TESTIGOS COMUNES – No hay lugar a su decreto ante la ausencia de argumentación válida y/o suficiente sobre la pertinencia o utilidad objetiva.

"*Se reitera que Fiscalía y Defensa presentan a cada uno de estos ciudadanos como TESTIGOS DE FACTUM, encontrándose plena correspondencia entre ellos, en cuanto tienen conocimiento de los mismos hechos; de suerte que sería inoficioso y altamente desgastante que se admitiera a la defensa la posibilidad de interrogar directamente a estos siete (7) testigos, repetitivamente y en segunda oportunidad durante el juicio, para que relaten similares hechos respecto de los que se los habría de interrogar directamente por la Fiscalía. En la medida que en momento alguno se refirió la necesidad de examinarlos sobre circunstancias específicas, diferentes a las que busca concretar con ellos el órgano de la acusación, no habría lugar al doble decreto de dichas probanzas orales*".

PRUEBA DOCUMENTAL / INCORPORACIÓN EN JUICIO: Se admite la incorporación toda vez que se trata de una evidencia orientada a desestructurar los cargos de responsabilidad o a hacer menos probables los asertos de la acusación.

"*La puntualidad de dichos documentos, y el racional uso que anticipa la defensa les va a dar en el juicio, advierten que en ellos no hay probabilidad de causar graves perjuicios indebidos a la causa, ni avizoran que potencialmente pudieran generar confusión al trámite, por ello serán admitidos [artículo 376 Procesal Penal]*".

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO

SALA DE DECISION PENAL

Auto Penal Nº:	35
Radicación:	2008-05989 NI. 2154
Procesados:	WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO y JOHANA ELIZABETH ESPINOSA SALAMEA
Delitos:	CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES.
Acta de Aprobación No:	145 del 6 de septiembre del 2021

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO A DECIDIR

Procedente del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto (Nariño) ha llegado el proceso penal seguido en contra de los Señores WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO y JOHANA ELIZABETH ESPINOSA SALAMEA por los delitos de CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES. Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de los intereses jurídicos del ciudadano MARTÍNEZ URREGO, en contra del auto proferido en la sesión de audiencia preparatoria del 12 de julio de 2021, a través del cual se denegaron unas pruebas testimoniales comunes y otras de contenido documental, solicitadas por la defensa.

HECHOS Y ACTUACÍON PROCESAL RELEVANTES

De conformidad con lo establecido en el escrito de acusación, los hechos jurídicamente relevantes son los siguientes:

> *"El dieciséis de septiembre de 2008 se matricula en la Cámara de Comercio de Pasto el establecimiento de comercio denominado "IBVI" ubicado en la calle 17 No 12-68, bajo matrícula mercantil 121376. Su actividad comercial era la asesoría y gestión empresarial, transporte de carga, importación y exportación de toda clase de bienes y servicios. Con activo vinculado de cinco millos de pesos ($5´000.000), siendo su administradora YOHANA ELIZABETH ESPINOZA SALAMEA"*

"El diecisiete de septiembre de 2008 se registra en la Cámara de Comercio bajo el número de certificado mercantil 121403, el establecimiento de comercio "Comercializadora IBVI", ubicado en la calle 17 No 12-68 de Pasto. Su actividad comercial era la asesoría y gestión empresarial y transporte de carga con un activo vinculado de cinco millones de pesos ($5´000.000). Administrador WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO".

Sin embargo a pesar de lo anterior el establecimiento se dedicó por parte de quienes figuran como administradores WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO y JOHANA ELIZABETH ESPINOSA SALAMEA a captar dineros del público con la promesa a los inversionistas de reintegrar al cabo de un mes, cada uno de los montos allegados incrementado en un setenta (70), ochenta (80) y cien (100) por ciento sobre el capital".

"La empresa cerró sus puertas a mediados de noviembre de 2008 sin que se tenga conocimiento del paradero de los dineros que fueron captados del público en la ciudad de Pasto".

"De los elementos que se tiene a disposición se estima que la suma captada asciende a cuatro mil ochocientos cincuenta millones, cincuenta y tres mil cuatrocientos pesos ($4´850.053.400), habiéndose reintegrado de ellos cuatro mil quinientos ochenta y dos millones, quinientos cinco mil cuatrocientos pesos ($4.582´505.400), de los que hay evidencia de tal circunstancia".

"La primera conducta se relaciona con el delito de captación masiva y habitual de dineros consagrada en el artículo 316 de la ley 599 de 2000…"

Para el caso que ahora se examina y se relaciona directamente con la empresa denominada "IBVI" el pasivo está compuesto con obligaciones contraídas con seiscientos sesenta y siete (667) personas, el mismo que asciende a un total de cuatro mil ochocientos cincuenta millones, cincuenta y tres mil cuatrocientos pesos ($4´850.053.400)".

