístico y operacional de los integrantes de esa organización. El antes mencionado fue capturado por unidades del Ejército Nacional adscritos al Batallón San Mateo en noviembre 22 de 2015 en área rural del municipio de Mistrató (Rda.), en cumplimiento de la orden de captura emanada del Juzgado Séptimo Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.).

1.2.- A consecuencia de lo anterior se llevaron a cabo ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con función de garantías las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación (noviembre 23 de 2015) por medio de la cual la Fiscalía 1ª Delegada ante el GAULA le atribuyó al procesado **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES** los punibles de extorsión con circunstancias de agravación, conducta consagrada en los artículos 244 y 245.3 C.P., en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, contenido en el artículo 366 C.P., los cuales ACEPTÓ bajo la modalidad de preacuerdo -de la que luego se retractó-. Adicionalmente, se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

Con posterioridad, la Fiscalía 44 Especializada de la Unidad contra el Terrorismo, en noviembre 11 de 2015 ordenó la acumulación de dicha investigación a la presente conforme lo reglado en el canon 50 C.P.P. por existir armonía delictiva, tratarse de la misma zona, igual modus operandi, similares ejecutores, y asimismo un acervo probatorio semejante.

Como quiera que el procesado se retractó de la aceptación de dichos cargos, en abril 6 de 2015 la Fiscalía adicionó la imputación realizada con antelación donde le endilgó las conductas de concierto para delinquir agravado -con fines de terrorismo-, contemplada en los incisos 2 y 3 art. 340 C.P., en concurso

heterogéneo con el delito de rebelión consagrado en el art. 467 C.P. y homogéneo con el punible de extorsión agravada tipificado en los artículos 244 y numeral 3 art. 245 C.P., a los cuales SE ALLANÓ.

1.3.- Con fundamento en esa admisión unilateral de cargos, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (abril 18 de 2016) en la que formuló idénticos cargos a los endilgados y por ello el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pereira (Rda.) señaló la correspondiente audiencia de legalidad de verificación de la aceptación de imputación (mayo 18 de 2016) la que no se efectuó por la discrepancia suscitada en relación con el abogado que representaría los intereses del señor **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES**. Finalmente se realizó la referida audiencia (julio 01 de 2016) en la que el procesado manifestó que se retractaba de los cargos, por cuanto no contó con una buena asesoría por parte de la abogada que lo asistió, toda vez que él no entiende nada de leyes y ella solo le dijo que aceptara los delitos, sin explicarle bien, máxime que hay hechos de los cuales es inocente y por ende reclama un juicio, pues aunque allí refirió que no iba a admitir unos cargos la abogada le dijo que lo hiciera.

El defensor del encartado señaló que su cliente no comprendió los argumentos ni el momento en que estaba, pues se sentía confiado de su abogada, aunque no sabía de dónde salió en su representación la Dra. ENITH RÍOS y lo que allí dijo fue "porque estaba asustado, por desconocimiento y no tener ninguna claridad".

A su turno la delegada fiscal expresó que no es válida la justificación de retractación al no demostrarse la vulneración de garantías fundamentales ni vicios en el consentimiento como lo refiere el parágrafo del art. 293 C.P., al no haberse establecido que fue coaccionado cuando se adelantó la audiencia de imputación, donde estuvo asistido por una defensora de confianza contratada por el secretariado de las Farc y además haber sido un acto libre, voluntario y espontáneo.

1.4.- El Juzgado negó la retractación al considerar que conforme la jurisprudencia actual no basta la mera manifestación del procesado, sino que ésta debe ser justificada, y la defensa tiene la carga de demostrar un vicio en el consentimiento o violación a garantías fundamentales. Empero, lo que aquí se observa es que **JOSÉ ALBERTO** pretende hacerlo por la asesoría inadecuada de su abogada, por lo que se entiende de ello la existencia de una presunta afectación de derechos fundamentales, frente a lo cual estima que el procesado no puede excusarse en su ignorancia para señalar que por ese desconocimiento aceptó los cargos, máxime que en la audiencia de imputación

contó con todas las prerrogativas constitucionales y legales al habérsele indicado cuáles eran sus derechos, sin requerirse ser una persona versada para entender las oportunidades y posibilidades que tiene en el proceso penal.

