

SALVAMENTO DE VOTO PROYECTO DR. AMILKAR DIAZ.

reinaldo ruiz <universomilli@gmail.com>

Mar 28/02/2023 7:39 PM

Para: Secretaria Sala Penal Tribunal Superior - Seccional Monteria
<sectribsupspmon@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (54 KB)

SALVAMENTO DE VOTO SENTENCIA DE 2 INS AMILKAR.docx;

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Sala Penal

Montería-Córdoba

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERIA
SALA PENAL****SALVAMENTO DE VOTO
PROYECTO DE FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA
H.M.P. AMILKAR DIAZ DIAZ**

Montería, FEBRERO 13 2023

RADICADO SPOA: 57109-1 RAD INTERNO. 23.162.31.04.001 - 2016.00004 01**PROCESADOS JOSE ANTONIO GARCIA ORDOÑEZ, JORGE LUIS MADRID NOVA, LUIS FERNANDO ORTIZ VILLAFANE y JUAN CARLOS GARCIA CALUME.****DELITOS: PECULADO POR APROPIACION EN CONCURSO CON CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES****ASUNTO****SALVAMENTO DE VOTO**

Procede el suscrito Conjuez del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Montería, Sala Penal a realizar salvamento de voto. después de realizar un estudio de los medios probatorios aportados al expediente, los antecedentes, la decisión impugnada y la sustentación de las partes.

Para considerar

Cabe resaltar que los hechos que dieron origen al presente proceso ocurrieron en el año de 2003, por lo que las ritualidades procedimentales a aplicar son las regladas en la Ley 600 de 2000 y aquellas que están vigentes para esa época, por no violar el Principio Constitucional y legal del Debido Proceso.

La FISCALÍA ONCE UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA ADMINSTRACIÓN PÚBLICA Y DE JUSTICIA, el día 20 de abril de 2004, dicta Resolución de Apertura de Instrucción en contra de JOSE GARACIA ORDOÑEZ Y JOSE LUIS GARCIA NOVA, por los delitos de CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES art. 41º C.P., inicia la investigación comisionando al CTI por el termino de 60 días.

Luego del trámite procesal Califica el sumario con Resolución de acusación el día 30 de agosto de 2006 en contra de los señores:

JOSE ANTONIO GARCIA ORDOÑEZ, por los delitos de Peculado por Apropiación en concurso con el delito de Contrato sin el Cumplimiento de Requisitos Legales e Interés Indebido en la Celebración de Contrato.

LUIS FERNANDO ORTIZ VILLAFANE, por los delitos de Peculado por Apropiación e Interés Indebido en la Celebración de Contrato.

JOSE LUIS MADRID NOVOA, por los delitos de Peculado por Apropiación y Falsedad Material en Documento Público.

JUAN CARLOS GARCIA CALUME, por los delitos de PECULADO por Apropiación e Interés Indebido en la Celebración de Contrato.

La anterior decisión fue apelada y desatada el Recurso el día **31 de diciembre de 2012**, confirmándola.

Para efectos de prescripción debemos tener en cuenta las exigencias del artículo **ARTICULO 83 DE LA LEY 599 DE 2000**, consagra la PRECRIPCION DE LA ACCIÓN PENAL, dice la norma: *“La Acción Penal prescribe en un término igual al máximo de la pena fijada en la Ley sí fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años...”*

El artículo **86 de la Ley 600 de 2000 consagra la Interrupción de la prescripción**: *“La prescripción de la Acción penal se interrumpe con la Resolución de Acusación o su equivalente debidamente ejecutoriado.*

Producida la Interrupción, éste comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad, del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).”

El día 31 de diciembre del año 2012 con la Ejecutoria de la Resolución de Acusación el termino prescriptivo de las Acciones penales, se interrumpe para todos los sujetos procesales

JOSE ANTONIO GARCIA ORDOÑEZ: Alcalde del Municipio de Cerete, en el año 2003 cuando suscribió el contrato del dio origen al presente proceso, términos prescriptivos de los delitos acusados en su contra tienen un aumento de una tercera parte de acuerdo al artículo 83 numeral 5 ley 599 de 2000 y con el artículo

Peculado por Apropiación artículo 397 Ley 599 de 2000 pena de prisión máxima de quince años. Interrumpe la prescripción con la ejecutoria de la Resolución de Acusación el día 31 de diciembre de 2012, se interrumpe la Acción Penal, en esta oportunidad el término prescriptivo será de siete (años) y seis (6) meses más al convertirlo a meses nos dan noventa (90) más la tercera parte nos da un total CIENTO VEINTE (120) MESES o diez (10) años.