"Ahora bien, esa cuantía sobrepasa el cincuenta por ciento (50%) del patrimonio líquido de WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO y JOHANA ELIZABETH ESPINOSA SALAMEA como personas creadoras de la empresa

"IBVI", habida cuenta que el patrimonio con que fue creada la empresa es de cinco millones de pesos ($5´000.000)".

"Así mismo, las operaciones de recibir dineros a título de mutuo fueron el resultado de haber realizado ofertas a personas innominadas, pues a pesar de que la invitación a invertir se dio de boca a boca como consta, fueron atrayendo los imputados a su empresa a todo un conglomerado que depositó sus recursos en el monto antes relacionado, todo ello indudablemente por la promesa de pagar intereses del 70, 80, 90 y hasta el 100% sobre el capital".

"De los elementos allegados a la investigación se tiene conocimiento que la empresa "IBVI" no tenía autorización para captar dineros del público".

"La otra conducta que es motivo de imputación es aquella contenida en el artículo 327 de la ley 599 de 200 que trata acerca del delito de enriquecimiento ilícito de particulares…".

"Es claro para el asunto materia de examen, que quienes crearon y administraron la empresa "IBVI" al captar dineros del público sin la autorización correspondiente, es decir actualizando la conducta de captación masiva y habitual de dineros como delito base, incrementaron su patrimonio injustificadamente, puesto que un monto considerable de los recursos que el público depositó en "IBVI" no fueron devueltos"

"La fiscalía en este momento tiene evidencia de una devolución de cuatro mil quinientos ochenta y dos millones, quinientos cinco mil cuatrocientos pesos ($4.582´505.400), por tanto el enriquecimiento ilícito de WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO y JOHANA ELIZABETH ESPINOZA SALAMEA asciende a dos mil seiscientos sesenta y seis millones, cuatrocientos cuarenta y dos mil cuatrocientos pesos ($2.666´442.400)".

"La anterior suma resulta de lo siguiente: Si existe una suma total captada de $4.850´053.400 y el total reintegrado es de $4.582505.400 la diferencia es de $267´548.000".

"Sin embargo, de los $4.582´505.400 del total devuelto, debe tomarse el total de los pagos realizados con altos intereses que en su mayoría alcanzaron el

100% sobre el capital, siendo este monto de $1.998.894.400. A esta cantidad habría de sumarse aquella que se tiene por no reintegrada en su totalidad, es decir ni capital ni intereses, como es la de $267´548.000 dando el total de dos mil seiscientos sesenta y seis millones, cuatrocientos cuarenta y dos mil cuatrocientos pesos ($2.666´442.400)".

"Debe saberse que el tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares habla de enriquecimiento para sí o para un tercero, que para el caso existió enriquecimiento de los captadores en el total no reintegrado más el enriquecimiento de cada una de las personas que les fueron pagadas sumas cuantiosas, que también es injustificado, haciendo sin embargo complejo judicializarlas a cada una de ellas".

"Con los dineros captados del público el señor WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO y JOHANA ELIZABETH ESPINOZA SALAMEA adquirieron el treinta de enero de dos mil nueve cada una ciento cincuenta (150) acciones de cinco mil dólares (US5.000) en la sociedad ENTERTAINERS FASHION, INC de la ciudad de Panamá".

Estos cargos de responsabilidad fueron debidamente delimitados en la audiencia de acusación llevada a cabo el 9 de febrero de 2018 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, en la cual se realizó el saneamiento que corresponde al proceso y se abrió la puerta para la audiencia preparatoria, la que ha podido surtirse en las sesiones del 28 de enero, 4 de marzo, 21 de mayo y 12 de julio de 2021.

Precisamente dentro de la última sesión, la judicatura de primer grado se pronunció sobre las peticiones probatorias extendidas por el doctor JOSÉ FRANCISCO MORALES SOLER, quien representa los intereses jurídicos del acusado WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ ORREGO, a quien de su amplia solicitud probatoria se le fue negada la práctica en juicio de siete (7) testimonios, que corresponden a MARTHA LILIANA PINEDA SANCHEZ, NAYIBE TANGARIFE PORRAS, NORMA PIEDAD