Así mismo, del estudio de la audiencia de imputación se desprende que el juez le hizo todas las advertencias al indiciado, en especial verificó que ésta fuera libre, consciente, voluntaria y espontánea, además que por los delitos de concierto para delinquir agravado y extorsión agravada no tenía derecho a beneficios punitivos por admisión de cargos, pese a lo cual **JOSÉ ALBERTO** manifestó de viva voz entender y comprender la situación y aceptó unilateralmente lo endilgado; y si bien el procesado aduce que lo hizo por la orientación de su defensora, debe señalarse que precisamente una de las funciones del abogado es recomendar la mejor opción, sin que pueda descalificar la actividad desplegada por su anterior togada o de quien actualmente lo representa por la estrategia defensiva que cada uno de ellos creyó la más acertada, pues ninguno cuenta con elementos probatorios para determinar cuál es el rumbo del ejercicio defensivo, al no haberse descubierto los mismos por parte de la Fiscalía, y por ende las estrategias defensivas no puede ser justificación para pedir la retractación.

2.- Debate

2.1.- Defensa -recurrente-

El descubrimiento probatorio es el momento en que un abogado conoce cuál es la mejor posibilidad para defender a una persona vinculada a un proceso penal, lo que acá no se ha producido y precisamente por eso le parece que lo correcto fue el asesoramiento que él le dio a **JOSÉ ALBERTO**, y aunque hay una aceptación de cargos y sin lugar a dudas el señor juez le debió efectuar indicaciones y advertencias, se queda con su postura por aquello de que no debe ser de buen recibo que un acusado caprichosamente se retracte después de haber entendido; sin embargo insiste en que tanto su cliente como él deben tener la oportunidad de conocer las pruebas que existen y considera que de manera responsable no puede recomendarle lo que la togada le sugirió en su ocasión, y estima que la instancia superior debería darle la razón para concederle la viabilidad de que su prohijado tenga un juicio público para controvertir unas pruebas y en lo posible argüir otras en su favor.

2.2.- Fiscal -no recurrente-

Solicita se confirme la decisión al no encontrar justificación válida para una retractación, habida cuenta que no fue debidamente sustentada la vulneración

a derechos fundamentales que aduce la defensa, pues la aceptación de cargos fue libre, consciente, espontánea y voluntaria, además estuvo asistido por defensor a quien en su momento se le descubrieron los elementos de prueba con los que contaba la Fiscalía para soportar una inferencia razonable de autoría o participación, y el Juez de garantías cumplió a cabalidad con su rol al indicarle todos los derechos que tenía y las advertencias derivadas de esa aceptación.

3.- Para resolver, se considera

De la situación fáctica mencionada con antelación, se observa que ante la negativa del funcionario judicial de admitir la retractación de la aceptación unilateral de cargos que en la audiencia de formulación de imputación efectuó el señor **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES**, por parte del profesional del derecho que actualmente lo representa se interpuso el recurso de apelación frente a la decisión que le resultó adversa a sus intereses.

La Sala dirá desde ya que declarará desierto el recurso en cuanto la sustentación ofrecida ante la primera instancia no colma las exigencias requeridas.

Como es sabido, para el surgimiento de la competencia funcional en segunda instancia, es indispensable: la interposición oportuna del recurso de apelación en forma principal o subsidiaria, que la impugnación sea interpuesta por un sujeto procesal habilitado para el efecto, y que la providencia contra la cual se interpone admita esa clase de impugnación; pero además, que la parte inconforme presente ADECUADA SUSTENTACIÓN que dé al Superior las bases suficientes para confrontar la posición del inconforme frente aquella asumida por el inferior, porque se trata de la oportunidad única en que debe dar a conocer al ad quem los elementos de juicio en que se funda la censura.

No se trata de una requisitoria meramente formal, sino de la razón de ser del principio de la doble instancia, por cuanto no se puede pretender el examen de una decisión judicial que se presume ajustada a derecho, sin exponer los motivos que se tienen para el disenso.

Con la Ley 2ª de 1984 se formalizó como exigencia legal la sustentación del recurso, y conforme a ese dispositivo doctrina y jurisprudencia han coincidido en moldear sus límites, para cuyo efecto se ha decantado lo siguiente:

> "Sustentar un recurso no significa lanzar apreciaciones de carácter general o ecuménicas, o calificaciones abstractas o vagas, o meramente corticales. No,

> el escrito de apelación para que merezca el nombre de tal, debe contener la pertinente crítica jurídica o probatoria mediante los correspondientes juicios de valor y los atinentes predicados axiológicos y conceptuales, de tal manera que a los planteamientos del proveído protestado se opongan razonamientos de similar peso; a sus inferencias y reflexiones otros tantos juicios combatan, contradigan o refuten el discurso dialéctico contenido en la respectiva providencia judicial. Sólo así cabe entender la naturaleza y finalidad del recurso de apelación"[1]

Significa entonces, que no suplen el requisito de la sustentación expresiones abstractas que por su imprecisión y vaguedad no expresan ni siquiera implícitamente las razones o motivos de disenso.