Entonces del 31 de diciembre de 2012 al 31 de diciembre de 2021, han transcurrido sólo nueve (9) años, por lo que este delito la Acción Penal aún no se encuentra prescripto.

Delito de Contrato sin el cumplimiento de Requisitos Legales artículo 410 de la Ley 599 de 2000, consagra una pena máxima de 12 años de prisión, con la interrupción de la prescripción el término prescriptivo es de seis (6) años más el incremento del artículo 83 numeral 5º. Dos (2) años, el término total de la prescripción de la Acción penal para esta conducta es de ocho (8) años, los cuales se cumplieron el 31 de diciembre del año 2020. Por lo que la Acción penal de este delito se encuentra prescripta.

LUIS FERNANDO ORTIZ VILLAFANE, quién hacía las veces de Interventor del contrato interadministrativo que dio origen al presente proceso, la Fiscalía lo acuso por los delitos de:

Peculado por Apropiación artículo 397 de la Ley 599 de 2000, la pena máxima es quince (15) años de prisión; pero como éste señor no es servidor público se le aplica el artículo 30 numeral 4º. Al Interviniente que no tiene las calidades exigidas en el tipo penal y concurrió en su realización, se le rebajará la pena en una tercera parte, entonces: quince (15) entre tres (3) nos da cinco (5), por lo que tenemos que la pena máxima al señor **ORTIZ VILLAFÑE**, por este delito es de DIEZ (10) años de prisión como interviniente.

La interrupción de la precepción Prescripción la el computo será la mitad ósea mitad de diez (10) cinco (5) años, como el día 31 de diciembre de 2012 con la ejecutoria de la Resolución de Acusación quedo en firme hasta el 31 de diciembre de 2021 habían transcurrido nueve (9) años, por lo que la Acción Penal del Delito de Peculado por] Apropiación prescribió el día 31 de diciembre de 2017.

JOSE LUIS MADRID NOVOA:

Peculado por Apropiación artículo 397 de la Ley 599 de 2000, la pena máxima es quince (15) años de prisión; pero como éste señor no es servidor público se le aplica el artículo 30 numeral 4º. Al Interviniente que no tiene las calidades exigidas en el tipo penal y concurrió en su realización, se le rebajará la pena en una tercera parte, entonces: quince (15) entre tres (3) nos da cinco (5), por lo que tenemos que la pena máxima al señor **MADRID NOVOA**, por este delito es de DIEZ (10) años de prisión como interviniente.

La interrupción de la precepción Prescripción la el computo será la mitad ósea mitad de diez (10) cinco (5) años, como el día 31 de diciembre de 2012 con la ejecutoria de la Resolución de Acusación quedo en firme hasta el 31 de diciembre de 2021 habían transcurrido nueve (9) años, por lo que la Acción Penal del Delito de Peculado por] Apropiación prescribió el día 31 de diciembre de 2017.

JUAN CARLOS GARCIA CALUME, quien fungía como Tesorero del Municipio de Cereté para la época en que dieron los hechos del presente proceso:

Peculado por Apropiación artículo 397 Ley 599 de 2000 pena de prisión máxima de quince años. Interrumpe la prescripción con la ejecutoria de la Resolución de Acusación el día 31 de diciembre de 2012, se interrupción de la Acción Penal, en esta oportunidad el término prescriptivo será de siete (años) y seis (6) meses más

al convertirlo a meses nos dan noventa (90) más la tercera parte nos da un total CIENTO VEINTE (120) MESES o diez (10) años.

Entonces del 31 de diciembre de 2012 al 31 de diciembre de 2021, han transcurrido sólo nueve (9) años, por lo que este delito la Acción Penal aún no se encuentra prescripto.