GARZON JIMENEZ, INES ELENA GALVIS ANDRADE, DORIS DEL SOCORRO GOYES LUNA, LUÍS EDUARDO CORTEZ GOMEZ y DIEGO FERNANDO PÉREZ GUERRERO, por tener la condición de "pruebas comunes con la Fiscalía" y no haberse argumentado debidamente sobre la pertinencia específica de aquellas evidencias orales, en función de la teoría del caso de la defensa y más allá de lo que de ellas se pudiera extractar en el interrogatorio directo de la Fiscalía y en los contra interrogatorios al que podría someterlos la defensa. También se le negó la práctica e incorporación de algunos documentos, entre los cuales se encuentran las denuncias penales interpuestas por el procesado WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ ORREGO los días 25 de noviembre de 2008 y el 6 de agosto de 2009, que corresponden a las noticias criminales con radicado SPOA 110016000014-2008-02673 por el presunto delito de "FALSEDAD PERSONAL" y 110016103694-2009-00593 por el presunto delito de "ACCESO ABUSIVO A SUS SISTEMAS DE INFORMACION ELECTRONICOS", esta última denuncia ampliada con documento dirigido a la Fiscalía el 26 de octubre de 2009, suscrito por WILLIAM FERNANDO MARTINEZ ORREGO, que contiene una desarrollo del hackeo a sus correos willyma97@hotmail.com - willymuscu82@hotmail.com; lo mismo que se le negó la incorporación de un "DOCUMENTO SIN FIRMA Y SIN FECHA" QUE adujo le había enviado el señor DIEGO FERNANDO PÉREZ A WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ ORREGO para que lo firmara y se lo entregara al abogado CESAR AUGUSTO GALVIS DE LOS RÍOS, respecto a un traslado de acciones.

Al haberse interpuesto y sustentado debidamente un recurso de apelación por el defensor MORALES SOLER respecto del auto citado, se abre la puerta para que esta Corporación Tribunalicia conozca en

segunda instancia el asunto, a efecto de establecer si hay lugar a la admisión y decreto del grupo de probanzas.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

1.- ¿Hay lugar a decretar en favor de la defensa del señor WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO los testimonios comunes de los señores MARTHA LILIANA PINEDA SÁNCHEZ, NAYIBE TANGARIFE PORRAS, NORMA PIEDAD GARZÓN JIMENEZ, INÉS ELENA GALVIS ANDRADE, DORIS DEL SOCORRO GOYES LUNA, LUÍS EDUARDO CORTÉZ GÓMEZ y DIEGO FERNANDO PÉREZ GUERRERO? O, por el contrario, ¿Resulta suficiente el contrainterrogatorio para dicho cometido?

2.- ¿Hay lugar a admitir la incorporación en juicio de los documentos requeridos por el mismo litigante?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde al Tribunal determinar si hay corrección jurídica en la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto – Nariño, al negarle al equipo de Defensa la práctica de ocho (8) testimonios directos, que se constituyen en pruebas comunes con las de la Fiscalía, y de unas probanzas documentales, para lo cual se debe considerar:

1.- Sobre las pruebas comunes o coincidentes de Fiscalía y Defensa.

Es regla del sistema probatorio colombiano que la parte que descubra, enuncie, aduzca y/o solicite la práctica de un medio de prueba, debe cumplir la exigencia de acreditar argumentativamente la **conducencia**

del elemento, en cuanto a que su práctica es permitida por la ley; su **pertinencia**, en cuanto a la concreción de cómo ese medio de prueba se relaciona con el objeto de investigación y que ese medio es apto y apropiado para demostrar un tópico de interés al objeto de la investigación; así mismo, aducirá **la racionalidad,** en términos de viabilidad real de su práctica y, finalmente, **la utilidad,** referida al aporte concreto en punto al objeto de debate.

Dichos presupuestos han sido ratificados ampliamente por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia y también acogidos por éste Tribunal en distintas oportunidades[1]. Los mismos, deben ser argumentados y demostrados suficientemente por quien solicita la prueba, para que el Juez pueda considerar y aceptar la práctica de la misma. De lo contrario, ésta no puede ser decretada y practicada en el juicio. Al respecto, se ha esgrimido que: *"(...) si la parte interesada demuestra que (...) no se acreditó la procedencia o que una evidencia, objeto o medio probatorio es definitivamente inauténtico, en el momento oportuno pueda oponerse a su admisión o decreto como prueba.* Igualmente se ha indicado que *"En tal hipótesis, el Juez decidirá lo que en derecho corresponda, pues se trata de un proceso dialéctico que avanza hacia la construcción de la verdad con audiencia de los adversarios."*[2] *(Subrayas de la Sala)*

Este deber de argumentación que recae en las partes, aparece a lo largo y ancho de la jurisprudencia nacional, como un presupuesto básico para el decreto de cualquier medio probatorio que se solicite, lo cual incluye las denominadas PRUEBAS COMUNES, COINCIDENTES O DE DOBLE VÍA (solicitadas tanto por la Defensa como la Fiscalía); y es que, en realidad de verdad, a veces surge la vicisitud de que una