En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue el defensor del procesado, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó a expresar que precisamente como el descubrimiento probatorio no se ha efectuado, tanto él como su cliente tienen derecho a un juicio público donde además de controvertir las pruebas del órgano acusador pueda presentar otras en favor de su representado, sin que en momento alguno controvirtiera la tesis del despacho que estuvo centrada en determinar que en momento alguno al señor **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES** se le vulneraron sus garantías fundamentales en la diligencia que se llevó a cabo ante el Juez de control de garantías, donde estuvo asistido de una profesional del derecho y en la que pese a las sendas explicaciones del funcionario sobre la postura que allí podía asumir respecto de los cargos endilgados -aceptarlos, no aceptarlos, o hacerlo de manera parcial-, así como la prohibición legal para ser acreedor a beneficios punitivos, decidió asumir de manera unilateral y sin coacción alguna la responsabilidad por las conductas atribuidas.

Dada esa particular manera de sustentar el recurso, no se halla por parte de la Sala forma de emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, porque de la alzada no se extraen razonamientos acerca de los cuales pueda surgir una confrontación o controversia efectiva con los términos en que fue despachada la decisión por parte del juzgado de primer nivel que resultó adversa a los intereses de la defensa, máxime cuando la postura que asumió el profesional del derecho al momento de interponer la alzada no guarda consonancia con aquella que esgrimió cuando se le concedió la oportunidad para pronunciarse en relación con la posición del señor **IDÁRRAGA TORRES** de retractarse de los cargos formulados, donde solo refirió que su cliente no comprendió los argumentos elevados en la audiencia de imputación, ni mucho menos el momento en que se encontraba, y que si bien allí admitió su

---

[1] TORRES CALERO, Miguel Angel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, Código de Procedimiento Penal. Segunda Edición, 1990, Tomo I, Editora Jurídica Colombiana, pg. 423.

responsabilidad lo hizo por cuanto estaba asustado, por su desconocimiento y no tener claridad alguna al respecto.

Se observa adicionalmente, que el juez a quo no tuvo ni siquiera la posibilidad de pronunciarse frente a lo referido por el togado al momento del recurso, porque, repetimos, lo que expuso el letrado en ésta última oportunidad no fue motivo de planteamiento ante el juez de primer nivel cuando se le concedió el uso de la palabra para alegar a su favor lo atinente a los motivos fundantes de la retractación.

Por lo anterior, estima la Corporación que por parte del abogado del señor **JOSÉ ALBERTO IDÁRRAGA TORRES** no se atinó a enunciar alguna interpretación jurídica que diera pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento, con miras a considerar que se presentaba alguna de las circunstancias contenidas en el parágrafo del artículo 293 C.P.P. para aceptar la retractación de los cargos que realizó el procesado en la formulación de imputación llevada a cabo en abril 6 de 3016 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías. Y, ante ese vacío sustancial, se genera un obstáculo insalvable para que la Corporación cumpla su deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por el funcionario de primer grado.

Así las cosas, la Sala está en el deber de declarar desierto el recurso.

3.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación que fuera interpuesto por el togado que representa los intereses del procesado, y en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso oportunamente interpuesto.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición que de interponerse debe hacerse dentro del presente acto público y en forma oral.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

SUSTENTACIÓN DE RECURSO/ Deber de exponer los motivos concretos del disenso sobre los cuales se circunscribirá el estudio del juez de segunda instancia

"(…) quien apeló fue el defensor del denunciante, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el juez a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó a solicitar (…) que `se revise si en efecto se presentó la conducta de fraude procesal al ser ésta el origen de la preclusión adoptada pues con ello se podría dar la razón a su cliente´, sin hacer alusión alguna a los puntos de inconformidad que observó en relación con el proveído cuestionado, con lo cual dio a entender que su propósito era que de parte de esta Corporación se hiciera un `libre estudio integral de lo ocurrido´, sin indicar de manera concreta en que se basa su contrariedad frente a tal providencia."

Cita: TORRES CALERO, Miguel Ángel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, "Código de Procedimiento Penal". Segunda Edición, Tomo I, Editora Jurídica Colombiana, 1990.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA de decisión PENAL

Pereira, veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

ACTA DE APROBACIÓN No 143
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	Febrero 24 de 2016, 10:01 a.m.
Imputado:	Ana de Jesús Flórez Guerrero
Cédula de ciudadanía:	25.042.411 de Quinchía (Rda.).
Delito:	Fraude Procesal
Víctima:	La eficaz y recta impartición de justicia
Procedencia:	Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Rda.) con funciones de conocimiento
Asunto:	Decide apelación interpuesta por el apoderado de víctimas contra el auto proferido en julio 01 de 2015, por medio del cual se precluyó la investigación. SE DECLARA DESIERTO

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

1.1.- La situación fáctica que originó la investigación de la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ GUERRERO** fue puesta en conocimiento de la Fiscalía por parte del señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA, quien alude que la referida Inspectora de Policía del corregimiento de Irra de Quinchía (Rda.) presentó al

ente acusador un informe falso y fraudulento fechado enero 5 de 2012, con el cual indujo en error a la fiscal que ordenó el archivo del trámite que se adelantaba en contra de los miembros de la junta directiva de la Asociación de Usuarios del Acueducto de dicho corregimiento por la conducta de amenazas.