La prescripción de la Acción Penal, es una de las causales de extinción de la Acción penal de acuerdo al artículo 82 numeral 4 de la Ley 599 de 2000 por lo tanto la Acción penal no puede continuarse porque la conducta de Peculado por Apropiación se encuentra prescrita y así debe declararse para los señores: para los señores **LUIS FERNANDO ORTIZ VILLAFañE, y JOSE LUIS MADRID NOVOA,** quienes actuaron como intervinientes de la conducta punible del delito de Peculado por Apropiación, el primero como Interventor y el segundo en calidad de Gerente de Asosanjorge, en los hechos aquí juzgados. y, por lo tanto, por lo tanto en contra de ellos se declara la CESACIÓN DEL PROCEDIMIENTO A SU FAVOR de acuerdo al artículo 39 de la Ley 600 de 2000 y en consecuencia se cancelarán las respectivas ordenes de capturas en su contra sí las hubiera.

PRUEBA PARA CONDENAR

Consagra la Constitución de 1991 en su ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Los Principios Constitucionales están desarrollados en consagra la Ley 600 de 2000, algunos como Principios Rectores: Principio de Legalidad (artículo 6º), Presunción de Inocencia (artículo 7º), Principio de Derecho a la Defensa

(artículo 8º), Investigación Integral (artículo 20). así mismo en el TITULO VI **PRUEBAS** Capítulo I, están reglados los Principios Generales de la Prueba:

Principio de la Necesidad de la Prueba: El artículo 232 de la Ley 600 de 2000 consagra la necesidad de la prueba: *toda providencia debe fundarse en prueba legal, regular y oportunamente allegada a la actuación.*

No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

Principio de Investigación Integral: Este Principio viene desarrollando desde la constitución de 1991 en el artículo 250, implementado a través de la Ley 600 de 2000 artículo 20, donde se imponía a la Fiscalía General de la Nación, investigar lo favorable y lo perjudicial al procesado, permitiendo al ente acusador en cualquier momento de la investigación inhibirse para continuar el proceso investigativo, sí las pruebas recaudadas no ofrecían argumentos jurídicos y/o materiales de la participación de un sujeto en la comisión de un punible o la materialización del delito; o precluir en caso que adelantada la etapa sumarial, el caudal probatorio no podía sustentar la acusación o se generaba una causal de ausencia de responsabilidad.

Así mismo en la Ley 600 de 2000 en el TITULO VI **PRUEBAS** Capítulo I, están reglados los Principios Generales de la Prueba entre ellos destacamos:

Principio de la Necesidad de la Prueba: El artículo 232 de la Ley 600 de 2000 consagra la necesidad de la prueba: *toda providencia debe fundarse en prueba legal, regular y oportunamente allegada a la actuación.*

No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

Artículo 234. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia de la conducta punible, las que agraven, atenúen o exoneren de responsabilidad al procesado y las que tiendan a demostrar su inocencia. Durante la actuación, la carga de la prueba de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la Fiscalía. El juez podrá decretar pruebas de oficio.

El papel de la Fiscalía es dirigir la investigación para llegar a establecer las pruebas tanto de lo favorable como lo desfavorable al sindicado que se le imputa la comisión de una conducta punible. En el desarrollo de la obtención de los diferentes medios de prueba, la Fiscalía debe cumplir y respetar lo establecido por la Constitución, y la Ley consagradas como requisitos de validez para cada una de ellas, si, estos requisitos no se cumplen o falta alguno de ellos la prueba es nulas de pleno derecho tal como lo establece el artículo 29 de la Constitución Política, y el Principio de Legalidad artículo 6 de la ley 600 de 2000.

Al revisar el presente proceso, tenemos que en el aparecen unos INFORMES

Informe de fecha 6 de febrero de 2004

En el informe inicial la fiscalía no pidió que se determinará el monto de lo apropiado y fue tan solo hasta el 08 de septiembre de 2005 en que se comisionó especialmente al CTI para establecieran el monto del peculado, lo cual es catastrófico indicando que dicho informe “contrastaban demoledoramente con lo informado por el equipo comisionado” indicando que el valor de lo apropiado ascendía a la suma de \$(80.939.069 lo que resulta insostenible, y que el informe no cumplió los requisitos de valides del artículo 264 de la Ley 600 de 2000.

La sentencia de primera instancia se basó principalmente en el INFORME DE POLICIA JUDICIAL C.T.I. VISIBLE A folios 289 a 295 p.m.

Informe de policía judicial suscrito por el Investigador Criminalística CLARETH SOFIA ARANGO ALCALA, de fecha 27 de enero de 2006 (folios 429 – 43 cori), cuya objetivo era establecer el valor del peculado en la administración del Ex Alcalde JOSE GARCIA ORDOÑEZ, detallándose punto por punto para finalmente establecer la suma de \$80'939.069, como TOTAL FALTANTE DE ITEMS POR EJECUTAR, a lo cual se tuvo en cuenta el valor agregado AUI (ADMINISTRACION, UTILIDADES E IMPREVISTOS) el cual en el presupuesto oficial fue cancelado por el 25% (\$20'234.767,25)...

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el informe policial es un criterio orientador de la investigación, pero no una prueba, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 314 de la [Ley 600 del 2000](#).

ALA DE CASACIÓN PENAL M. PONENTE: EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
 NÚMERO DE PROCESO: 44557 NÚMERO DE PROVIDENCIA: AP1941-2015
 CLASE DE ACTUACIÓN: SEGUNDA INSTANCIA TIPO DE PROVIDENCIA:
 AUTO INTERLOCUTORIO FECHA: 16/04/2015 DECISIÓN: REVOCA

«El apoderado judicial de CMJO sostuvo que los informes de policía judicial carecen de la connotación de medios de conocimiento y, por lo mismo, no pueden ser valorados a efectos de decidir sobre la viabilidad de afectar los bienes con las medidas cautelares reclamadas. Ese criterio fue acogido por la funcionaria a quo, que consideró, con fundamento en providencias proferidas por esta Corporación en los procesos radicados 24954, 32237, 30987 y 32597, que efectivamente dichos documentos no tienen esa naturaleza, sino que constituyen criterios orientadores de la investigación. Previamente a resolver sobre las impugnaciones impetradas y como quiera que la Fiscalía, en alguna medida, soportó sus pretensiones en información contenida en informes de policía judicial, la Sala debe pronunciarse sobre la controversia aludida. En tal sentido, lo primero que debe decirse es que las providencias proferidas por la Corte que fueron invocadas por la Magistrada a efectos de sustentar la tesis según la cual dichos informes no tienen la condición de medios de prueba no son aplicables al presente asunto. Lo anterior, porque las cuatro decisiones referidas por la juzgadora fueron proferidas en trámites adelantados bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000. En esa codificación, concretamente en el

artículo 314, se señala de manera expresa que las exposiciones o entrevistas de personas recogidas por funcionarios de policía judicial en informes «no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación».

SALA DE CASACIÓN PENAL, JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Magistrado ponente, SP12772-2015, Radicación N° 39419 (Aprobado Acta No. 308) Bogotá D.C., ocho (08) de septiembre de dos mil quince (2015) dejó {o muy claro que los informes de policía carecen de valor probatorio en los siguientes términos:

“... De una parte, recuérdese, los informes de la policía judicial carecen de valor probatorio, aserto que en nuestro ordenamiento se predica a partir del artículo 50 de la Ley 504 de 1999, el cual introdujo un inciso final al artículo 313 del Código de Procedimiento Penal de la época (D. 2700/91), del siguiente tenor: “En ningún caso los informes de la Policía Judicial y las versiones suministradas por informantes tendrán valor probatorio en el proceso”, preceptiva avalada por la Corte Constitucional 20,

que mantuvo vigencia en la codificación subsiguiente, al establecer el artículo 319 de la ley 600 de 2000, únicamente los requisitos y forma en que han de ser rendidos (Cfr. CSJ SP 13 MAR 2011 Rad. 34144), sin referir a su mérito o eficacia probatoria.

*Lo cierto es que lo consignado en esos documentos debe ser corroborado posteriormente dentro del proceso, con elementos de convicción que puedan ser controvertidos por el investigado, pues, de otra manera, el derecho de defensa, componente básico de la garantía fundamental al debido proceso, se tornaría en la más cruel de las utopías, pues bastaría tener en cuenta el contenido del informe para acusar e incluso condenar a la persona que allí se señale como autora o partícipe de un delito, cuando lo que garantiza el artículo 29 de la Constitución Política, es que el procesado tiene el derecho de presentar pruebas y de **controvertir las que se alleguen en su contra**, como presupuesto dialéctico a la pretensión estatal de desvirtuar su inocencia.*

No basta que sean documentos suscritos por servidores públicos para dar por cierto su contenido, los hechos allí consignados deben corroborarse en la actuación, a través de los medios de prueba referidos por el artículo 233 de la Ley 600 de

20002¹, y poder ser controvertidos por la defensa, lo cual se predica también de las pruebas recolectadas durante las labores previas de verificación, y en los casos de el legislador, por ejemplo, la unilateralidad de los informes, o evitar que los funcionarios judiciales se conformen con lo que en ellos se consigne, desechando todos los demás medios de prueba, con evidente perjuicio para la búsqueda de la verdad.

Esta Sala comparte la opinión de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en el sentido que los informes de policías, solo podrán servir de como criterios orientadores de la investigación. tal como lo consagra el artículo 314 de la Ley 600 de 2000.

Un Informe de Policía Judicial, del CTI o de otra entidad remitido a la Fiscalía en el desarrollo de una investigación no cumple con los requisitos de ley para ser tenido como prueba pericial; ahora bien, sí la Fiscalía por el contrario dentro de la instrucción solicita o comisiona para que los entes de investigación realicen informes técnicos, consagrados en la Ley 600 de 2000, en los artículos 263 al 265, debe cumplir con los requisitos y cumplir con el 265 ordena un traslado a los partes por el termino de tres (3) días para que puedan solicitar aclaraciones o complementaciones.

La exigencia jurídica del traslado no se cumple con la presente del informe técnico puesto en conocimiento al procesado en la diligencia de indagatoria, esta debe cumplirse con la debida nota secretarial ordenando el traslado del informe por el termino de tres (3) días a los sujetos procesales, para que estos si lo consideran pertinente se pronuncien al respecto y así guardar el Derecho de Defensa y del Debido Proceso y el Principio de Legalidad, tal como lo fue alegado por los defensores en la sustentación del recurso de apelación, que en el presente proceso no se cumplió con este requisito de procesabilidad exigido para la validez de los Informes, en que se fundamentó la Sentencia del JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE CERETE de fecha 7 de abril de 2021, al no cumplir la Fiscalía con lo ordenado en el artículo 265 de la Ley 600 de 2000, todos los informes que reposan en el presente proceso mencionados con antelación, de acuerdo al Título VII INEFICIACOA DE LOS ACTOS PROCESALES CAPITULO ÚNICO artículos 305 y ss. Son Nulos por la comprobada irregularidad sustanciales que afectan el debido proceso y el derecho de defensa (artículos 306 numerales 2 y 3). Y de

acuerdo al artículo 29 de la Constitución Política Colombiana, que consagra como principio rector en su inciso final:

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso”-

Como los Informes obrantes en el presente proceso la Fiscalía no les dio el trámite de traslado, pues no se observa la nota secretarial en el expediente, estos son **NULOS DE PLENO DERECHO POR SE UNA PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO.**

Como consecuencia de la Declaratoria de Nulidad de los informes que sirvieron para fundamentar la Sentencia Condenatoria, esta se revoca, por cuanto en el presente proceso no hay prueba para sustentar una sentencia condenaría tal como lo ordena el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 que no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado y en consecuencia se declara la absolución de todos los procesados **JOSE ANTONIO GARCIA ORDOÑEZ, JORGE LUIS MADRID NOVA, LUIS FERNANDO ORTIZ VILLAFANE y JUAN CARLOS GARCIA CALUME.**

Por lo anteriormente expuesto realizo el presente salvamento de voto, por lo que se dede revocar en su integridad la decisión objeto de apelación.



**REYNALDO RUIZ VILLADIEGO
CONJUEZ
CON SALVAMENTO DE VOTO**