[1] Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto. Sala de Decisión Penal. Magistrado Ponente: Dra. Ángela María Bedoya Vargas. N.I. 7629. providencia del 24 de junio de 2013.
[2] Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Penal. Proceso No 25920. M.P: JAVIER ZAPATA ORTIZ. Bogotá D. C. Fallo del veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007).

persona pueda ser requerida como testigo directo por ambas partes. Ante esto, la Corte Suprema ha sido tajante en establecer y acreditar la pertinencia, utilidad y necesidad de práctica de esta prueba; más aún cuando se trata de una prueba testimonial. En este sentido, ha establecido que: *"(..) en el evento de tratarse de pruebas comunes, declararían sobre aspectos diferentes a aquellos sobre los que interrogó el ente acusador, pues ello constituye requisito necesario para decretarlas en el juicio oral."*[3]

Debe aclararse en este punto que no se trata de una carga argumentativa profunda o tan fuerte, que lleve al extremo de requerir el develamiento de la estrategia o teoría del caso defensiva, a la cual no está obligada esta parte en el modelo acusatorio, sino que basta con referir de manera lógica y coherente que el medio de prueba resulta útil, o que puede incidir en la demostración de una circunstancia relacionada con la comisión de la conducta punible y sus consecuencias, pero también puede tener incidencia directa o indirecta en la desestructuración de la misma. Eso sí, resulta absolutamente necesario que la Defensa establezca los motivos por los cuales no resulta suficiente el ejercicio del interrogatorio directo de la Fiscalía o de la posibilidad que tiene dicha parte de acceder -incluso- a preguntas sugestivas en el contrainterrogatorio, para lograr materializar su estrategia defensiva. Así se ha pronunciado más recientemente la alta corporación de justicia penal ordinaria[4]:

> *"En lo que tiene que ver con las pruebas en común, particularmente la de carácter testimoniales perfectamente viable dentro de la sistemática propia*

[3] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de noviembre de 2007, radicado 26411, M.P: Alfredo Gómez Quintero y Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Penal. M.P: PATRICIA RODRÍGUEZ TORRES. Radicación: 10016000102200900360 12. del 14 de junio de 2013.
[4] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del tres (3) de mayo de dos mil diecisiete (2017). AP2814-2017. Radicado 49307. MP. LUÍS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

> *de la ley 906 de 2004, que tanto la fiscalía y la defensa coincidan y busquen valerse de los mismos testigos, pues es probable que un declarante pueda aportar información relacionada con el caso, que sirva tanto a la parte que lo requirió como a su contradictor, desde luego dentro del marco de la teoría del caso que cada uno pretende sacar avante en el juicio, que suele ser antagónica en atención a los intereses que defienden. En esos casos se justifica plenamente el interrogatorio directo de doble vía, porque según lo ha precisado la Sala, "en un proceso donde la Fiscalía y la Defensa han anunciado sus pretensiones de responsabilidad e inocencia, el sustento del interrogatorio directo sobre tales supuestos es sustancialmente diferente y por ende más que justificado, no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo, dado que la fiscalía interrogara sobre supuestos de responsabilidad y la defensa acerca de la inocencia."* [AP896- 2015 Radicado 4501, febrero 25 de 2015]

Ahora bien, en el caso sometido a revisión la defensa del señor WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO, dentro de un amplio marco de solicitudes probatorias, requirió se le decretaran los testimonios directos de los señores (1)MARTHA LILIANA PINEDA SÁNCHEZ, (2)NAYIBE TANGARIFE PORRAS, (3)NORMA PIEDAD GARZÓN JIMENEZ, (4)INÉS ELENA GALVIS ANDRADE, (5)DORIS DEL SOCORRO GOYES LUNA, (6)LUÍS EDUARDO CORTÉZ GÓMEZ y (7)DIEGO FERNANDO PÉREZ GUERRERO, los cuales ya habían sido requeridos y decretados por la judicatura de conocimiento en favor de la Fiscalía, indicándose por el litigante que los cinco (5) primeros eran "aportantes" de la Comercializadora "IBVI", desde donde se aduce por el ente acusador había operado la CAPTACIÓN MASIVA Y HABITUAL DE DINEROS que se investiga, de suerte que cada uno de ellos estaba en capacidad de indicar *"si aportó dinero o no, qué cantidad de dinero aportó, dónde consignó el dinero, quién le recibió el dinero, a quién le entregó el dinero y nos dirá si se le reembolsó el dinero o no"*. Por su parte, el sexto testigo LUÍS EDUARDO CORTEZ GÓMEZ era la persona que había arrendado las