1.2.- La delegada fiscal solicita la preclusión de la investigación, de conformidad con lo reglado en el numeral 3 del artículo 332 C.P.P. -posteriormente lo corrige y expresa que se trata del numeral 4º-, por presentarse una causal de atipicidad del hecho, porque a su juicio la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ GUERRERO** en su calidad de corregidora de Irra no incurrió en una conducta engañosa pues su intervención se limitó a acatar el despacho comisorio emanado de la Fiscalía 29 Seccional de Quinchía (Rda.), y si bien se dieron algunas inconsistencia al indicar que no se había llevado a cabo la declaración del señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA, ello obedeció a un lapsus por cuanto el exhorto fue debidamente diligenciado, de lo cual no hay duda en cuanto a su existencia y cumplimiento. Así mismo que el comportamiento del señor QUINTANA ESTRADA fue corroborado por los testigos entrevistados y los comentarios efectuados por la señora **FLÓREZ GUERRERO** no son suficientes por sí solos para afirmar que engañó a las autoridades para proferir una sentencia, decisión o acto administrativo ni mucho menos que logró inducir en error a la funcionaria judicial.

1.3.- A su turno, el representante de víctimas expresó que de lo escuchado de la Fiscalía y lo dialogado con el denunciante, es para él imposible pronunciarse a ese respecto porque las circunstancias no se lo permiten, dado que no puede entrar a desaprobar lo esgrimido por el ente acusador porque en verdad existe una ausencia de tipificación de la conducta, y al no existir ésta no hay violación alguna; sin embargo, su prohijado le exhibió unas certificaciones de la EPS donde los médicos dan fe del estado mental en el que se encuentra y en conjunto con una serie de testimonios sobre su comportamiento y conducta, encontraríamos que su cliente pudo formular una denuncia por un fraude procesal que en realidad no está tipificado, aunque sí pudieron existir algunas fallas de la administración al no habérsele prestado la atención y colaboración suficiente, y generar un concepto con el que se prejuzga al señor QUINTANA al manifestar que tiene problemas mentales, lo que los médicos no certifican.

1.4.- El defensor de la indiciada coadyuva la petición de la fiscalía, al no observar el más mínimo asomo de duda en la actuación desplegada por su representada, quien lo que hizo fue cumplir con una orden por medio de un

comisorio que lo efectuó en forma clara y lo devolvió a la fiscalía 29 seccional; y además estima que esto no es nuevo porque en el tiempo que labora como defensor público conoce de cantidad de denuncias formuladas por el señor QUINTANA en contra de diversos funcionarios y pide se le dé aplicación al numeral 4º del artículo 332 C.P.P.

1.5.- Luego de determinar lo pertinente, y de haber manifestado el señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA que no autorizaba al abogado para su representación por no ser de la Defensoría Pública y rechazar su intervención, el juez le concede la palabra como denunciante, quien de su confusa exposición que incluso motivó en varias oportunidades la interrupción por parte del funcionario judicial para que éste direccionara su sustentación, se puede extraer como fundamental lo siguiente: (i) no es la persona que hizo ver la fiscal, en tanto no sufre de esquizofrenia, delirios de persecución o paranoia, lo que es completamente falso; (ii) se efectuó un montaje judicial con testigos falsos para precluir la investigación; (iii) la fiscal no valoró todas las pruebas pues le conviene precluir el asunto por tratarse de un montaje; (iv) la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ** es culpable del delito de fraude procesal por ocultar documentación; (v) en la orden de archivo la fiscal vio el oficio donde dice que no se le recibió la entrevista al señor ALFONSO QUINTANA y pese a que la personera y el asistente de fiscal vieron esa falla, se aguantaron en clara complicidad, y aunque allí se veía que la señora no llevó oportunamente esa diligencia, ahora se le dice que sí está y que no pasó nada; (vi) la señora **ANA DE JESÚS** en el oficio de 2012 dice cosas ajenas a la realidad e incidió en conducta engañosa por enviar un informe de hechos que no corresponden a la verdad, lo que conlleva un fraude procesal considerado como delito pues lesionó la recta impartición de justicia; (vii) el oficio de enero de 2012 que elaboró la señora **ANA DE JESÚS** fue realizado con el único fin de provocar un engaño, hacer incurrir en error a la fiscal, y lograr dejar en la impunidad a los autores de los delitos de que fue víctima; (viii) rechaza la solicitud de preclusión y pide se acuse y condene a la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ** y a sus coautores CARLOS MARIO GUTIÉRREZ y VÍCTOR CADAVID SÁNCHEZ; (ix) los hechos denunciados por él no han sido averiguados de manera seria y la petición de preclusión es producto de la precariedad probatoria por la inercia y el abuso de autoridad en las actuaciones que realizó la fiscal 29; y (x) pide se deniegue la preclusión y se investigue lo denunciado con el fin de garantizar sus derechos a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.

1.6.- Una vez analizados los argumentos esgrimidos, el juez de la causa dispuso la preclusión de la actuación al considerar que la conducta endilgada

a la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ GUERRERO** no encuadra en el punible de fraude procesal, pues no se vislumbra de las actividades por ella adelantadas la utilización de un medio fraudulento para hacer incurrir en error al funcionario, ni el propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, en tanto ella no faltó a la verdad y cumplió con la comisión que le fuera ordenada, relativa a escuchar al señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA, lo cual hizo y devolvió tal comisorio con un oficio, y aunque en éste se indicó que esa diligencia no se realizó, ello fue un equívoco, por cuanto se anexó tal interrogatorio y la decisión de archivo tomada por la fiscalía no lo fue exclusivamente por ese procedimiento, sino con fundamento en los demás elementos probatorios que se recaudaron en la actuación. Por demás, tampoco observa el despacho un tal montaje como así lo ha referido el denunciante, pues no se ve la intención de la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ** de ponerse de acuerdo con otros funcionarios para perjudicarlo.

1.7.- Adoptada la decisión, la Fiscalía, la defensa y el representante de la víctima manifestaron estar conformes con la providencia, pero como quiera que en esa oportunidad el juez no le otorgó la palabra al señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA para intervenir, éste interpuso acción de tutela cuyo conocimiento correspondió a esta misma Sala, por violación al debido proceso y derecho de contradicción, frente a lo cual la Corporación mediante sentencia de agosto 12 de 2015 tuteló los derechos fundamentales del actor, dejó sin efectos lo decidido por el a quo al declarar legalmente ejecutoriada la providencia de preclusión, y le ordenó programar nueva fecha y hora para continuar la diligencia donde se le concediera el uso de la palabra al señor QUINTANA ESTRADA para que se pronunciara.

El juzgado de primer nivel en acatamiento de lo decidido en sede de tutela, programó fecha para tal actuación y ante ello el señor QUINTANA ESTRADA elevó petición donde pidió su aplazamiento hasta tanto la Corte Suprema de Justicia se manifestara respecto de los demás derechos que no fueron objeto de protección, y a la vez recusó al funcionario para seguir con el conocimiento del caso.

1.8.- El Juez Promiscuo del Circuito por auto de agosto 24 de 2015 accede al aplazamiento de la diligencia, acepta la recusación impetrada y manifiesta su impedimento para adelantar el proceso conforme lo reglado en el numeral 5º. del artículo 56 C.P.P., por lo que remite la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, despacho que mediante decisión de septiembre 2 de 2015 avoca el conocimiento del asunto y ordena dar trámite a la

continuación de la audiencia de preclusión. No obstante las solicitudes de aplazamiento del señor QUINTANA ESTRADA, el despacho no las autoriza, aunque por situaciones administrativas hubo de aplazarse la inicial fecha y se fijó nuevamente para enero 13 de 2016.

En esta última oportunidad, la juez dejó constancia en el sentido que el señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA no comparece al acto muy a pesar de las varias ocasiones en que fue citado y notificado por el juzgado, máxime que dicha audiencia tiene como único propósito atender la tutela de la Sala Penal que ordenó conceder el uso palabra al mismo al mostrarse en desacuerdo con la preclusión adoptada, pero como inexplicablemente éste no concurrió al acto, consideró procedente otorgar el uso de la palabra al abogado que defiende sus intereses, para que se pronunciara si así lo consideraba pertinente.

2.- Debate

2.1.- El representante de la víctima sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos: No obstante la "revocatoria del mandato" (sic) que en audiencia pasada le hizo el señor QUINTANA ESTRADA, y además de encontrar algunas diferencias en relación con los conceptos que él pudo expresar y los suyos en torno a la preclusión, quiere ser solidario con él en el sentido de acompañarlo y solicitarle al Tribunal la revisión de la preclusión para que se sirva pronunciarse al respecto.