Oficinas donde funcionaba la comercializadora "IBVI" en la ciudad de Pasto, de acuerdo con lo cual aclararía lo relativo al contrato de arrendamiento del inmueble, su objeto social y el tiempo de duración de los contratos celebrados. Respecto del último de ellos, el señor DIEGO FERNANDO PÉREZ GUERRERO, aduce que es la persona que fungía como administrador de la Comercializadora "IBVI", y podría indicar para quién trabajaba, qué funciones realizaba y aclararía sobre la persona que disponía del dinero. Fue enfático e insistente el Defensor indicando que a través de estos testimonios pretendía esclarecer si su poderdante MARTÍNEZ URREGO había recibido dineros de los particulares, lo cual resultaba importante en la órbita de establecer su participación criminal, como también exteriorizó que debía el juzgado habilitarle para ellos el interrogatorio directo, y no dejarlo a las expensas del contrainterrogatorio, porque existía la posibilidad de que la Fiscalía desistiera de estos testimonios, evento el cual se quedaría sin posibilidad de controvertirlos en juicio.

Se ha indicado que dichas argumentaciones resultaron siendo insuficiente para la Juez de marras, en punto del decreto de dichos testimonios como coincidentes con la Fiscalía, y desde ahora anuncia la Sala que comparte dicho examen, por las siguientes razones:

Si bien el sistema de procedimiento penal colombiano otorga la posibilidad de solicitar "testigos comunes" para ambas partes, también advierte la necesidad de que cada una de ellas brinde una argumentación clara suficiente y completa, para suscitar dicha situación. Mal haría la Sala en considerar que cualquier explicación resulta siendo suficiente para tan importante suceso, puesto que, tal y como lo dijo la A quo en su momento, se debe explicar la razón por la

cual el interrogatorio cruzado que debe desarrollarse en juicio, a partir del ejercicio de interrogación inmediato que realice la Fiscalía y del subsiguiente de refutación que ejercite la defensa, no resulta ser suficiente para los fines de la contraparte, siendo éste el momento oportuno para dirigirse a tales testigos.

Es importante referir que del estudio minucioso de las peticiones probatorias testimoniales requeridas por la Fiscalía, en la sesión de audiencia preparatoria llevada a cabo el 4 de marzo de 2021 y que le fueron decretadas en número de trece (13), se advierte que frente a los siete (7) testigos requeridos convergentemente por la defensa se surtieron similares argumentaciones respecto de su procedencia y utilidad procesal, cada parte manifestó que iban a declarar sobre similares hechos, por supuesto vistos y requeridos desde las órbitas o posiciones que ocupan dentro del trámite controversial que se adelanta. Veamos:

(1)MARTHA LILIANA PINEDA SÁNCHEZ, es el testimonio número 7 presentado por la Fiscalía; se indica que por su condición de *"Inversionista, víctima, brindará información de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de como ocurrieron las inversiones realizadas y el retorno del 80% de intereses más capital; informará además que no recibió ningún retorno de capital e intereses".*

(2)NAYIBE TANGARIFE PORRAS, es el testimonio número 1 requerido por el ente acusador, al que se refiere como *"Víctima y testigo presencial de los hechos de negocios de inversiones de petróleo, quien consignó diferentes sumas de dinero en una cuenta bancaria, además informará si recibió el retorno prometido, hará probable la teoría de la captación masiva de dinero".*

(3)NORMA PIEDAD GARZÓN JIMENEZ, es el testimonio número 8 deprecado por el ente acusador, al que se refiere como *"Inversionista, Víctima, quien brindará información de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, de cómo ocurrieron las inversiones realizadas... informará que no recibió ningún retorno de capital e intereses".*

(4)INÉS ELENA GALVIS ANDRADE, es el testimonio número 9 de la Fiscalía ente acusador, de la cual se indica es *"Inversionista, Víctima, quien brindará información de las circunstancias de modo, tiempo y lugar; de cómo ocurrieron las inversiones realizadas y el retorno de intereses más capital; informará que no recibió ningún retorno de capital".*

(5)DORIS DEL SOCORRO GOYES LUNA, es el testimonio número 3 requerido por el delegado de la Fiscalía, la que *"Informará de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de como le informó a su esposo de una inversión al interior de la Policía Nacional con la señora JOHANA ELIZABETH ESPISONA, esposa de un funcionario de la Policía Nacional; informará cómo ocurrieron las inversiones realizadas con un retorno del 60%; mencionará que no recibió ningún retorno del dinero invertido".*

(6)LUÍS EDUARDO CORTÉZ GÓMEZ, corresponde al testimonio número 6 de la Fiscalía, quien *"Informará las circunstancias de modo, tiempo y lugar, debido a que era el representante legal de la empresa "CONSTRUCTORA EDIFICACIONES LOREAL LTDA". Informará acerca de los arriendos de los locales 1 y 3 de la Torre 1 en el edificio "Austral" a la señora JOHANA ELIZABETH ESPINOSA, lugar donde se encontraba la empresa captadora de dinero; además informará de su inversión realizada y de cómo no recibió retorno alguno".*

(7)DIEGO FERNANDO PÉREZ GUERRERO, es el testimonio número 13 requerido y decretado a la Fiscalía, el cual *"Brindará información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la ocurrencia de los hechos, debido a que era el administrador de la empresa; es pertinente ya que informará acerca de las*

personas que lo contrataron, los propietarios de la empresa y cómo era el funcionamiento de la entidad".".

Se reitera que Fiscalía y Defensa presentan a cada uno de estos ciudadanos como TESTIGOS DE FACTUM, encontrándose plena correspondencia entre ellos, en cuanto tienen conocimiento de los mismos hechos; de suerte que sería inoficioso y altamente desgastante que se admitiera a la defensa la posibilidad de interrogar directamente a estos siete (7) testigos, repetitivamente y en segunda oportunidad durante el juicio, para que relaten similares hechos respecto de los que se los habría de interrogar directamente por la Fiscalía. En la medida que en momento alguno se refirió la necesidad de examinarlos sobre circunstancias específicas, diferentes a las que busca concretar con ellos el órgano de la acusación, no habría lugar al doble decreto de dichas probanzas orales.

Si bien la Defensa ha manifestado que su intención es interrogar a los siete (7) testigos sobre temas que posiblemente el ente acusador no tocaría en el interrogatorio directo, y respecto de los cuales podría no habilitársele la dialéctica del contrainterrogatorio, lamenta esta Corporación Tribunalicia que el aserto tenga alto grado de abstracción y que se haya omitido explicar con precisión en la audiencia preparatoria cuáles serían los aportes prácticos y concretos de cada uno de los declarantes para la concreción de su teoría del caso defensiva, aspecto fundamental para permitirnos autorizarle el ejercicio del interrogatorio directo, en este sensible caso en que la mayoría de estos testigos fungen como afectados directos [víctimas].

Tampoco es de recibo para la habilitación de los testimonios de doble vía el argumento de que puede verse sensiblemente afectada la

estrategia de defensa, en el evento en el cual la Fiscalía decidiera unilateralmente desistir o renunciar al grupo de testigos anotados, evento en el cual –aduce- que se enervaría la posibilidad de que llegue al proceso la información que ellos conocen. Lo anterior porque se trata de una situación abiertamente hipotética, que entraña argumentos relacionados con virtuales comportamientos de "mala fe" o "deslealtad" con los que pudiera actuar un delegado del órgano estatal de acusación, del cual se reclama en los artículos 138, 140 y 142 procesal penal *"proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos"* y *"obrar sin temeridad en sus pretensiones o en el ejercicio de sus derechos procesales"*, para lo cual debe evitar la realización de maniobras que riñan con la moral y las buenas costumbres. Ahora bien, en la también hipotética posibilidad que el evento se presentare en desarrollo del juicio, resulta claro que una circunstancia temeraria de esta envergadura llamaría incluso a la intervención oficiosa del Juez Imparcial, quien debe estar presto a conjurar todo acto de parte que entrañe "intento de colusión o fraude" o que afecte gravemente el principio de "igualdad material" en el ejercicio de la defensa, para así equilibrar la balanza del sistema de justicia, en punto de lo establecido en el artículo 141[5] adjetivo penal.

La Sala concluye entonces que, ante la ausencia de argumentación válida y/o suficiente sobre la pertinencia o utilidad objetiva de los testimonios de (1)MARTHA LILIANA PINEDA SÁNCHEZ, (2)NAYIBE TANGARIFE PORRAS, (3)NORMA PIEDAD GARZÓN JIMENEZ, (4)INÉS ELENA GALVIS ANDRADE, (5)DORIS DEL SOCORRO GOYES LUNA,

[5] ARTÍCULO 141. TEMERIDAD O MALA FE. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: 1) Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal en la denuncia, recurso, incidente o cualquier otra petición formulada dentro de la actuación procesal. 2) Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. 3) **Cuando se utilice cualquier actuación procesal para fines claramente ilegales, dolosos o fraudulentos. 4) Cuando se obstruya la práctica de pruebas u otra diligencia.** 5) cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal de la actuación procesal".

(6)LUÍS EDUARDO CORTÉZ GÓMEZ y (7)DIEGO FERNANDO PÉREZ GUERRERO, debe ser negada la petición de la defensa para que se le decreten en su favor como testigos directos, toda vez que ya fueron autorizados o decretados a favor de la Fiscalía General de la Nación, y en la medida que no se precisó la utilidad que podrían tener en la demostración de su teoría del caso defensiva; en esas condiciones, se despachará negativamente éste cargo.

2.- Sobre las pruebas documentales negadas a la defensa. Comoquiera que se trata de varios documentos y cada uno de ellos tiene una orientación probatoria diferente, en punto de la estrategia de defensa, conviene abordar su estudio separado:

2.1.- El apoderado de la Defensa de WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO ha solicitado que se le admita como prueba documental una "declaración extra juicio" rendida por su cliente el día 24 de noviembre de 2008, ante la Notaría 50 del Círculo de Bogotá, en la cual consigna unilateralmente que no ha brindado autorización alguna para cambios en la razón social de una empresa. Esta evidencia no fue decretada por la judicatura de primer grado, aduciéndose que como el filiado ha sido ofrecido como testigo en su propia causa criminal, él está en capacidad de referir esos episodios directamente en el juicio amén que con él se busca demostrar una negación indefinida que –como tal- se encuentra exenta de ser probada directamente a través de ese mecanismo.

La Sala encuentra que si bien dichos asertos de la primera instancia tienen evidente corrección jurídica, lastimosamente desconocen que la defensa ha planteado el ingreso del documento con ratificación oficial para un menester diferente, pero derivado de su mismo contenido, como

es que el señor MARTÍNEZ ORREGO estuvo en la ciudad de Bogotá el día 24 de Noviembre de 2008, lo cual puede inferirse de la certificación notarial sobre presentación personal del sujeto en dicha dependencia, aspecto que tiene relevancia y aptitud probatoria porque esa fecha se encuentra vinculada con la época en los que ocurrieron en Pasto las masivas e ilegales captaciones de dinero por las cuales se acusa penalmente al filiado. Como se trata de una evidencia orientada a desestructurar los cargos de responsabilidad o a hacer menos probables los asertos de la acusación, resulta pertinente su admisión, en los términos del artículo 375 procesal penal, de suerte que se ha de admitir su incorporación en juicio.

2.2.- El mismo defensor reclama se le permita la incorporación de dos (2) noticias criminales presentadas por el señor WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO ante la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Bogotá. Se trata de la denuncia con radicado SPOA 110016000014-2008-02673 del 25 de noviembre de 2008 por el delito de "FALSEDAD PERSONAL" y la denuncia con radicado SPOA 110016103694-2009-00593 por el presunto delito de "ACCESO ABUSIVO A SISTEMAS DE INFORMACION ELECTRÓNICOS", de los cuales aduce fue víctima. Igualmente reclama admisión de un documento fechado a 26 de octubre de 2009, que su cliente se dirigió la Fiscalía, en el que aparece una ampliación de los hechos relacionados con la supuesta intervención irregular o ilícita de sus correos electrónicos willyma97@hotmail.com y willymuscu82@hotmail.com, evidencias escritas de las que se negó admisión al indicarse que -por un lado- el denunciante era el mismo acusado que va a presentarse en su propio juicio como testigo, de suerte que en la diligencia respectiva tendría que surtir la información

relativa a esos episodios, amen que una noticia criminal no tiene la virtualidad de demostrar por sí misma los hechos denunciados.

En sentir de la Sala estos documentos tienen virtualidad probatoria para hacer menos probable la acusación que subyace contra el señor MARTÍNEZ URREGO, toda vez que el apoderado de la defensa pretende acreditar que su identidad fue suplantada en la ciudad de Pasto, precisamente en la época en la cual ocurrieron los hechos base de investigación, esto es que los hechos ocurrieron sin su presencia y sin su consentimiento, al igual que sus correos electrónicos fueron intervenidos dolosamente para vincularlo con las actividades ilícitas por las cuales se lo investiga.

No se cansa la Corporación de advertir que la pertinencia de una prueba puede ser directa o derivada, esto es que el elemento material de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida puede referirse de manera directa o indirecta a los hechos y circunstancias relacionados con la comisión del delito y sus consecuencias; pero también puede ser útil cuando está direccionada a hacer más o menos probable cualquiera de esas circunstancias. En este caso, si el señor WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO pretende orientar su defensa hacia la acreditación de que él no intervino en las actividades ilícitas de captación masiva e ilegal de dineros, por las que se lo investiga, sino que fue suplantado en su identidad personal y se utilizaron sus correos electrónicos para concretar algunas de esas maniobras delictuales, vinculándolo en los hechos pero sin ser él responsable, NO hay lugar a despojarlo de dichas armas defensivas en esta etapa procesal, y por el contrario se le deben autorizar en la órbita de su estrategia, siendo el momento de la emisión de la sentencia de

fondo el momento en el que debe sopesarse la capacidad suasoria que dichos documentos tendrían para una eventual absolución o condena del acriminado.

La puntualidad de dichos documentos, y el racional uso que anticipa la defensa les va a dar en el juicio, advierten que en ellos no hay probabilidad de causar graves perjuicios indebidos a la causa, ni avizoran que potencialmente pudieran generar confusión al trámite, por ello serán admitidos [artículo 376 Procesal Penal]-.

2.3.- Finalmente, se reclama autorización por la defensa para ingresar en favor de la causa un documento desprovisto de firmas, que aduce le envió el señor DIEGO FERNANDO PÉREZ GUERRERO al acusado WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO para que lo firmara y se lo entregara al abogado CESAR AUGUSTO GALVES DE LOS RIOS, el cual contiene una autorización para un traslado de acciones. El documento tampoco tiene fecha de creación. Es un documento en el que se le pide que haga una cesión de unas acciones comunes del capital social de la empresa *ENTERTAINERS FASHION, INC.,* registrada por fuera del país, con destino al señor FREDY HUMBERTO PRADA MEDINA, quien es un Ex Mayor retirado de la Policía y esposo de la coimputada JOHANA ELIZABETH ESPINOSA SALAMEA, el cual decidió no firmar. Se indicó que el documento buscaba que con ese dinero se pudiera pagar a las personas que se les había recaudado dinero.

Este documento no fue admitido para ingreso al juicio dada su informalidad y falta de autenticidad, aspecto que comparte totalmente esta Corporación Tribunalicia porque los potenciales ciudadanos

llamados en su momento a suscribirlo han de acudir a juicio como testigos, el señor PÉREZ GUERRERO para la teoría del caso acusatoria de la Fiscalía y el acusado como testigo de su propia causa defensiva, quienes podrán ser interrogados y contrainterrogados ampliamente sobre el intento de negociación que se dice trató de verificarse con el documento de Cesión o Traslado de Acciones. Unido a lo anterior debe recordarse que, al tenor del artículo 376 literal c) procesal penal, resulta inadmisible un elemento de prueba que "*exhiba escaso valor probatorio"*, lo cual llama a recordar al eminente maestro BENJAMÍN IRAGORRI DÍEZ (QEPD), quien en su presentación oral del "Curso de Pruebas Penales" [Editorial TEMIS 1983] en la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, refería que un documento desprovisto de firmas es un "Acto írrito"[6], el cual jurídicamente no ofrece acción ni excepción por su falta de autenticidad, motivo por el cual resulta inaceptable en el proceso, porque "nada prueba lo que no es prueba".

En las condiciones anteriores, fuerza también despachar negativamente este cargo contra el auto de pruebas.

Por las razones anteriores, será revocado parcialmente el auto objeto de apelación, mediante el cual el Juzgado de primer grado se pronunció sobre la práctica de pruebas en el presente asunto, en el sentido de la admisión en favor de la defensa de las pruebas documentales reseñadas en precedencia.

En consecuencia, el Tribunal Superior Judicial de Pasto, actuando en Sala de Decisión Penal,

[6] Adjetivo en desuso que significa inválido, inexistente, revocado o rescindido.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la providencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, en la sesión de audiencia preparatoria celebrada el 12 de julio de 2021, en cuanto negó a la defensa del señor WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ URREGO la admisión de las siguientes pruebas documentales: 1.- "Declaración extra juicio" rendida por MARTÍNEZ URREGO el día 24 de noviembre de 2008, ante la Notaría 50 del Círculo de Bogotá. 2).- Noticias criminales (denuncias) formuladas por MARTÍNEZ URREGO en la ciudad de Bogotá con radicados SPOA 110016000014-2008-02673 del 25 de noviembre de 2008, por el delito de "FALSEDAD PERSONAL" y la del radicado SPOA 110016103694-2009-00593por el presunto delito de "ACCESO ABUSIVO A SISTEMAS DE INFORMACION ELECTRÓNICOS", junto con el documento fechado a 26 de octubre de 2009, dirigido a la Fiscalía, para ampliación de la DENUNCIA. **En su lugar, se ordena su incorporación en juicio de dichos documentos.**

SEGUNDO: CONFIRMAR la providencia en todo lo demás.

TERCERO: Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

Cúmplase,

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES,

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21-0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, en manera virtual se deja constancia del registro de proyecto presentado dentro del asunto penal de la referencia.

Pasto, 2 de septiembre del 2021

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LOPEZ
Secretario

ACTA DE SALA No 145

El día seis (6) de septiembre del 2021, los Honorables Magistrados SILVIO CASTRILLÓN PAZ, FRANCO SOLARTE PORTILLA y HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN, integrantes de la Sala de Decisión Penal que preside el primero y en atención a las medidas establecidas en los Acuerdos No. PCSJA21-11709 del 8 de enero de 2021 del Consejo Superior de la Judicatura, y CSCSJNAA21-0001 del 12 de enero de 2021 del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, como consecuencia de la pandemia generada por el virus COVID 19, de manera virtual estudiaron y aprobaron el asunto penal de la referencia.

SILVIO CASTRILLÓN PAZ