La señora juez con antelación a conceder la palabra a los no recurrentes, le solicitó al togado que se manifestara con respecto a algún punto específico en torno a la apelación, ante lo cual el profesional agrega que su deseo es que el Tribunal revise si en realidad hubo algún asomo de fraude procesal en el caso que se inició contra la señora **ANA FLÓREZ**, pues ese fue el origen de esta preclusión y la claridad que pueda encontrar la Corporación podría dar razón a su representado.

2.2.- A su turno la fiscal, como no recurrente, solicita se confirme la decisión emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía (Rda.) al acceder a la preclusión por cuanto la señora **ANA FLÓREZ** no ha incurrido en la conducta engañosa que indica el señor QUINTANA ESTRADA y que calificó como fraude procesal. Recaba que la Fiscalía al sustentar la preclusión hizo un relato de los hechos y especificó con qué elementos materiales contaba para pedirla, además de analizar el comportamiento que describe el denunciante, el que no encuadra en los hechos relatados y como quiera que las probanzas siguen

siendo las mismas, sin existir nuevas para variar su pedimento y menos la providencia de instancia, reitera los argumentos planteados en esa oportunidad.

2.3.- El defensor de la indiciada, también como no recurrente, coadyuva la petición de la Fiscalía y expresa que no hay el más mínimo asomo que su defendida haya trasgredido norma penal y mucho menos cometido un fraude, pues no se notó la intención de perjudicar a la presunta víctima. Deja constancia que hay un delirio de persecución de este señor en contra de su representada, y ello ha conllevado, sin razón, a múltiples investigaciones penales y administrativas. Solicita en consecuencia la confirmación de la determinación adoptada por el juzgado de primer grado.

2.4.- Luego de las referidas exposiciones la a quo indica que es contradictoria la postura del señor ALFONSO QUINTANA quien funge como víctima porque no asiste a la audiencia que precisamente fue reclamada en acción de tutela ante el Tribunal Superior, pues en varias oportunidades se aplazó por solicitud expresa del mismo sin que en la fecha comparezca pese a ser el interesado en este recurso, y aunque el abogado que lo defiende dejó claro que no tenía interés directo en la apelación al encontrar la decisión ajustada a derecho, en uso de la facultad de defender los derechos de su prohijado reclama del Tribunal la revisión de la preclusión, por lo que en aras de respetar el derecho de contradicción y de defensa, por cuanto esta persona ha pedido atención a unas situaciones que enfrenta y donde han sido varias las investigaciones presentadas porque él dice que no se le escucha por la judicatura, el citado despacho considera procedente con fundamento en ello conceder el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

Se agrega por la funcionaria a quo, que en la carpeta no hay constancia que el abogado de víctimas hubiera renunciado o hubiera sido relevado por un defensor público, y si bien el quejoso manifestó inconformidad con su defensa, a la fecha no ha comparecido con un abogado de confianza, ni otro sujeto procesal de la Defensoría Pública, a consecuencia de lo cual era prudente oír al abogado que lo asistió para garantizar la defensa técnica.

3.- Para resolver, se considera

De la situación fáctica mencionada con antelación, se aprecia que ante la decisión de preclusión que en su momento adoptó el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía (Rda.), esta Corporación dispuso por medio de acción constitucional que se escuchara la intervención de la víctima quien se había

mostrado inconforme con esa determinación. No obstante, cuando se reanudó el acto ante el Juzgado Penal del Circuito de Belén de Umbría (Rda.) con tal finalidad, la titular del despacho dejó constancia de la no comparecencia del señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA muy a pesar de las continuas citaciones que se le hicieron, a consecuencia de lo cual le concedió el uso de la palabra al profesional del derecho que lo representa, quien procedió a sustentar el recurso de apelación frente a la providencia que resultó adversa a los intereses de su prohijado.

Lamentablemente, la Sala se ve forzada a sostener que el recurso debe declararse desierto en cuanto la sustentación ofrecida ante la primera instancia no colma las exigencias requeridas.

Como es sabido, para el surgimiento de la competencia funcional en segunda instancia, es indispensable: la interposición oportuna del recurso de apelación en forma principal o subsidiaria, que la impugnación sea interpuesta por un sujeto procesal habilitado para el efecto, y que la providencia contra la cual se interpone admita esa clase de impugnación; pero además, que la parte inconforme presente ADECUADA SUSTENTACIÓN que dé al superior las bases suficientes para confrontar su posición con la asumida por el inferior, porque se trata de la oportunidad única en que debe dar a conocer al ad quem los elementos de juicio en que se funda la censura.

No se trata de una requisitoria meramente formal, sino de la razón de ser del principio de la doble instancia, por cuanto no se puede pretender el examen de una decisión judicial que se presume ajustada a derecho, sin exponer los motivos que se tienen para el disenso.

A partir de la Ley 2ª de 1984 se introdujo como exigencia legal la sustentación del recurso, y conforme a ese dispositivo doctrina y jurisprudencia han coincidido en moldear sus límites, para cuyo efecto se ha decantado lo siguiente:

> "Sustentar un recurso no significa lanzar apreciaciones de carácter general o ecuménicas, o calificaciones abstractas o vagas, o meramente corticales. No, el escrito de apelación para que merezca el nombre de tal, debe contener la pertinente crítica jurídica o probatoria mediante los correspondientes juicios de valor y los atinentes predicados axiológicos y conceptuales, de tal manera que a los planteamientos del proveído protestado se opongan razonamientos de similar peso; a sus inferencias y reflexiones otros tantos juicios combatan, contradigan o refuten el discurso dialéctico contenido en la

> respectiva providencia judicial. Sólo así cabe entender la naturaleza y finalidad del recurso de apelación"[1]

Significa entonces, que no suplen el requisito de la sustentación expresiones abstractas que por su imprecisión y vaguedad no expresan ni siquiera implícitamente las razones o motivos del disenso.

En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue el defensor del denunciante, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por el juez a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó a solicitar -previo requerimiento de la señora juez al respecto- que "se revise si en efecto se presentó la conducta de fraude procesal al ser ésta el origen de la preclusión adoptada pues con ello se podría dar la razón a su cliente", sin hacer alusión alguna a los puntos de inconformidad que observó en relación con el proveído cuestionado, con lo cual dio a entender que su propósito era que de parte de esta Corporación se hiciera un "libre estudio integral de lo ocurrido", sin indicar de manera concreta en que se basa su contrariedad frente a tal providencia.

Dada esa particular manera de sustentar el recurso, no se halla por parte de la Sala forma de emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, porque de la alzada no se extraen razonamientos acerca de los cuales pueda surgir una confrontación o controversia efectiva con los términos en que fue despachada la decisión por parte del a quo que resultó adversa a los intereses del señor QUINTANA ESTRADA.

No puede pasar por el alto esta Corporación que de conformidad con lo dispuesto en la acción de tutela que conoció quien ahora funge como ponente, se debía dar la oportunidad a la víctima, esto es, al señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA para que expusiera los argumentos respecto a la preclusión, máxime que como se avizoró en ese diligenciamiento la postura de quien allí lo representó estuvo en contravía de lo que pretendía, por lo que ahora no se entiende la posición asumida por el quejoso de negarse a asistir para sustentar el recurso que reclamó insistentemente, muy a pesar que según lo refirió la juez a quo fueron diversas las citaciones que se le enviaron, pero aun así se mostró reacio a comparecer a dicha audiencia.

Y frente a tan palmaria situación, lo que observa la Sala es que el abogado del señor QUINTANA ESTRADA, quien ya había soportado su inicial posición

---

[1] TORRES CALERO, Miguel Angel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, Código de Procedimiento Penal. Segunda Edición, 1990, Tomo I, Editora Jurídica Colombiana, pg. 423.

ante la preclusión adoptada a favor de la señora **ANA DE JESÚS FLÓREZ GUERRERO**, en el sentido de no mostrar inconformidad alguna -como así se desprende de los registros de audio de la actuación-, se vio en la imperiosa necesidad de tratar de sustentar un recurso con el cual no estaba de acuerdo, y el resultado obtenido es evidente, en cuanto no se atina por parte del mismo a enunciar alguna interpretación jurídica que diera pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento, con miras a considerar que en efecto la conducta endilgada a la señora FLÓREZ GUERRERO tuvo ocurrencia. Siendo así, lo esperado procesalmente era que la carga argumentativa corriera por cuenta del señor QUINTANA ESTRADA, quien como ya se indicó no quiso comparecer al acto público.

En síntesis, ese vacío sustancial impide a la Corporación cumplir con el deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por el funcionario de primer grado.

Así las cosas, la Sala está en el deber de declarar desierto el recurso.

3.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación que fuera formulado por el togado que representa los intereses del señor ALFONSO QUINTANA ESTRADA; y, en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso interpuesto.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición que de interponerse debe hacerse dentro del presente acto público y en forma oral.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

TRIBUNAL SUPERIOR

DISTRITO JUDICIAL DE PEREITA

SALA DE DECISION PENAL

Magistrado

LEONEL ROGELES MORENO

Pereira, veintiséis (26) de enero de dos mil diez (2010)

Hora: 04:00 p.m.

Aprobado por Acta No. 027

Sindicado: *William de Jesús Flórez Estrada*
Conducta Punible: *Abuso de Confianza*
Procedencia Juzgado: *Segundo Penal del Circuito de Pereira.*

ASUNTO

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda en relación con el recurso de apelación interpuesto por el representante de la víctima contra la decisión mediante la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, decretó la cesación de procedimiento en favor de William de Jesús Flórez Estrada por caducidad de la acción penal.

ANTECEDENTES

Los hechos materia de investigación se dieron a conocer a través de denuncia presentada por la ciudadana Ruby de Jesús Taborda Atehortúa, quien confirió poder al abogado William de Jesús Flórez Estrada para que la representara en dos diligencias; la primera, para que le vendiera un local que tenía en la ciudad de Medellín y para tal efecto le entregó los documentos respectivos, posteriormente se percató que el inmueble lo había vendido hacía cuatro años, y no le hizo entrega del dinero producto de la venta. Y el segundo, porque le suministró una letra de cambio por valor de $100.000.000 para su respectivo cobro jurídico contra la Empresa Saldarriaga y Carrillo, para

ello elaboró contrato de prestación de servicios profesionales, mas no sabe los resultados de la tarea encomendada.

Realizada la fase correspondiente al ciclo instructivo, la Fiscalía profirió Resolución de Acusación en contra del procesado como presunto autor responsable de la conducta delictuosa de Hurto Agravado, decisión que fue recurrida y confirmada por la Fiscalía Delega ante el Tribunal Superior del Distrito.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, adelantó la etapa del juzgamiento y una vez culminada la audiencia pública, profirió providencia por medio de la cual decretó la cesación de procedimiento por cuanto la ofendida no presentó la respectiva denuncia dentro del término establecido en el artículo 34 de la Ley 600 de 2000, aclarando para ello que la situación fáctica y jurídica corresponde al punible de Abuso de Confianza.

El representante de la víctima acude a esta instancia con el propósito de que se revoque la decisión de primer nivel, argumentando que el delito cometido es permanente y continuo y ha perseverado en el tiempo y por lo mismo no puede dársele el tratamiento de delito instantáneo.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

De conformidad con el artículo 194 de la Ley 600 de 2000, el derecho de impugnación impone de manera correlativa a quien lo ejercer la carga procesal de sustentarlo, es decir, de expresar en forma clara y suficiente las razones por las cuales está inconforme con una determinada providencia, so pena de sufrir las consecuencias inherentes a esa omisión como lo es la declaratoria de desierto del recurso.

En tal orden, en materia penal no sustentar debidamente es como no hacerlo y como aquí se advierte esa omisión, el Juzgado de instancia ha debido declarar desierta la impugnación, ya que en esas condiciones, la Sala no está habilitada para asumir la segunda instancia. Veamos porque:

Sobre el tema de sustentación del recurso de apelación, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

> *"(...) El recurso de apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no sólo debe ser interpuesto oportunamente, sino, también, sustentado por escrito ante la primera instancia, de manera que la fundamentación de la apelación, se constituye en acto trascendente en la composición del rito, pues no es suficiente con que el recurrente exteriorice inconformidad general con la providencia que impugna sino que le es imperativo, además, concretar el tema o aspectos de los que disiente, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada, al punto que si no se sustenta debidamente el disentimiento se declara desierto y no se abre a trámite la segunda instancia, pues en tal evento el juzgador no podría conocer sobre qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio.*
>
> **Así, entonces, la sustentación de la apelación es carga para el impugnante y constituye presupuesto ineludible para acceder a la segunda instancia (...)"[1].**

La inconformidad simplificada o generalizada que exponga el recurrente, frente a la providencia atacada, va contra la esencia controversial del proceso penal y le resta a la segunda instancia razones o motivos para decidir respecto de las deducciones lógico-jurídicas del pronunciamiento de primer grado.

Como se decía, el apelante solamente expone que el delito cometido es permanente y continuo, pero no especifica los temas o aspectos en que está en desacuerdo, tampoco presenta argumentos fácticos ni jurídicos que lo lleven a controvertir la decisión primigenia, de suerte que el Juez de instancia ha debido dar aplicación al inciso segundo del artículo 194 de la Ley 600 de 2000, -declarar desierto el recurso- ya que sin una adecuada argumentación de las razones por las cuales no se comparte la determinación que se impugna, el superior funcional no

[1] C.S.J. Casación Penal. Sentencia del 2 de mayo de 2002. Rad. 15.262. M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

adquiere competencia para revisar la decisión que por este medio se ataca y es por eso que la Sala se abstendrá de acometer el estudio respectivo.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

RESUELVE:

Abstenerse de conocer el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de origen, fecha y contenido relacionados en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LEONEL ROGELES MORENO
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretaria