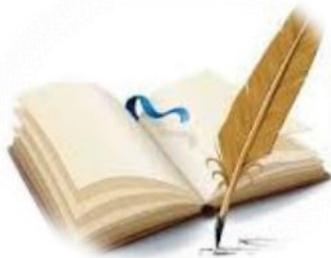


Relatoría Tribunal Superior de Tunja



EXTORSIÓN TENTADA/ Retracción/ Nulidad Defensa técnica/...

Según lo demostrado con la actuación en el curso de la audiencia de formulación de imputación y allanamiento realizada el 5 de febrero de 2014, la Fiscalía formuló de manera clara y detallada la imputación con la descripción fáctica y calificación jurídica, con la indicación en detalle de los elementos materiales de prueba en que se fundamentaba la imputación, haciéndole todas las advertencias legales sobre las consecuencias en caso de aceptación de responsabilidad, específicamente de las prohibiciones y exclusiones de beneficios y subrogados conforme al artículo 26 de la ley 1121 de 2006, por tratarse del delito de extorsión, habiéndosele leído la norma, donde específicamente se indica la prohibición de rebaja de pena por sentencia anticipada, y la exclusión de los subrogados; y el juez insistentemente interrogó al procesado no solamente si había entendido la imputación y sus consecuencias en caso de aceptación de responsabilidad, sino que lo indagó si la decisión de aceptación de responsabilidad era libre, consciente, voluntaria, debidamente asesorada, respondiendo el señor BAEZ CABALLERO afirmativamente, y específicamente lo interrogó si había sido amenazado o presionado para que hiciera la manifestación de aceptación, respondiendo el imputado de manera negativa...”

EXTORSIÓN TENTADA/ Retracción/ Nulidad Defensa técnica/...” Así entonces, el procesado ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO aceptó sin condicionamientos la imputación, luego de haber recibido la correspondiente asesoría por parte de su defensora y explicársele los alcances de su decisión tanto por la Fiscalía como por el juez con funciones de control de garantías ante el cual se efectuó el reconocimiento de responsabilidad; habiéndose verificado una aceptación pura y simple a cargos; de ahí, la imposibilidad de pretender la pérdida de fuerza vinculante del allanamiento en una retractación de lo aceptado presentando pruebas pre constituidas por el mismo procesado y con la argumentación del recurso, actitud que está proscrita tratándose de esta modalidad de terminación anticipada de la actuación...”

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

SENTENCIA No. 074

MAGISTRADA PONENTE: LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ.

**APROBADO: Acta N°. 095 del veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015)
Art. 30, Núm. 4º, Ley 16 de 1968.**

Tunja, veintiséis (26) de octubre de dos mil quince (2015) HORA: dos de la tarde (2:00 P.M.)

Proceso Nro. 157596000722201200010 (2014-650).

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Tercera Sala de Decisión Penal de este Tribunal, se ocupa en esta providencia de resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la Fiscalía y por la Defensa del procesado contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Monquirá con funciones de conocimiento, de fecha veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), mediante la cual se condenó a ERMÍN ENRIQUE BÁEZ CABALLERO por el delito de extorsión en grado de tentativa.

RESUMEN DE LOS HECHOS

Los hechos por los que el procesado aceptó los cargos, fueron narrados por la Fiscalía en los siguientes términos¹:

“Los hechos hacen alusión a que la ingeniera ADRIANA BENITEZ CAMARGO, adscrita y socia de la firma BENITEZ INGENIERON LTDA., que ganó licitación para la construcción de un tramo vial en el municipio de Togüi, además

¹ Audiencia del cinco (05) de febrero de dos mil catorce (2014), celebrada ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sogamoso con funciones de control de garantías, registro de audio segunda pista hora 1:14:45 y s.s. CD a folio 5 A del cuaderno de audiencias preliminares control de garantías.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

de la construcción de ese tramo vial se realizaron una serie de subcontratos, entre los cuales la ingeniera ADRIANA BENITEZ representando a la sociedad BENITEZ INGENIEROS LTDA., suscribió una parte de la obra civil con el ingeniero ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, se contrató una parte de la construcción de ese tramo vial específicamente en el cual tenía que elaborar conforme al diseño previamente establecido 130 pilotes. Dice el subcontratista que la obra era de un micropilotaje de 130, colocándole las respectivas varillas, su revestimiento y luego procediendo a fundir en concreto lo que correspondiera a esa obra civil. Manifiesta ERMÍN ENRIQUE BAEZ que las personas en las que él delegó la responsabilidad de esa obra fueron EFREN HERNÁNDEZ, ORLANDO CUTIVA y otro joven de nombre JUAN, da sus identificaciones. Que se proyectó la finalización de la obra para el mes de enero del 2012. Efectivamente ya sobre los últimos momentos en que estaba culminando la obra civil la ingeniera ADRIANA BENITEZ recibe el 27 de enero de 2012 un mensaje de texto en el que exactamente le decían: “ADRINA ROCÍO BENÍTEZ CAMARGO haga el favor de devolver la llamada k a usted le conviene que es cuestión de trabajo”. Ella hizo un timbre que aparece registrado, pero tiempo después de haber sostenido una conversación, porque después del primer mensaje aproximadamente unos trece minutos después, le hacen una llamada. El mensaje ya consultado técnicamente con los registros que aparecen en los accesos a bases de datos, el mensaje se originó del abonado telefónico 3145736807 al teléfono de la ingeniera 3104815714, se envió a las 16:00 horas, 30 minutos, 16 segundos. Luego, ese mismo 27 de enero del 2012 a las 16 horas, 43 minutos, 15 segundos, entra la llamada extorsionista, en esa primera habla un sujeto que dice identificarse con alias de “CARLOS ARTURO”, y le hace mención directa a la ingeniera que las varillas que colocaron en la parte frontal, en frente de los pilotes, no las habían colocado bien. Que ese error en la ejecución de la obra civil, lo iban a denunciar al interventor que era un señor JESÚS PERALTA que iba a hablar “CARLOS ARTURO” con el trabajador que había dado esa información porque él tenía conocimiento que ese subcontrato valía harta plata y de acuerdo a eso, también iban a cuadrar cuánta plata le iban a pedir, es decir, le dice finalmente que eso que se había hecho estaba mal hecho. Por tal razón se aprecia en esta llamada telefónica la información es confidencial, exacta específica de la obra, que esa es la causa etiológica para poder constreñir a la víctima para el pago del dinero que le iban a exigir. La amenaza constrictiva se concreta, en primer lugar, en informarle del supuesto error de construcción al interventor de la obra civil, en el

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

sentido que si denuncia que la obra está mal hecha, que no se ajusta a los diseños, que no está acorde al contrato, perfectamente puede el interventor hacerle corte de obra y revisión, pararle la obra y pararle o suspenderle los pagos que estuvieron pendientes, con grave perjuicio económico para la compañía BENITEZ INGENIEROS. Igualmente quedó pendiente, según el extorsionista, que de acuerdo al valor de la obra, que sabían que era harta plata, pero no sabían cuánto, iban a hacer la exigencia económica, esto fue el viernes 27 de enero de 2012. Al otro día, el sábado 28 de enero de 2012 y según lo que se pudo establecer con la misma empresa de telefonía celular, a las 8:00 horas, 9 minutos, 27 segundos, nuevamente le hacen otra llamada a la ingeniera y sobre la base que había una persona que ejecutó la obra y que era el que sabía directamente la situación, le manifestó el supuesto "CARLOS ARTURO" que había hablado con el muchacho, que era el trabajador y que además de ir a denunciarla con el interventor de la obra, la iba a denunciar con el INVIAS, es decir, hay una nueva amenaza, otro acto de constreñimiento para la ingeniera sobre la amenaza de que no la van a dejar entregar la obra en debida forma y que le van a obstaculizar su pago. El domingo al medio día, el 29 de enero de 2012, el extorsionista marca en repetidas ocasiones a la ingeniera, pero ella se abstiene de contestar el teléfono. El día lunes 30 de enero de 2012 a las 9:41 de la mañana, señala la víctima, pero que realmente según los registros técnicos de los resultados de búsqueda selectiva en base de datos, la llamada se originó a las 9:00 horas, 44 minutos, 40 segundos, esta persona cuya voz se puede cotejar, hablando golpeado con un tono entre santandereano y llanero, luego de haber timbrado también a las 8:00 horas, 38 minutos, 54 segundos, le dijo a la víctima: "póngame cuidado" que él conocía quién era su familia, qué hacía cada miembro de la familia, que él conocía a su esposo, que él sabía quién era el papá, que el papá de la ingeniera había sido Alcalde y, concretamente le daba plazo hasta las tres de la tarde de ese día para que pagara la suma de cuarenta millones de pesos. Posteriormente se estableció que la ingeniera DIANA ROCÍO llamó directamente al ingeniero ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO y le dijo que ella venía siendo víctima del delito de Extorsión, se pudo establecer también que el ingeniero BAEZ CABALLERO habló con ORLANDO CUTIVA y desde entonces cesaron las llamadas extorsivas. Para el caso que nos ocupa, tenemos que la participación del ingeniero ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO cuenta con el respaldo de una prueba indiciaria general, el subcontratista de la obra, especifica dónde se predicen las supuestas fallas técnicas, no puede ser conocido sino por las personas que directamente

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

intervinieron en la realización de esa obra ya que terminada la obra no son observables a simple vista, no se pueden captar sino por sus ejecutores; se habla en los textos de la extorsión en forma técnica y concreta tal como aparece en la obra contratada o subcontratada, quienes hicieron el micro pilotaje de 130 micro pilotes; se realizó también una entrevista el 15 de febrero de 2012 en la que la víctima aporta elementos de juicio; igualmente se recepcionó una entrevista relacionada en el informe 140 del 14 de junio del 2012, en el que sutilmente se direcciona la responsabilidad hacia algunos trabajadores de la obra, entre esos se menciona a EFRÉN RODRÍGUEZ, también se direccionó en esa entrevista que cuando el ingeniero ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO le comentó el llamado que le había hecho la ingeniera de que venía siendo extorsionada, CUTIVA se sorprendió, pero que si se realiza la conducta que se viene mencionando. Hay inconformidad de los trabajadores por falta de pagos, que inclusive han intentado parar la obra, todos estos aspectos de generar cizaña, de plantear problemas, direccionando la investigación, pueden tomarse como prueba indiciaria. (...)

La Fiscalía continuó en su narración señalando los elementos de prueba, hasta esos momentos obtenidos, y finalmente sobre el supuesto fáctico de la participación del aquí procesado dijo:

“ (...) El primer capturado ORLANDO CUTIVA SCARPETA, si bien al comienzo del proceso no aceptó cargos, posteriormente si lo hizo y no solo aceptó haber participado en los hechos, sino que rindió interrogatorios donde hace un recuento de todo lo ocurrido, se complementó, de acuerdo a esa información, el análisis y los diagramas link, como prueba técnica y luego se procedió a la identificación plena del ingeniero ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, deduciéndose básicamente que la conducta específica del ingeniero, de acuerdo al material probatorio que se ha recaudado corresponde a los siguientes hechos: Ideó y planeó la extorsión, fue la persona que terminada la obra le dijo a ORLANDO CUTIVA que el contrato no iba así de esa forma, que había incurrido en irregularidades, ¿a qué corresponde este punto?, a sembrar la idea en el trabajador sobre los ciertos o falsos errores técnicos que hubiera tenido la obra civil, suministró información de la vida de la ingeniera de la obra, información de la obra, información de la familia de la ingeniera, quién era su papá, quién era su hermana, es decir, realizó labores de inteligencia o de recolección de información personal y patrimonial de la víctima, fue la persona que tomó la iniciativa para

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

sacarles la plata, también fue la persona que dirigió cómo se realizaría el hecho, dio las indicaciones de cómo hacerlo y qué debía decirle en las llamadas, le informó a ORLANDO CUTIVA que la ingeniera lo había llamado a él para decirle directamente lo que estaba ocurriendo, es decir, que la estaban extorsionando y por ello resolvieron no volverla a llamar, tuvo conocimiento que CUTIVA fue capturado, éste lo llamó y no volvió a contestar el teléfono”.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

ERMÍN ENRIQUE BÁEZ CABALLERO, identificado con cédula de ciudadanía número 12.542.058 expedida en Santa Marta, nacido el 6 de septiembre de 1954 en Fundación (Magdalena), hijo de LUIS BÁEZ AMADO y MERCEDES CABALLERO GÁMEZ, ingeniero civil, para cuando fue vinculado estaba casado con MARISOL VILLALOBOS HERNÁNDEZ y residía en la carrera 1 Nro. 1-101 de Villavicencio (Meta).

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Previa solicitud de la Fiscalía Segunda del Guala Boyacá, en audiencia del 13 de diciembre de 2013², el Juzgado Primero Penal Municipal de Sogamoso con funciones de control de garantías, ordenó la captura del señor **ERMÍN ENRIQUE BÁEZ CABALLERO**.

2.- Practicada la captura de **ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO** el 4 de febrero de 2014³, el 5 de febrero de 2014 se llevó a cabo la audiencia preliminar ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sogamoso con funciones de control de garantías⁴, donde se legalizó la aprehensión de dicho ciudadano y la incautación de un teléfono celular con fines de investigación y de comiso provisional.

De otra parte, la Fiscalía le formuló imputación a **ERMÍN ENRIQUE BÁEZ CABALLERO** como coautor del delito de extorsión simple en grado de tentativa, previsto en el artículo 244 del C.P., y de conformidad al artículo 27 del mismo código, con la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del

² Fls. 31-37 y CD. c. control de garantías.

³ Según se informa en el acta de la audiencia de formulación de imputación, fl. 45. c. control de garantías.

⁴ Fls. 45-50 y CD a fl. 5 A c. control de garantías.

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

artículo 58 del C.P., por haber obrado en coparticipación criminal, informándole al imputado que se hacía acreedor a la rebaja por reparación integral a la víctima que hiciera el señor ORLANDO CUTIVA SCARPETA, también imputado por los mismos hechos y ya condenado, pero le advirtió que le estaba prohibida la rebaja de pena en caso de allanamiento por mandato del artículo 26 de la ley 1121 de 2006, e igualmente que conforme al criterio jurisprudencial, según la sentencia del 27 de febrero de 2013 en el radicado 33254 de la Corte Suprema de Justicia, no se debía aplicar el aumento punitivo previsto en la ley 890 de 2004 por las prohibiciones de beneficios consagrados en la norma ya citada; cargos que fueron aceptados por el imputado, imponiéndosele la medida de aseguramiento prevista en el artículo 307 literal b numerales 3, 4, y 7 del C. de P.P., no privativa de la libertad, de presentarse cuando fuere requerido, informando su lugar de residencia cada dos meses, observar buena conducta, y la prohibición de comunicarse con ADRIANA ROCÍO BENÍTEZ y ORLANDO CUTIVA SCARPETA y sus respectivas familias, suscribiendo acta de compromiso.

3.- Radicado el allanamiento como escrito de acusación, por reparto se asignó el conocimiento del asunto al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Monquirá, el que avocó conocimiento en auto del 25 de marzo de 2014⁵; se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena y sentencia el 13 de mayo de 2014⁶, donde la Defensa del procesado, invocando la retractación por inadecuada defensa técnica, solicitó la nulidad de la actuación, y quedando diferida la decisión al momento de proferir sentencia, se escuchó a las partes e intervinientes sobre las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes del procesado, así como de la determinación de la pena y subrogados.

4.- Después de varios aplazamientos, el 28 de agosto de 2014⁷ se llevó a cabo la audiencia de lectura de sentencia condenatoria, contra la cual la Fiscalía y la Defensa interpusieron el recurso de apelación, el cual fue sustentado por escrito⁸, siendo remitidas las diligencias a este Tribunal y asignado el conocimiento por reparto del 16 de septiembre de 2014 a la Tercera Sala de Decisión Penal⁹.

⁵ Fl. 13 c de conocimiento.

⁶ Fls. 61-64 y CD c. de conocimiento.

⁷ Fls. 234-254 y CD c. de conocimiento.

⁸ Fls. 281-332 c. de conocimiento.

⁹ Fl. 341 c. de conocimiento.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

5.- Puesto a disposición el procesado capturado en cumplimiento de la orden emitida por la primera instancia con fundamento en la sentencia, mediante auto del 19 de febrero de 2015 se ordenó librar la orden de detención que finalmente se hizo efectiva ante el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Los Olivos de Santa Rosa de Viterbo¹⁰.

6.- Revisadas las diligencias para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria, se evidenció que la primera instancia no se había pronunciado sobre la concesión del mismo, por lo que mediante auto del 27 de marzo de 2015 se ordenó devolver las diligencias para tal efecto¹¹, lo cual se cumplió y mediante auto del 6 de abril de 2015 el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Monquirá concedió el recurso de apelación ante este Tribunal en el efecto suspensivo¹².

7.- El procesado ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, otorgó nuevo poder al Abogado JESUS ANTONIO MARÍN RAMÍREZ, a quien en auto del 13 de abril de 2015¹³ se le reconoció personería en los términos del poder conferido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y MOTIVO DE LA APELACIÓN

1.- De la sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Monquirá, en la sentencia del 28 de agosto de 2014, condenó a ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO como coautor del punible de extorsión en la modalidad de tentativa, según lo previsto en los artículos 244 y 27 del C.P., imponiéndole como pena principal 22 meses y 15 días de prisión y multa de 112 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la pena principal de prisión, negándole los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

¹⁰ Fl. 345, 350 c. de conocimiento.

¹¹ Fl. Fls. 375-376 c. de conocimiento.

¹² Fl. 384 c. de conocimiento.

¹³ Fl. 400 c. de conocimiento.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

En primer lugar, la juez a quo resolvió la petición de nulidad invocada por la Defensa del procesado, quien alegó la inadecuada defensa técnica al momento del allanamiento a cargos, porque consideró que existía un conflicto de intereses proscrito en el código disciplinario, ley 1123 de 2007, e incompatibilidad de la defensa en los términos del artículo 122 de la ley 906 de 2004, al haber asistido al procesado BAEZ CABALLERO la misma defensora que asistió al también procesado y ya condenado ORLANDO CUTIVA SCARPETA, quien fue quien hizo el señalamiento en contra de BAEZ CABALLERO como coautor de los hechos, lo que le impedía fungir de manera clara y objetiva como apoderada de éste procesado.

La juez precisó que quien alega la nulidad de la actuación a más de acreditar el supuesto fáctico, debe señalar la trascendencia del mismo, que en el caso de análisis no se acreditó el conflicto de intereses del acusado, porque el nuevo defensor tan solo aportó la certificación de la Defensoría del Pueblo en la que indica que la Abogada JAIDY ESPERANZA TORRES RODRÍGUEZ asumió la defensa de CUTIVA SCARPETA a partir del 26 de febrero de 2013 para las diligencias preliminares, sin que existan en el proceso contra BAEZ CABALLERO documentos sobre la defensa de CUTIVA SCARPETA, pero que de los documentos allegados se sabe que éste rindió interrogatorio en dos oportunidades, sin que en ninguna de las mismas fuera asistido por la Abogada TORRES RODRÍGUEZ, pues en los interrogatorios del 7 de junio y 5 de julio de 2013, CUTIVA SCARPETA fue asistido por la Abogada ROSA MARCELA MENDIVELSO VALERO quien recibió poder desde el 16 de mayo de 2013, siendo solicitados los interrogatorios de ese procesado por ésta apoderada quien fue la que trazó la estrategia defensiva de CUTIVA SCARPETA quien solo aceptó los cargos después del segundo interrogatorio, sin que se le pueda achacar a la Abogada JAIDY ESPERANZA TORRES RODRÍGUEZ el asesoramiento de dicho procesado para que responsabilizara a BAEZ CABALLERO como partícipe de los hechos.

Concluyó que no fue acreditado el conflicto de intereses en la defensa de ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO ni la actuación desleal de la abogada que lo asistió en las audiencias preliminares, no siendo procedente anular la actuación.

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

En segundo lugar, se pronunció sobre la retractación alegada por la Defensa con fundamento en presuntas irregularidades que afectaron garantías sustanciales del procesado, al considerar que existió indebida presión para que aceptara los cargos, por haber sido intimidado por la Fiscalía y la Defensa al ofrecerle falsa información sobre las consecuencias del allanamiento porque le indicaron que no sería privado de la libertad si aceptaba los cargos, existiendo un indebido asesoramiento, y amenaza de solicitud de la detención preventiva, aportando declaraciones extrajuicio sobre el particular.

Citando un pronunciamiento de la Cuarta Sala de Decisión Penal de este Tribunal sobre la prueba que debe ser valorada para demostrar el indebido asesoramiento, intimidación, etc, en el allanamiento, en el que se indica que dicha prueba es lo ocurrido en la audiencia de imputación y donde se aceptaron los cargos, no en manifestaciones ulteriores, la juez consideró que no existe etapa para controvertir las pruebas allegadas por la Defensa sobre el presunto vicio del consentimiento, documentos que tienden a abrir un debate ajeno a la terminación anticipada del proceso, por lo que no deben ser admitidos como base de la retractación, debiéndose atenerse a lo que consta en la carpeta y registros de la audiencia, en la cual no se aprecia vicio alguno que anule la voluntad del procesado BAEZ CABALLERO al momento de admitir su responsabilidad, haciendo referencia a lo sucedido en dicha diligencia.

No accedió a la retractación solicitada por la Defensa, al concluir que la decisión del procesado sobre la aceptación de responsabilidad estuvo exenta de vicios del consentimiento, debidamente asesorado, existiendo los presupuestos para proferir la sentencia condenatoria.

En tercer lugar, enumerando los elementos materiales de prueba allegados por la Fiscalía y junto con la aceptación de responsabilidad del procesado por los cargos imputados, consideró que existía respaldo probatorio sobre la conducta endilgada en contra de ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO de haber realizado actos de constreñimiento para obtener un provecho económico en contra de ADRIANA ROCÍO BENITEZ CAMARGO, que la conducta es típica de extorsión en grado de tentativa conforme a la descripción del artículo 244 del C.P., en concordancia con el artículo 27, porque el constreñimiento en este caso era una supuesta denuncia ante los entes de control de la ejecución de las obras públicas,

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

sobre las irregularidades de las que presuntamente era responsable la víctima, y con lo cual se pretendía doblegar la voluntad de ésta para que desembolsara una suma de dinero, conducta que no se consumó porque la víctima se resistió a realizar el pago exigido, siendo responsable BAEZ CABALLERO quien a más del allanamiento, actuó con dolo al conocer los hechos ilícitos y participar en los mismos, siendo antijurídica y culpable su actuación.

Para la dosificación de la pena, el a quo estableció los mínimos y máximos punitivos y cuartos de movilidad para la conducta de tentativa de extorsión conforme lo señalado en los artículos 244 del C.P., modificado por la ley 733 de 2002, inaplicando el aumento de la ley 890 de 2004 según lo señalado por la jurisprudencia sobre el tema, y con las disminuciones del artículo 27 del C.P., y que como se imputó la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 10 del artículo 58 del C.P., pero que igual concurre la de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales, debía dosificarse la pena en los cuartos medios que oscilan entre 7.5 a 10.5 años de prisión y 450 a 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, por lo que ponderando que si bien la conducta es reprochable y grave, su intensidad es menor porque el daño que se pretendía no se generó y porque el procesado aceptó la responsabilidad, decidió fijar la pena en los mínimos de los cuartos medios, 7.5 años de prisión y 450 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, a los que les disminuyó el máximo permitido en el artículo 269 del C.P., las $\frac{3}{4}$ por la reparación integral a la víctima realizada por el sentenciado ORLANDO CUTIVA SCARPATA, fijando en definitiva 22 meses y 15 días de prisión y 112 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, como penas principales, y la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la pena de prisión, como pena accesoria; negándole los subrogados penales por estar prohibidos tanto en la ley 1121 de 2006 como en la ley 1709 de 2014 para el delito de extorsión por el cual se impone la condena.

Por último, no accedió a la concesión de la prisión domiciliaria con fundamento en las causales previstas en los numerales 2 a 5 del artículo 314 del C. de P.P. porque consideró que la petición de la Defensa solo se quedó en enunciarla pero no demostró los presupuestos legales para el efecto. Ordenó la captura del procesado para el cumplimiento de la pena en establecimiento penitenciario.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

2.- Del motivo de la apelación.

2.1.- La Fiscalía.

La inconformidad de la Fiscalía como recurrente, se concreta a la dosificación de la pena, calificando la que fue impuesta por la primera instancia como excesivamente generosa, específicamente por las siguientes razones:

Sostiene que si bien es cierto, el procesado aceptó ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO debidamente asesorado y de manera libre y espontánea, ante la intervención de nuevos defensores que lo han representado, se plantearon varias teorías en busca de la retractación y nulidad de la actuación, dilatando el proceso contrario a la finalidad de la terminación anticipada en concordancia con la justicia premial, a más de no haber vuelto a comparecer el procesado a las diligencias después del allanamiento, comportamientos que deben ser tenidos en cuenta al momento de dosificar la pena, lo cual riñe con la generosidad con la que lo hiciera la primera instancia.

Que con la pretendida retractación, considera que no debía ser procedente la inaplicación del aumento previsto en la ley 890 de 2004 según el criterio jurisprudencial sobre el tema, porque no existe la equidad y proporcionalidad que allí se predica, al haber aceptado la responsabilidad y luego entorpecer la pronta decisión del asunto.

Cuestiona la fijación de la pena dentro de los cuartos de movilidad, porque al haberse imputado circunstancias de mayor punibilidad debió tasarse dentro de los cuartos medios como se indicara en la sentencia, lo cual en la realidad no sucedió al haberse fijado en el extremo máximo del cuarto mínimo, sin que se vislumbrara una diferencia en este cuarto y los medios así fuera de un día de prisión; a más que la ponderación debió consultar con mayor rigor la reprochabilidad de la conducta del procesado BAEZ CABALLERO, quien fue el que ideó y planeó la realización del ilícito, consiguió la información de la víctima, fue el director de la ejecución de los actos delictivos, siendo inequitativo que reciba una pena menor que quien era su subalterno, el señor CUTIVA SCARPETA y quien coadyuvó en la conducta ilícita, siendo mayor la intensidad del dolo de aquél que la de éste por ser el promotor del punible y por tener mayor grado de

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

instrucción que el trabajador raso, considerando que la pena debía haber sido fijada en el umbral mayor del segundo cuarto.

Por último critica la disminución por la reparación integral de conformidad al artículo 269 del C.P., atendiendo a la solidaridad pasiva para la extinción de los perjuicios derivados del delito al haber pagado el primer condenado, considerando que tampoco dicha disminución corresponde a la justicia premial al reconocer méritos ajenos en plena proporción, pues ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO no pagó un solo peso por perjuicios, y a pesar de no haberse allegado por la Defensa prueba del pago que hiciera el condenado CUTIVA SCARPETA y tan solo teniendo en cuenta la indicación de la Fiscalía del pago en otro proceso y por otro condenado, se le reconoció el máximo de la disminución por la reparación integral, esto es, las tres cuartas partes, considerando que en gracia de discusión, tan solo se le debiera reconocer la disminución en la mitad.

2.2.- La Defensa.

La inconformidad del Defensor como recurrente se precisa en reiterar los motivos de la solicitud de nulidad en primera instancia, atacando de manera tangencial las razones que negaron dicha petición.

Así entonces, reitera que fueron en concreto tres las razones para pedir la nulidad: i) la incompatibilidad de la defensa, ii) la ausencia de defensa técnica, y iii) la nulidad por retractación del allanamiento a cargos por vicios del consentimiento; teniendo como soporte probatorio los siguientes documentos aportados con la solicitud que hiciera ante la primera instancia: respuesta de la Defensoría del Pueblo de Boyacá de fecha 9 de abril de 2014, al derecho de petición del 3 de abril de 2014, donde se indicó que de acuerdo a lo que constaba en los archivos de la entidad, la defensora JAIDY ESPERANZA TORRES RODRÍGUEZ asumió la defensa pública del indiciado ORLANDO CUTIVA SCARPETA el 26 de febrero de 2013, y las declaraciones extrajuicio ante la Notaría 35 del Círculo de Bogotá rendidas el 10 de marzo de 2014 por MARIA ELENA BAEZ CABALLERO, ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO y MARISOL HERNÁNDEZ VILLALOBOS.

i) De la incompatibilidad de la Defensa, dice que fue la misma Fiscalía la que indicó que el señor ORLANDO CUTIVA SCARPETA posteriormente a la

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

formulación de imputación y previamente a que se le formulara la acusación, resolvió aceptar los cargos y rindió interrogatorio donde narró lo ocurrido, señalando que quien ideó la extorsión y suministró la información de la víctima había sido su jefe, el ingeniero subcontratista de la ingeniera ADRIANA ROCÍO BENÍTEZ, delatando como principal coautor al ingeniero ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO; y que la Abogada JAIDY ESPERANZA TORRES RODRIGUEZ quien había sido defensora pública de ORLANDO CUTIVA fue quien también asistió como defensora de ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO en la audiencia del 5 de febrero de 2014 donde se legalizó su captura y los elementos incautados, y se le formuló la imputación, y a pesar que la profesional del derecho estaba inhabilitada para representar al procesado lo aconsejó para que se allanara a los cargos.

Considera que la inhabilidad de la Abogada tiene fundamento en lo previsto en el artículo 34 de la ley 1123 de 2007, código disciplinario, al establecer como falta de lealtad con el cliente, asesorar, patrocinar o representar, simultánea o sucesivamente a quienes tengan intereses contrapuestos, sin perjuicio de que pueda realizar, con el consentimiento de todos, gestiones que redunden en provecho común, como también lo previsto en el artículo 122 de la ley 906 de 2004; existiendo el conflicto de intereses en el caso particular porque la vinculación de BAEZ CABALLERO partió de forma exclusiva de la delación de CUTIVA SCARPETA en el interrogatorio, siendo contrario los intereses de uno y otro.

Cuestiona la decisión de primera instancia al negar la existencia del conflicto de intereses porque, asegura el recurrente, que de manera contradictoria se dijo que no se había acreditado el hecho pero que seguidamente hace referencia que se aportó el oficio de la Defensoría donde se indicó que la Abogada que representó a BAEZ CABALLERO había sido la defensora de ORLANDO CUTIVA SCARPETA; y citando un aparte de un pronunciamiento jurisprudencial sobre el tema, concluye que la postura del procesado CUTIVA SCARPETA es irreconciliable con la postura y los intereses de BAEZ CABALLERO, estando demostrada la incompatibilidad de la defensa, lo que da lugar a que se genere la nulidad solicitada.

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

ii) De la ausencia de defensa técnica, acusa la decisión de primera instancia por confundir este motivo con la incompatibilidad de la defensa para resolver la petición de manera conjunta, señalando que son razones diferentes, pues la falta de defensa técnica la fundamenta en el artículo 29 de la Constitución Política y al haberse cualificado el ejercicio de la defensa técnica por la jurisprudencia, en los conocimientos especializados y el control del juez de que la misma se ejerza de manera efectiva.

En el caso de estudio, asegura que el señor ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO no contó con defensa técnica en la audiencia del 5 de febrero de 2014 porque el allanamiento partió “ de una estrategia a puerta cerrada” desarrollada en el receso de la diligencia por el Fiscal y la Abogada que representó al procesado, demostrándose con las declaraciones extrajudicio el grave comportamiento de aquellos dos al inducir bajo apremio y coacción al procesado para que aceptara los cargos, utilizando la medida de aseguramiento como medio intimidatorio, viciando la voluntad del procesado para allanarse, al asegurarle que de hacerlo no sería privado de la libertad, contrario a lo que sucedería si no lo hacía, a más de engañarlo asegurándole que con la nueva normatividad, ley 1709 de 2014, no iría a la cárcel pudiéndose por estrategia dilatar la instalación de la audiencia hasta junio o julio de 2014 para que se beneficiara de dicha ley, siendo tal afirmación falsa porque los delitos de extorsión no merecen ningún tipo de beneficio; asegurando entonces el recurrente, que la actuación de la Abogada defensora no fue acorde a derecho, porque su función era solicitarle a su cliente que no se allanara al existir tan solo como prueba el interrogatorio de CUTIVA SCARPETA donde incriminaba al procesado, a pesar de existir otros tres donde se aseguraba que BAEZ CABALLERO no había participado.

iii) De la retractación del allanamiento a cargos por parte del procesado, considera que es procedente en el caso particular por aplicación del artículo 69 de la ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 293 de la ley 906 de 2004, y lo precisado por la jurisprudencia sobre el tema, citando apartes de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, porque asegura que el allanamiento a cargos por parte de BAEZ CABALLERO no fue voluntario, ni libre, ni espontáneo, toda vez que la voluntad del procesado estaba viciada al encontrarse bajo coacción y apremio ejercidos por la Abogada que lo representaba y el Fiscal, como lo señaló el mismo procesado, su esposa y su

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

hermana en las declaraciones extrajudicio, intimidándolo con la medida de aseguramiento y el engaño de que con la aplicación de la ley 1709 de 2014 no iría a prisión si se allanaba.

En conclusión, solicitó se revocara la decisión de primera instancia y en su lugar se decretara la nulidad de la actuación desde el allanamiento por los tres motivos antes referidos, y se citara a audiencia de formulación de acusación.

La Fiscalía, hizo la réplica del recurso de apelación presentada por la Defensa, solicitando se confirmara la sentencia condenatoria, alegando en primer lugar que quien sustentó el recurso no tenía poder del procesado para hacerlo, que el señor ERMÍN BAEZ se allanó en la imputación de manera libre y espontánea, y debidamente asesorado por su defensora, habiéndose dado a conocer los hechos de manera clara y detallada, dándole a conocer los elementos materiales de prueba soporte de la imputación, sin que se violaran garantías fundamentales, lo cual fue verificado por el juez con funciones de control de garantías, y que en la sentencia se hizo una adecuada valoración de lo ocurrido en la audiencia de allanamiento y de los elementos de prueba que responsabilizan al procesado, descartando la nulidad de la actuación, estando debidamente fundamentada la decisión recurrida.

Los no recurrentes guardaron silencio sobre el recurso interpuesto y sustentado por la Fiscalía y la Defensa.

Una vez fue capturado el procesado, ante la segunda instancia se han realizado varias peticiones. Por el Defensor que sustentó el recurso, se pidió la libertad del procesado atendiendo a las mismas razones por las que se ha cuestionado la negación de la nulidad, al considerar que es procedente la invalidación de la actuación; el nuevo defensor ataca con nuevos argumentos la sentencia apelada, advirtiendo irregularidad en el trámite ante el juez de conocimiento por no haberse citado al procesado para una nueva verificación del allanamiento ante una retractación anticipada que hiciera el procesado ante Notario Público, asegurando que todo allanamiento debe ser objeto de legalización por el juez de conocimiento en audiencia específica para tal finalidad, concluyendo que existe nulidad de la actuación por tales motivos; y por último, la señora MARISOL VILLALOBOS HERNÁNDEZ, solicitó se decidiera el recurso con

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

prontitud al considerar causados perjuicios familiares y laborales del procesado por ser inocente a pesar de haberse allanado por temor de ir a prisión, solicitando se resuelva su situación y se le deje en libertad para que pueda defenderse en un juicio.

CONSIDERACIONES:

1.- Competencia y presupuestos procesales.

Por la naturaleza del delito y su cuantía por el que se formularon cargos y por el que se condenó al acusado, el conocimiento para su juzgamiento en primera instancia está asignado a los Jueces Penales Municipales y por el factor territorial al de Monquirá, por haber tenido ocurrencia los hechos en jurisdicción de esa unidad judicial, y la segunda instancia le corresponde a este Tribunal (arts. 37 (núm. 2), 34 (num.1), 42, y 43, del C. de P. P.).

El recurso de apelación procede contra la sentencia de primera instancia y tanto la Fiscalía como la Defensa tienen interés jurídico para impugnarla, habiendo interpuesto el recurso en la audiencia de lectura de la decisión impugnada y sustentándolo por escrito (artículos. 20, 176, 179, modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, 114, 124 y 125 del C. de P. P.), por lo que el recurso se deberá decidir de fondo.

2.- Examen y resolución de los aspectos impugnados.

Dentro de la limitación de la segunda instancia, tan solo nos extenderemos a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la apelación, y teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 20 del C. de P.P., el superior no puede agravar la situación del apelante único, principio de la no reforma peyorativa que igualmente está previsto en el artículo 31 de la Constitución Política, limitación que no opera en el presente caso siendo apelante tanto la Fiscalía como la Defensa, por lo que la limitación solo será de los aspectos impugnados de cada una de las partes pero no la del apelante único.

Con este preámbulo, y como la defensa del procesado cuestionó la afectación de derechos y garantías fundamentales, alegando la nulidad, a la que

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

se opuso la Fiscalía pidiendo la confirmación de la sentencia condenatoria pero discutiendo la dosificación de la pena; para dar respuesta a los motivos de impugnación de las dos partes, la Sala en primer lugar resolverá lo correspondiente al cuestionamiento de la negación de nulidad, y de no prosperar las pretensiones del Defensor recurrente, se analizará la dosificación de la pena.

2.1.- De la negación de nulidad.

Atendiendo a los planteamientos del señor Defensor, para resolver lo pertinente, se abordará los siguientes temas: i) De las causales de nulidad, principios que rigen su declaratoria, y oportunidad de presentar y decidir las solicitudes de las mismas en caso de allanamientos, ii) la incompatibilidad de la defensa como irregularidad sustancial alegada en el caso concreto, iii) la ausencia de defensa técnica como causal de invalidación del allanamiento en el caso particular, y iv) la retractación del acusado ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO como motivo de invalidación del allanamiento a cargos.

2.1.1.- De las causales de nulidad, principios que rigen su declaratoria, y oportunidad de presentar y decidir las solicitudes de las mismas en caso de allanamientos.

La Ley 906 de 2004 en el título VI del libro III, regula lo correspondiente a la ineficacia de los actos procesales y establece como causales de nulidad la derivada de la prueba ilícita, la incompetencia, y la violación a garantías fundamentales, consagrando expresamente el principio de taxatividad al no poder decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las allí señaladas.

En primer lugar, consideramos procedente precisar que de las garantías fundamentales, forma parte tanto el derecho de defensa como el debido proceso en aspectos sustanciales, como expresamente está consagrada dicha causal de invalidación de la actuación en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, es decir, que en el curso de la actuación pueden generarse situaciones irregulares que afecten el debido proceso o el derecho de defensa, tanto del indiciado, imputado o acusado, como de las víctimas, quienes tienen el derecho a intervenir en todas las fases de la actuación penal en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación bajo determinadas reglas.

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

Como se ha sostenido en reiteradas providencias de esta Sala de Decisión, el debido proceso constituye un postulado básico del Estado de Derecho, traducido en la facultad del ciudadano de exigir tanto en la actuación judicial como administrativa, el respeto irrestricto de las normas y ritos propios de la actuación por parte del Estado en cada caso concreto de aplicación de la ley sustancial; en los términos del artículo 29 de la C.P., formando usualmente parte de este: la preexistencia de la ley penal, el juez o tribunal competente, el acceso a la administración de justicia en condiciones de libertad e igualdad, la observancia y cumplimiento de las formas propias del juicio, entendido éste último como todo el desarrollo del proceso, la aplicación de la ley penal favorable, la presunción de inocencia y sus consecuencias, la defensa técnica y material, el proceso público sin dilaciones injustificadas, el principio de contradicción, la imparcialidad del juez, a la doble instancia, entre otros.

Igualmente el debido proceso se garantiza mediante la observancia no solo de las normas previstas para el trámite del proceso, sino también de las normas de contenido sustancial que para el caso rigen el derecho penal en cuanto a las conductas punibles y la sanción por las mismas, formando parte del mismo el principio de legalidad de los delitos y de las penas, cuya inobservancia conculca el derecho fundamental en cita y es causal de nulidad insaneable.

En cuanto al derecho de defensa, se ha dicho que es una de las principales garantías del debido proceso, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, *“de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estimen favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”*¹⁴.

Por tanto, del derecho a la defensa se derivan los principios de: oportunidad de defenderse, de ser unitaria y continua, de ejercerse de manera material y técnica, es decir, puede ser ejercida directamente por el acusado o por su defensor, pero aún pudiéndose ejercer de manera separada, no es factible

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-617 de 1996.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

prescindir de ninguna de las dos, y de ser concurrentes la defensa material y la defensa técnica.

De la defensa técnica, la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

“En este orden, de tiempo atrás la Corte ha indicado que resulta vana la simple presencia formal del defensor pues ha de ser latente la actuación en beneficio del procesado, sin embargo también ha precisado que no siempre el optar por no pedir pruebas, no participar en su práctica, como tampoco elevar solicitudes o impugnar las decisiones desfavorables significa la orfandad defensiva o un descuido manifiesto de una adecuada defensa porque la postulación o ejercicio de tales actuaciones no responde a una carga ineludible para el letrado.

Aún la aparente pasividad del abogado en alguna fase del proceso o durante su trámite o la ausencia de actos positivos de gestión, no pueden considerarse de manera fatal como infractoras del derecho de defensa porque también puede colegirse que una tal postura obedece a que se considere oportuno su no ejercicio.”¹⁵

Igualmente la jurisprudencia ha definido que el derecho a la defensa técnica tiene tres características esenciales: debe ser intangible, real o material y permanente en todo el proceso; la intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por tanto, si el imputado no designa su propio defensor, el Estado debe procurárselo ya sea público o de oficio; material o real, porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que requieren actos positivos de gestión defensiva, sin que la pasividad sea entendida como inexistencia de la misma, porque también puede ser estrategia defensiva, según el caso; y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones.

Por lo expuesto, podemos señalar que el debido proceso es la máxima expresión de las garantías fundamentales y cualquier vulneración a las mismas pueden ser alegadas por violación al debido proceso en un sentido amplio, siendo

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de septiembre 13 de 2006, rad. 20345, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

parte integral del mismo el derecho de defensa cuya conculcación trae como consecuencia la sanción que es la invalidación de la actuación.

Así mismo, la jurisprudencia sobre la declaratoria de nulidades en el nuevo sistema penal acusatorio, ha señalado lo siguiente:

“si bien es cierto en la ley 906 de 2004, no aparece de manera expresa una disposición que fije los parámetros para la solicitud y declaratoria de las nulidades (al contrario de lo que sucede con el artículo 310 del estatuto procesal anterior), también lo es que tal ausencia de ninguna manera implica la desaparición de los principios que las regulan, razón por la cual continua vigente en sede de casación la estricta observancia del principio de trascendencia, según el cual quien solicita que se declare la invalidez de lo actuado tiene la carga de demostrar la irregularidad, así como la afectación real de las garantías de las que son titulares las partes, o bien la efectiva conculcación de las bases fundamentales del procedimiento”¹⁶.

En consecuencia, entre los principios que rigen la declaratoria de nulidad, a más de la taxatividad, podemos referenciar los de protección, convalidación, trascendencia, residualidad, instrumentalidad de las formas y, acreditación; por tanto, no basta con enunciar una serie de presuntas irregularidades en la actuación procesal si no se demuestra que en realidad existieron, que las mismas hacen parte de las enumeradas para la invalidación de la actuación, indicando la afectación real a los intereses del procesado, sin que exista otra forma de subsanarse o no haya sido convalidada.

Específicamente sobre la conculcación al derecho de defensa por inactividad del defensor y los principios que rigen la declaratoria de la nulidad, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“En síntesis, sobre la situación planteada el criterio de la Corte ha sido uniforme y reiterado, pues es claro que quien demanda violación del derecho a la defensa por supuesta inactividad del abogado, debe demostrar que en realidad fue una omisión lesiva de los intereses del procesado, atendiendo a lo recaudado por

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, providencia de junio 30 de 2010, radicación 33658, M. P. Julio E. Socha Salamanca.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

la investigación, y no limitarse en abstracto a criticar al defensor, ni a decir según su criterio qué hubiere hecho, pues es lógico que cada profesional, frente a un caso concreto, diagnostique y establezca su propia estrategia defensiva, de manera que no coincidir en ello no significa que se haya infringido la garantía constitucional”¹⁷.

Ha dicho la jurisprudencia constitucional¹⁸ que, para considerar si una determinada decisión judicial constituya una vía de hecho, no basta con demostrar que existieron fallas en la defensa técnica del procesado, sino que es preciso acreditar que con tales irregularidades se condicionó, en forma decisiva, el contenido de su parte resolutive, por tanto se ha entendido violado el núcleo esencial del derecho a la defensa técnica, cuando concurren los siguientes elementos, en resumen:

i) que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada. Ello implica que, para que se pueda alegar una vulneración del derecho a la defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal.

ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o no hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia. Habrá de distinguirse en estos casos entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque les fue imposible conocer su existencia.

iii) Que la falta de defensa técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial respectiva, de manera tal que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los defectos anotados y, en consecuencia, una vulneración al debido proceso y, eventualmente de otros derechos fundamentales.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de abril 29 de 1999, rad. 13315, M.P. Ricardo Calvete Rangel.

¹⁸ Sobre el particular se puede consultar, entre otras, la sentencia T-28 de enero 20 de 2005 de la Corte Constitucional, siendo M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

Ahora bien, en cuanto las solicitudes de nulidades pueden ser presentadas en todo el curso del proceso, pero de acuerdo a su naturaleza o aspecto que se discuta, su decisión puede ser diferida al momento de proferirse sentencia; sin embargo, la nueva esquemática procesal diseñó unas etapas procesales en las que de manera concreta hay oportunidad para alegar los vicios que pueden invalidar la actuación y su momento para decidir aquellos cuestionamientos, ya sea en el proceso ordinario o en el proceso de terminación anticipada.

En la estructura del proceso, la formulación de imputación es la apertura del mismo, donde se le da a conocer al procesado la situación fáctica y jurídica por la cual se le va a adelantar el proceso, anunciándole los cargos de los cuales debe defenderse, y la sentencia es el último de los pasos, donde se pone fin a la actuación con la condena o la absolución, existiendo un acto intermedio que es la formulación de acusación que surge cuando de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida, se puede afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. Por tanto, debe existir la congruencia entre la imputación, acusación y sentencia.

En consecuencia, la oportunidad para solicitar nulidades, específicamente la ha previsto el legislador en la audiencia de formulación de acusación, esto en el proceso ordinario, y desde luego, en el proceso de terminación anticipada, lo será en la audiencia de individualización de pena y sentencia por el esquema previsto para dicho proceso. Veamos las razones:

La formulación de la imputación cuyo concepto está previsto en el artículo 286 de la ley 906 de 2004, es el acto procesal que se adelanta ante el juez con funciones de control de garantías, en el cual la Fiscalía General de la Nación a través de su delegada, comunica a una persona considerada autor o partícipe en la comisión de una conducta punible, la calidad de imputada y la iniciación de una investigación penal en su contra, por lo que dicho acto comporta -entre otros efectos- el servir de medio de vinculación de la persona a la actuación, adquiriendo la calidad de imputado (artículo 282, 286), y a partir de ella la defensa puede preparar de modo eficaz su actividad procesal con las limitaciones previstas en el mismo código.

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

De conformidad a lo normado en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004 la Fiscalía General de la Nación, tiene la obligación de expresar oralmente la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, la individualización, identificación y ubicación del imputado y la calificación jurídica de la conducta típica desplegada.

Durante el desarrollo de esa actuación no es necesario realizar descubrimiento probatorio, sin embargo, si es menester brindar al juez de control de garantías un mínimo de elementos de juicio que le permitan inferir razonablemente la autoría o participación del imputado en la comisión de la conducta punible.

Comunicados los cargos por los cuales se adelanta la investigación penal, al procesado le asiste la posibilidad de allanarse a fin de acceder a los beneficios punitivos que ofreció el legislador en este tipo de eventos.

Acontecido lo antes ilustrado *–aceptación de los cargos–*, ha dispuesto la normatividad procesal que lo actuado se tendrá como acusación y que a partir de la verificación del allanamiento, el procesado no podrá retractarse de lo ya aceptado – *artículo 293 del código de procedimiento penal modificado por el artículo 69 de la ley 1453 de 2011-* a menos que se demuestre que se vició su consentimiento o se violaron sus garantías fundamentales.

Tal como se desprende de la norma procedimental, cuando se presenta aceptación de los cargos, lo procedente es, realizar la verificación de legalidad del allanamiento ante el juez con funciones de control de garantías, y dar continuidad a la actuación ante el juez de conocimiento mediante el trámite establecido en el artículo 447 adjetivo, esto es para la individualización de pena y sentencia.

En esta audiencia, las partes tienen la oportunidad de referirse a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideran conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

De la misma manera y en concordancia con lo normado en el artículo 293 procedimental, en los eventos de allanamiento, cuando medien situaciones que

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

conlleven a predicar vicios en el consentimiento o vulneraciones a derechos o garantías fundamentales, podrán proponerse las nulidades a que haya lugar.

De la lectura de estos dos artículos, fácilmente puede extraerse que, en el evento de allanamientos y hasta antes de la sentencia, la intervención de las partes se limita al traslado ofrecido por el juez de conocimiento por aplicación del articulado antes indicado, de lo que se deduce que sólo es ésta la oportunidad para referirse frente a los aspectos propios de la dosificación punitiva, subrogados y nulidades, y sobre todo lo allí discutido, el Juez de conocimiento se debe pronunciar al momento de proferir sentencia, desde luego, si es procedente la nulidad, no se proferirá la sentencia sino que se declarará la invalidación de la actuación y se ordenará rehacer el trámite o continuar con el procedimiento ordinario, según sea el caso, pero si se niega la declaración de nulidad, tal pronunciamiento se realizará en la misma sentencia.

De lo visto en las diligencias, la Defensa solicitó la declaratoria de nulidad en audiencia de individualización de pena y sentencia que trata el artículo 447 del C. de P.P., al considerar que existía vulneración al derecho de defensa, por tanto, esta Colegiatura en concordancia a lo antes dicho debe dar aval al trámite dado por la juez de primera instancia respecto a aquella petición de declaratoria de nulidad y posterior resolución, no existiendo un trámite inadecuado como se ha querido alegar por los Defensores del procesado; solo que como negó la nulidad, la misma fue resuelta en la sentencia.

2.1.2.- De la incompatibilidad de la defensa como irregularidad sustancial alegada en el caso concreto.

Se discutió por la Defensa del procesado en primera instancia y en el recurso de apelación la nulidad de la actuación por incompatibilidad de la Defensa, al afirmar que la Defensora que asesoró al procesado ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO para que se allanara, fue la misma que asesoró a ORLANDO CUTIVA SCARPETA quien lo delató, por lo que existía conflicto de intereses; cuestionando la decisión que negó la nulidad por tal motivo, al considerarla contradictoria por señalar que no se acreditó el hecho pero que al mismo tiempo tuvo en cuenta la prueba aportada donde se indicaba que la misma defensora del aquí procesado fue la defensora de quien lo delató.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

Para resolver la pretensión del recurrente, sobre la declaratoria de nulidad, debemos señalar lo siguiente:

De conformidad al artículo 118 del C. de P.P., ley 906 de 2004, la defensa técnica del procesado está a cargo del abogado que libremente designe el imputado, o en su defecto, el que le sea asignado por el sistema nacional de defensoría pública.

Y el artículo 122 del mismo estatuto, ha previsto la incompatibilidad de la defensa, en los siguientes términos:

“Art. 122. Incompatibilidad de la defensa. La defensa de varios imputados podrá adelantarla un defensor común, siempre y cuando no medie conflicto de interés ni las defensas resulten incompatibles entre sí.

Si se advirtiera la presencia del conflicto y la defensa no lo resuelve mediante la renuncia del encargo correspondiente, el imputado o el Ministerio Público podrá solicitar al juez el relevo del defensor discernido. En este evento el imputado podrá designar un nuevo defensor. Si no hubiere otro y de encontrarse en imposibilidad para ello, el Sistema Nacional de Defensoría Pública le proveerá uno, de conformidad con las reglas generales.”

Como se reseñó en precedencia, el derecho a la asistencia técnica por un abogado es fundamental, derecho de defensa que es parte del debido proceso y que puede verse conculcado con la incompatibilidad de la defensa cuando un abogado representa o defiende varios procesados y existen o sobrevienen intereses contrarios e incompatibles; pero la norma no se refiere a la simple representación por un Abogado para varios procesados, o a las simples inconsistencias, ni a las propuestas defensivas diferentes para cada uno, sino a posturas irreconciliables, encontradas, en conflicto, como cuando se traslada la responsabilidad al otro pero excluyendo la propia, que precisamente por el conflicto de intereses muy seguramente conducen a soluciones judiciales contrarias o antagónicas. A manera de ejemplo, la jurisprudencia señala que surgen intereses contrapuestos, y por tanto, la imposibilidad de que un abogado defienda a dos procesados, *“cuando a las narraciones enfrentadas de aquellos se*

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

agrega que el abogado toma partido con actos de postulación o controversia dirigidos a favorecer a uno de ellos, comprometiendo la situación del otro”¹⁹

Sobre la incompatibilidad de la defensa, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“Pero el censor apenas menciona que el cargo debe prosperar, sin adentrarse en el suficiente, claro y preciso ejercicio demostrativo, pues “para que pueda hablarse de incompatibilidad en la defensa es necesario que entre los procesados existan imputaciones recíprocas, o posturas irreconciliables, o que la verdad revelada por uno interfiera en los intereses defensivos del otro, aspectos estos que de ninguna manera destaca el recurrente, motivo por la cual el cargo carece de razón suficiente²⁰”, a lo que se debe aunar que es necesaria la demostración de cómo se produjo la irregularidad al interior de la actuación, cómo ese estado de cosas redundó en recorte de posibilidades defensivas o favorables al procesado y la forma como la postura antagónica de los implicados hacía imperioso el relevo del defensor.”²¹

Como bien lo expuso la primera instancia en la sentencia, no se desconoce que la Abogada JAIDY ESPERANZA TORRES RODRÍGUEZ asistió al procesado ORLANDO CUTIVA SCARPETA en las audiencias preliminares del 26 de febrero de 2013, pero igualmente se sabe de lo relatado por la Fiscalía y de lo que obra en los elementos materiales de prueba aportados, que dicho procesado en esa diligencia no aceptó los cargos que se le formularon en la imputación, y que solo con posterioridad, cuando ya tenía una nueva defensora, la Abogada ROSA MARCELA MENDIVELSO VALERO quien le recibió poder el 16 de mayo de 2013²², fue que decidió aceptar la responsabilidad y delatar al señor ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO como coautor del ilícito, esto, en los interrogatorios del 7 de junio y 5 de julio de 2013²³, diligencias practicadas a solicitud de la Abogada MENDIVELSO VALERO²⁴ y para las cuales ya la Abogada TORRES RODRÍGUEZ había sido relevada por aquella del cargo de defensora, incluso en

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de marzo de 2002, rad. 17634, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, auto de casación del 11 de marzo de 2003, radicación 19.952.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 4 de mayo de 2006, rad. 25109, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez y Alfredo Gómez Quintero.

²² Fl. 128 c. de elementos materiales de prueba.

²³ Fls. 183-185, 198-200 c. de elementos materiales de prueba

²⁴ Fls. 176-178 c. de elementos materiales de prueba.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

el primero de los interrogatorios CUTIVA SCARPATA dijo haber actuado solo y fue en el segundo cuando relató la actuación de BAEZ CABALLERO.

Del oficio fechado 9 de abril de 2014 de la Defensoría del Pueblo y dirigida al señor Defensor DANIEL PEÑARREDONDA y aportado por éste en la audiencia de individualización de pena y sentencia²⁵, se demuestra claramente que la Abogada JAIDY ESPERANZA TORRES RODRÍGUEZ no fungía como defensora del procesado ORLANDO CUTIVA SCARPETA para cuando delató a ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, porque allí se señala expresamente lo siguiente:

“La defensora pública JAIDY ESPERANZA TORRES RODRÍGUEZ asumió la defensa pública, no de oficio, del entonces indiciado ORLANDO CUTIVA ESCARPETA dentro del CUI N° 157596000722201200010 el día 26 de febrero de 2013.

En su condición de defensora pública, adscrita al Circuito Judicial de Sogamoso, asistió al acriminado en audiencias concentradas celebradas el 27 de febrero de 2013 en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sogamoso con Función de Control de Garantías y, por haber sido remitido el proceso al Circuito Judicial de Moniquira para surtir la etapa de Conocimiento, el 11 de marzo de 2013 la profesional en comento sustituyó poder que fue asignado al defensor público YOVANNY SUAREZ ESPITIA, profesional adscrito al Circuito Judicial de Monquirá.”

Por su parte, la Abogada JAIDY ESPERANZA TORRES RODRÍGUEZ asumió la defensa de confianza del señor ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO y solo lo representó en las audiencias preliminares del 5 de febrero de 2014²⁶ ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sogamoso con funciones de conocimiento, en las que el imputado se allanó a los cargos formulados en su contra.

En consecuencia, en primer lugar la Abogada JAIDY ESPERANZA TORRES RODRÍGUEZ en ningún momento ejerció la defensa de los dos procesados ORLANDO CUTIVA SCARPETA y ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, al mismo tiempo, y en segundo lugar, cuando representó a CUTIVA

²⁵ Fl. 70 c. conocimiento.

²⁶ Audiencias preliminares del 5 de febrero de 2014, CD a folio 5 A, registro de audio pista dos a minuto 2':45”.

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

SCARPETA, éste a más de no haber aceptado responsabilidad alguna por los cargos imputados, tampoco se la había endilgado a otra persona, y cuando la profesional representó a BAEZ CABALLERO, la Fiscalía le formuló la imputación no solo con fundamento en la delación que hiciera CUTIVA SCARPETA con la asesoría de una Abogada diferente, sino con fundamento en otros elementos materiales de prueba que igualmente fueron enunciados en la diligencia del 5 de febrero de 2014, sin que BAEZ CABALLERO se opusiera a la incriminación que le hiciera CUTIVA SCARPETA, ni mucho exponer reservar o algún tipo de suspicacia frente a la designación de la Abogada JAIDY ESPERANZA TORRES RODRÍGUEZ quien asumió la defensa como apoderada de confianza del procesado.

De igual modo, se advierte que BAEZ CABALLERO manifestó a comprender a cabalidad los cargos imputados y las consecuencias de aceptarlos, sin que se opusiera a la sindicación que como coautor hiciera el procesado CUTIVA SCARPETA en su contra, lo cual resta fundamento a las aseveraciones del recurrente.

Así entonces, el señor Defensor no acreditó de qué manera pudo tener ocurrencia la irregularidad por incompatibilidad de la defensa, se reitera, que para que pueda hablarse de incompatibilidad en la defensa, es necesario que entre los procesados existan imputaciones recíprocas, o posturas irreconciliables, en tales eventos, habrá lugar a la incompatibilidad cuando el defensor toma partido con actos de postulación o controversia dirigidos a favorecer a uno de ellos, comprometiendo la situación del otro; pero en este caso la Abogada TORRES RODRÍGUEZ no asesoró a CUTIVA SCARPETA para aceptar la responsabilidad y delatar a BAEZ CABALLERO, mucho menos su asesoría para con éste estuvo dirigida a favorecer a aquél quien ya se había allanado a cargos y en su contra se había proferido sentencia condenatoria.

En conclusión, la asistencia de CUTIVA SCARPETA en la audiencia del 27 de febrero de 2013 por la Abogada JAIDY ESPERANZA TORRES RODRÍGUEZ, donde ninguna responsabilidad aceptó el imputado ni hizo incriminación alguna, para nada interfirió, objetivamente, en la estrategia defensiva o asesoramiento adoptado por la misma defensora respecto al procesado BAEZ CABALLERO en la audiencia del 5 de febrero de 2014, cuando CUTIVA SCARPETA ya había sido

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

condenado; razones por las cuales ningún sustento tiene el cuestionamiento del Defensor recurrente a la negativa de nulidad por la presunta incompatibilidad de la defensa, la cual quedó desvirtuada.

2.1.3.- De la ausencia de defensa técnica como causal de invalidación del allanamiento en el caso particular.

En segundo término, cuestiona el recurrente que la Defensora TORRES RODRÍGUEZ ejecutó una serie de acciones con las que se intimidó al procesado BAEZ CABALLERO para que aceptara los cargos, asegurándole que no sería privado de la libertad contrario a lo que sucedería si no los aceptaba, actuación de la Defensora que no era acorde a derecho, que por el contrario, su función según el criterio del nuevo defensor, debía haber sido asesorar a su cliente para que no se allanara por existir tan solo un interrogatorio donde lo incriminaba pero otros tres donde se aseguraba que no había participado en los hechos ilícitos.

Las alegaciones sobre la indebida actividad defensiva en pro de los intereses de ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, o la crítica a la actuación de la Defensora de confianza por su asesoría en el allanamiento a cargos, no son demostrativas de la violación del derecho de defensa, pues como ya se advirtió, el quebranto del derecho a la defensa técnica no se puede poner de manifiesto a partir de los simples desacuerdos que se tengan con la forma como ejercieron la gestión los profesionales que en determinada etapa asistieron al procesado.

Para responder el punto, reiteramos, en primer lugar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal tiene decantado que el defensor, en el ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de completa iniciativa, y si con posterioridad el nuevo defensor no comparte la estrategia defensiva asumida por su antecesor, no puede sostenerse, en ese solo hecho, que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, ya que la ley no le impone al Abogado derroteros en torno al estilo, contenido, o alcance de sus propuestas, ni la aptitud se establece por los resultados del debate.

Por lo tanto, no resulta afortunado edificar una supuesta ausencia de defensa técnica, *"...a partir de una visión a posteriori elaborada por un nuevo*

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

defensor con fundamento en su orientación particular sobre aquello que habría podido ser la estrategia defensiva plausible, pues son múltiples y variadas las posturas defensivas que en un momento determinado puede asumir el letrado, razón por la cual la simple diversidad de criterios del último defensor no logra constituir fuerza suficiente para censurar un proceso... "27.

En este asunto, el Defensor recurrente como se ha dicho, cuestiona la ausencia de defensa técnica por haberse errado en la estrategia empleada por quien representó los intereses del procesado antes de su intervención y en particular por cuanto según su criterio, su antecesora no debió haber permitido que el procesado se allanara a los cargos, habiéndolo coaccionado para que lo hiciera; sin embargo, tales alegaciones sin una adecuada fundamentación de su trascendencia, y lo relatado por el procesado, su esposa y su hermana ante Notario Público, distan enormemente de lo que se evidencia ocurrió en la audiencia del 5 de febrero de 2014 ante el juez con funciones de control de garantías, donde el procesado con una preparación académica que le permitía comprender lo que estaba ocurriendo, ante el interrogatorio del Juez manifestó entender la imputación que se le hacía y aceptó su responsabilidad sin condicionamiento alguno a pesar de conocer sus consecuencias sin que se pueda vislumbrar la intimidación alegada, y donde la dinámica de defensa corresponde a la del rol que desempeñaba, atendiendo la situación fáctica y calificación jurídica dada a conocer en la imputación y a los elementos materiales de prueba que se enunciaron y que no fueron solo los interrogatorios del procesado que delató a BAEZ CABALLERO.

Por lo tanto, la Sala tampoco invalidará la actuación por falta o deficiente defensa técnica en la representación que tuvo el procesado en la audiencia de formulación de imputación y allanamiento a cargos.

2.1.4.- De la retractación del acusado ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO como motivo de invalidación del allanamiento a cargos.

Como ya se dijo, comunicados los cargos por los cuales se adelanta la investigación penal, es decir, formulada la imputación, al procesado le asiste la posibilidad de allanarse y aceptados los cargos, ha dispuesto la normatividad

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de abril de 2007, rad. 25889, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

procesal que lo actuado se tendrá como acusación y que a partir de la verificación del allanamiento, ninguno de los intervinientes podrá retractarse, a excepción del imputado en cualquier momento, pero siempre y cuando demuestre que se vició su consentimiento en la aceptación de los cargos o que se le violaron garantías fundamentales – *artículo 293 del código de procedimiento penal modificado por el artículo 69 de la ley 1453 de 2011-*.

La facultad del procesado a través del allanamiento, de renunciar a la garantía de no autoincriminarse, así como de contar con un juicio oral, público, contradictorio con inmediación de la prueba, está sujeta a la aprobación del juez con funciones de control de garantías, quien debe verificar conforme a los artículos 131 y 293 de la ley 906 de 2004 si fue una decisión libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio del procesado; situación que debe ser verificada por el juez de conocimiento de que se haya realizado en la audiencia preliminar, para proceder a desarrollar la audiencia de individualización de pena y sentencia; como también el juez, tanto de control de garantías como el de conocimiento, debe ser garante que los derechos fundamentales se hayan preservado, entre otros, la legalidad, la estricta tipicidad y el debido proceso, debiendo tener un grado racional de verosimilitud la admisión de responsabilidad que se debe deducir del elemento material puesto en conocimiento por la Fiscalía.

Desde antaño se ha señalado, incluso por la Corte Constitucional, que el juez, ya sea de garantías o de conocimiento, no puede ser un simple espectador dentro del actuar procesal penal, sino que debe velar por el respeto de las garantías tanto del procesado como de las víctimas, así como por la búsqueda de la verdad material, garantizar la reparación y el acceso a la justicia.

“(...) la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, [pues tiene que] buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, (...) ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

*Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad*²⁸.

Por tanto, a partir de la aprobación del allanamiento, superada la inexistencia de irregularidades limitativas de las garantías del imputado, no es posible la retractación de los intervinientes, prohibición que cobija tanto al procesado como a la Fiscalía, como lo señala el artículo 293 del C. de P.P., ley 906 de 2004, debiéndose proceder a la audiencia de individualización de pena y sentencia, quedando obligado también el Juez al allanamiento aprobado para emitir la sentencia condenatoria; a menos que se discuta y se demuestre por el procesado que aceptó los cargos, que se vició su consentimiento o se violaron sus garantías fundamentales.

Así entonces, se ha reiterado en la jurisprudencia que el interés jurídico para recurrir, tratándose de una sentencia emitida en virtud del allanamiento a cargos, se encuentra restringido por el principio de irrevocabilidad, pues aquella participa de la naturaleza de la justicia consensuada y forma parte del derecho premial, porque el implicado manifiesta consciente, espontánea y libremente su voluntad de aceptar los cargos imputados por la Fiscalía a cambio de una rebaja de pena, y que una de las consecuencias de ese sometimiento premiado es la irrevocabilidad, en virtud de la cual, una vez se aprueba el allanamiento no hay lugar al arrepentimiento, renunciando la defensa al derecho de controvertir la imputación, al juicio oral y al debate probatorio, por lo que dicha parte carece de interés jurídico para interponer los recursos de ley contra la sentencia, cuando se pretende cuestionar los extremos de la adecuación típica imputada y la culpabilidad aceptada en el marco del allanamiento.

Sobre el particular, en los últimos pronunciamientos, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

“1.2.- En aplicación de estas directrices, la doctrina y la jurisprudencia penal han entendido que el sujeto procesal carece de interés para recurrir en casación cuando la sentencia impugnada satisface integralmente sus pretensiones, bien porque acoge sus posturas defensivas, o porque se dicta en total correspondencia con los acuerdos que ha realizado dentro de los marcos de la justicia

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

consensuada, y que tampoco tiene interés para hacerlo cuando siendo la decisión desfavorable es consentida por el afectado CSJ AP, 16 Jul 2001, Rad. 15488 y CSJ AP, 20 Oct. 2005, Rad. 24026.

Por esto tiene establecido que la limitación al derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía, se erige en garantía de seriedad del acto consensual y expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, única manera de que el sistema pueda ser operable, pues de permitirse que el implicado continúe discutiendo ad infinitum su responsabilidad penal, no obstante haber aceptado libre y voluntariamente los cargos válidamente imputados, el propósito político criminal que justifica el sistema de lograr una rápida y eficaz administración de justicia a través de los allanamientos, acuerdos y negociaciones con la Fiscalía, y de obtener ahorros en las funciones de investigación y juzgamiento, se tornaría irrealizable.

La Corte ha indicado que la limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado principio de irrevocabilidad²⁹, que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que <<una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la

²⁹ Artículo 37 B numeral 4° del Decreto 2700 de 1991, artículo 40 de la Ley 600 de 2000 y 293 de la ley 906 de 2004. Esta última disposición, modificada por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, según la cual:

“Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo **sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes**, y convocará a audiencia para individualización de la pena y sentencia.

Parágrafo. La retractación por parte de los imputados que acepten los cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de éstos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales” (negrillas no originales).

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia>> CC SC C-1195-05.

Cabe advertir que la aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

Y si bien es cierto que por estos mismos motivos, es decir, cuando el fallo anticipado se produce con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para pretender su invalidación en las instancias o en casación, también resulta claro que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, como se ha dejado visto, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada.

1.3.- Sobre este particular, cabe reseñar, conforme ha sido precisado por la Corte (Cfr. CSJ A P, 26 feb. 2014, rad. 38806), que esta situación no cambia con lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, por medio de la cual se modificó el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, pues si bien su tenor literal indica que la retractación será válida en cualquier momento, un correcto entendimiento da lugar a sostener que después de la aprobación del allanamiento a cargos o del acuerdo por parte del Juez de Garantías o del de Conocimiento, según sea el caso, no resulta posible la retractación pura y simple en orden a retrotraer el trámite, sino la solicitud de declaratoria de ineficacia de lo aceptado o convenido, previa invocación y demostración -en el incidente que al efecto ha de disponer el funcionario-, que la aceptación de cargos o el acuerdo con la Fiscalía no se llevó a cabo de manera libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con la asistencia de un defensor, sino que, por el contrario, se presentaron vicios en el consentimiento o hubo violación de garantías fundamentales.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

En tal orden de ideas, ha de entenderse que el párrafo a que se alude en el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, lo único que hace es precisar que por excepción, una vez aprobado por el juez de garantías o el de conocimiento, el allanamiento a cargos o el acuerdo celebrado entre Fiscalía e imputado, no procede la retractación sino la solicitud de nulidad de lo aceptado o acordado con la Fiscalía, y que su prosperidad sería viable, sólo en la medida que el interesado acredite en las instancias ordinarias del trámite procesal, o en sede del recurso extraordinario de casación, que la determinación del imputado o acusado, estuvo viciada o que hubo transgresión de sus derechos fundamentales."³⁰ (Se resalta fuera de texto).

En conclusión, el allanamiento previamente aprobado es vinculante para las partes y el juez, a menos que de demuestre que el consentimiento del procesado estuvo viciado al momento de la aceptación de responsabilidad o que se violaron garantías fundamentales porque no se puede desconocer la presunción de inocencia, ni el debido proceso, ni los principios rectores del derecho penal que buscan la efectividad del derecho material y sustancial; por lo que dentro del control judicial, para proferirse la sentencia condenatoria anticipada, entre otros aspectos, es necesario verificar que exista un grado racional de verosimilitud en la admisión de responsabilidad, con los elementos materiales de prueba y evidencia física dada a conocer por la Fiscalía como fundamento de la imputación, y ésta debe tener una correspondencia entre la situación fáctica y la calificación jurídica; por tanto, se ha admitido que aun existiendo aceptación de responsabilidad por parte del imputado, excepcionalmente, es posible que se emita una sentencia absolutoria cuando se advierta que el procesado no es responsable de los cargos formulados en su contra y que fueron aceptados, o que la conducta es inexistente, o cuando no existe un mínimo de prueba sobre la conducta punible o su responsabilidad³¹.

Y en cuanto a la acreditación de que el consentimiento del imputado estuvo viciado o se le conculcaron sus derechos fundamentales, como excepción a la regla general, que permite al imputado retractarse en cualquier momento, como

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de septiembre de 2014, rad. 33409, M.P. José Leonidas Bustos Martínez; en el mismo sentido se pronunció en auto del 26 de febrero de 2014 en el radicado 34699; Auto del 28 de mayo de 2014, rad. 43680, M.P. Eugenio Fernández Carlier; reiterado en sentencia del 11 de junio de 2014, rad. 41180.

³¹ Sobre el particular se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 8 de julio de 2009, en el radicado 31531, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; con reiteración en la sentencia del 17 de junio de 2010, en el radicado 33836, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

bien lo señalara la primera instancia en la sentencia impugnada, debe evidenciarse de lo ocurrido en la audiencia donde se manifestó la aceptación de responsabilidad, no de simples manifestaciones posteriores del mismo procesado o de terceras personas que se elaboran y se presentan como prueba, no existiendo una fase para el debate probatorio en esta forma de terminación anticipada del proceso, contrariando el principio de igualdad de armas y lealtad procesal al presentarse pruebas que no pueden ser controvertidas por las demás partes e intervinientes.

En el presente caso, el procesado ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, quien se trata de una persona profesional, suficientemente letrado y con plena capacidad de comprensión y entendimiento, en la audiencia preliminar del 5 de febrero de 2014 aceptó libre, voluntariamente, y debidamente asesorado por su defensora, los cargos que le formuló la Fiscalía como cautor de la conducta punible de extorsión en grado de tentativa previsto en el artículo 244 del C.P. en concordancia con el artículo 27 del mismo estatuto.

El procesado reconoció la realización de la conducta típicamente antijurídica que le fue imputada, admitió su responsabilidad, aceptó que se le condenara por la misma, y sabía que renunciaba al derecho de tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial; también, a la garantía de no autoincriminarse, a la facultad de presentar pruebas en su favor y a controvertir los elementos de prueba recaudados; así como a discutir el fallo en relación con los aspectos unilateral y voluntariamente admitidos, es decir, su responsabilidad penal por los cargos que le fueron imputados; careciendo, por tanto, de interés jurídico para impugnar la sentencia por estos motivos, aunque con la posibilidad de controvertir la pena, la forma de su ejecución, y eventualmente, la indemnización de perjuicios.

Lo anterior se demuestra con lo ocurrido en la audiencia del 5 de febrero de 2014; allí después de que la Fiscalía le formulara la imputación, se dijo tanto por la misma Fiscalía como por el Juez con funciones de control de garantías, la Defensa y el procesado, lo siguiente:

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

“Su señoría³², la Fiscalía hace un llamado especial al ingeniero ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, para que a esta audiencia se le ponga la mayor atención posible, vamos a desarrollarla, si es necesario, creo la más importante de todas las concentradas, de una manera amplia, clara, en todo lo que pueda ser necesario, a fin de que pueda usted sopesar, tanto los elementos materiales probatorios como la situación fáctica que va a permanecer invariable, y la calificación jurídica, para que tome las decisiones una vez se le explique todos los contenidos materiales y formales para la procedencia de esta imputación, de la misma manera la Fiscalía va a aprovechar los presupuestos normativos que trae el artículo 286 para explicarle más y facilitarle todos los medios defensivos, si bien la Fiscalía no tiene la obligación del descubrimiento probatorio, si puede hacerlo a título de enunciación y vamos compaginando esos elementos materiales probatorios con la situación fáctica que se plantea, (...). Por esa razón, en primer lugar, sin que implique un descubrimiento probatorio, voy a hacer un enunciado de los elementos materiales probatorios que tiene la Fiscalía, inclusive los que se utilizaron en un proceso anterior, (...) en el que se procesó al señor ORLANDO CUTIVA SCARPETA, ya fue condenado en sentencia del jueves 24 de octubre del 2013 (...). La narrativa fáctica debidamente detallada (...). Sobre esa situación fáctica concreta que se ha especificado ampliamente respaldada todas y cada una de las afirmaciones que se han hecho con los elementos materiales probatorios de diferente naturaleza, la Fiscalía para efectos de esta imputación y para dar cumplimiento al numeral 2 determina que la calificación jurídica provisional y los cargos que se le van a imputar al ingeniero ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO son los siguientes: estar incurso en el delito previsto en el artículo 244 del C.P., que señala que “ el que constriña (...)”, este delito de extorsión es un delito de naturaleza (...), por esta razón tampoco se consumó la extorsión, por esta razón se le aplica el artículo 27 del C.P., otorgándole dentro de la calificación provisional del delito que se le imputa, el grado de tentativa, dice la norma: “(...)”, se le aplica igualmente el artículo 58 numeral 10 del C.P., como circunstancia de mayor punibilidad, haber obrado en coparticipación criminal, (...), además en esta clase de delitos existe la ley 1121 de 2006 que en su artículo 26 trae una serie de prohibiciones de exclusiones de derechos, rebajas y beneficios, señala el artículo 26: “exclusión de beneficios. (...)”, no obstante lo anterior, si es procedente la lo

³² Audiencia del cinco (05) de febrero de dos mil catorce (2014), celebrada ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sogamoso con funciones de control de garantías, registro de audio segunda pista minuto 59'57" y s.s. CD a folio 5 A del cuaderno de audiencias preliminares control de garantías.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia 33254 del 27 de febrero del año 2013, en el que el Honorable Magistrado Bustos Martínez hace un análisis pormenorizado del ordenamiento penal en materia de extorsión y secuestro y señala que (...) que lo procedente es que a los que se les prohíbe la rebaja, no se les aplique el incremento, debiendo retrotraerse el ordenamiento a la vigencia de la ley 733 de 2002, antes del incremento punitivo de la ley 890 de 2004, (...), quedando en consecuencia la pena entre 12 a 16 años de prisión y multa de 600 a 1200 salarios (...), por esa razón, la Fiscalía entonces concreta la imputación, se imputa al señor ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO (...) estar incurso en el delito en grado de tentativa de extorsión según los artículos 244 y 27 del C.P. con la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 10 del artículo 58 del C.P., con la advertencia favorable al procesado que en proceso anterior el procesado ORLANDO CUTIVA SCARPETA reparó integralmente los perjuicios a la víctima, y que por esta razón, favorablemente al ingeniero ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, le es aplicable la disminución de la pena que trae el artículo 269 del C.P., (...), en esos términos su Señoría, la Fiscalía deja formulada la imputación, muchas gracias.”

“De la imputación que acaba de hacer el señor Fiscal³³, se le corre traslado al señor Agente del Ministerio Público, si tiene alguna observación que hacer (...). Se le corre traslado a la Defensa si quiere hacer alguna observación, objeción o aclaración a la imputación (...). Tiene algo que decir la Defensa a la aclaración que hizo el Fiscal. Su señoría, pues frente a la aclaración y que ya es inmodificable esta imputación, solo me resta, pedirle su Señoría un receso para poder discutir con mi prohijado. Una vez escuchadas a las partes, procedo a interrogar a don ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO³⁴, usted está escuchando bien el día de hoy?. Si señor. Usted escuchó y entendió que la Fiscalía le está imputando, señalando, a título de autor, en conducta subsumible en coparticipación criminal, tentativa, artículo 27 del C.P., del delito de extorsión, artículo 244, en la modalidad simple, artículo 58 numeral décimo?. Sí señor. Usted entiende de que se trata el delito que se le está imputando?. Sí señor. Entiende y le queda claro que por este delito tiene una pena privativa de la libertad que oscila entre los 192 a los 288 meses y una multa?. Sí señor. Igualmente le queda claro

³³ Registro de audio segunda pista, hora 1:53'07” y s.s. CD, ibídem; traslados y explicaciones del juez con funciones de control de garantías, allí la Defensa pidió aclaración respecto a la participación del imputado sobre la autoría y coautoría, siendo aclarado por la Fiscalía que actuó como autor por haber realizado la conducta al haber sido el que ideado y planeado el hecho, pero en acuerdo con el otro procesado, es decir, en coautoría.

³⁴ Registro de audio segunda pista, hora 2:06'38” y s.s. CD, ibídem

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

que en caso de que hoy se allane, de acuerdo al artículo 269, por reparación integral y moral, tendría también una rebaja?. Sí señor. Antes de que nos manifieste si acepta o se allana a los cargos formulados en la imputación por el señor Fiscal, procedemos a leerle el artículo 8 del C. de P.P., para garantizarle sus derechos constitucionales y legales en concordancia con el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, que dice: “ (...)”. Bajo estas premisas, el Despacho le concede cinco o diez minutos para que dialogue con su defensor para que así pueda mirar los pro y los contra para allanarse a cargos.”

“Se reanuda la audiencia luego del receso decretado por el Despacho y solicitado también por la Defensa, y se le pregunta al señor ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO³⁵, identificado con la cédula de ciudadanía 12.542.058 de Santa Marta, si usted acepta o se allana a los cargos formulados por el Fiscal. Sí acepto. Como quiera que acepta, el Despacho procede a hacerle el siguiente cuestionamiento. Qué edad tiene?. 59 años. Cuál es su grado de instrucción o estudio?. Soy ingeniero civil de la Universidad Nacional. Ha estado en algún tratamiento por trastornos mentales?. No señor. Desea aceptar los cargos que le ha imputado la Fiscalía en el día de hoy, aún a sabiendas que puede ser declarado culpable?. Sí señor. Comprende usted también que al aceptar los cargos que le formuló la Fiscalía usted está renunciando a ciertos derechos fundamentales, incluyendo el derecho a declararse no culpable, el derecho a un juicio justo, el derecho a no declarar o guardar silencio, el derecho a obligar la comparecencia de testigos a un juicio público y a interrogarlos?. Sí señor. **Alguien lo ha amenazado, presionado para que haga esta manifestación?. No señor.** En este momento se encuentra usted bajo las influencias de alcohol?. No señor. Alguna droga?. No señor. Sustancia alucinógena?. No señor. Se encuentra en uso de todos sus sentidos?. Sí señor. Ha hablado, discutido con su defensor sobre esta manifestación y a la renuncia de los derechos que se le nombraron?. Sí señor. Gracias. En este momento el Despacho considera que la manifestación y renuncia de los derechos que ha hecho el señor ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO ha sido voluntaria, consciente, y con conocimiento, debidamente ilustrado de la consecuencia que ello conlleva; el juzgado considera que hecha una revisión a la formulación de imputación realizada por la Fiscalía, se constata que se ha dado cumplimiento a los preceptos normativos de la ley procesal penal y revisadas las diligencias se encuentra que los elementos materiales probatorios,

³⁵ Registro de audio tercera pista, minuto 00'12" y s.s. CD, ibídem

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

evidencia física, e información legalmente obtenida, ya relacionada en esta diligencia concentrada, el Despacho infiere razonablemente que usted es el posible autor en conducta subsumible en coparticipación criminal en grado de tentativa, artículo 27 del C.P., del delito de extorsión, artículo 244, en la modalidad simple, artículo 58 numeral décimo, igualmente (...) Se encuentra legalmente formulada la imputación y que el imputado aceptó los cargos (...)."

La última audiencia concentrada solicitada por la Fiscalía (...) se solicita al Señor Juez se sirva imponerle la medida de aseguramiento no privativa de la libertad prevista en el artículo 107 numeral b, bajo una diligencia compromisoria en el sentido que el ingeniero ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO se comprometa a cumplir las obligaciones de presentarse periódicamente cuando sea requerido, de manera especial por el juzgado de conocimiento, (...) igualmente por los fines de la medida de aseguramiento resulta necesaria, a fin de que los resultados del proceso no queden en el aire, no sean simples banalidades, toda vez que se ve abocado por el procedimiento de sentencia anticipada a una sentencia inexorablemente de carácter condenatorio, (...)."

En consecuencia, el cuestionamiento del recurrente no está llamado a prosperar, al pretender que se anule el allanamiento a los cargos formulados en la imputación por haberse viciado el consentimiento del procesado, según el criterio del Defensor recurrente, al haber aceptado los cargos bajo intimidación, coacción y engaño, de no ser privado de la libertad en caso de aceptación de la responsabilidad.

Según lo demostrado con la actuación en el curso de la audiencia de formulación de imputación y allanamiento realizada el 5 de febrero de 2014, la Fiscalía formuló de manera clara y detallada la imputación con la descripción fáctica y calificación jurídica, con la indicación en detalle de los elementos materiales de prueba en que se fundamentaba la imputación, haciéndole todas las advertencias legales sobre las consecuencias en caso de aceptación de responsabilidad, específicamente de las prohibiciones y exclusiones de beneficios y subrogados conforme al artículo 26 de la ley 1121 de 2006, por tratarse del delito de extorsión, habiéndosele leído la norma, donde específicamente se indica la prohibición de rebaja de pena por sentencia anticipada, y la exclusión de los subrogados; y el juez insistentemente interrogó al procesado no solamente si había entendido la imputación y sus consecuencias en caso de aceptación de

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

responsabilidad, sino que lo indagó si la decisión de aceptación de responsabilidad era libre, consciente, voluntaria, debidamente asesorada, respondiendo el señor BAEZ CABALLERO afirmativamente, y específicamente lo interrogó si había sido amenazado o presionado para que hiciera la manifestación de aceptación, respondiendo el imputado de manera negativa.

Por tanto, contrario a lo dicho por el mismo procesado ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, su esposa MARISOL VILLALOBOS HERNÁNDEZ, y su hermana MARIA ELENA BAEZ CABALLERO, en declaraciones extraproceso ante Notario Público del 10 y 13 de marzo de 2014, en las que manifestaron que el señor BAEZ CABALLERO a pesar de ser inocente aceptó los cargos intimidado por el Fiscal y la Defensora de confianza, quienes le aseguraron que si se allanaba no sería privado de la libertad en ningún momento, que la Fiscalía no pediría medida de aseguramiento; se ha demostrado que en la audiencia de formulación de imputación, se le puso en conocimiento al señor BAEZ CABALLERO todos los elementos materiales de prueba que hasta ese momento lo incriminaban y desvirtuaban la presunción de inocencia, de manera clara se le dio a conocer las consecuencias en caso de aceptación de responsabilidad, incluso se le leyó la norma sobre la exclusión de beneficios, específicamente de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, de la prisión domiciliaria, y de la libertad condicional; luego, no es cierto que se le haya engañado y coaccionado para aceptar la responsabilidad por los cargos imputados y que el consentimiento hubiese estado viciado, porque tanto antes del receso para que hablara con su Defensora, como después del mismo, el juez con funciones de control de garantías, indagó al procesado sobre su libertad de asentimiento, y éste siempre contestó de manera afirmativa sin dubitación alguna.

Así entonces, el procesado ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO aceptó sin condicionamientos la imputación, luego de haber recibido la correspondiente asesoría por parte de su defensora y explicársele los alcances de su decisión tanto por la Fiscalía como por el juez con funciones de control de garantías ante el cual se efectuó el reconocimiento de responsabilidad; habiéndose verificado una aceptación pura y simple a cargos; de ahí, la imposibilidad de pretender la pérdida de fuerza vinculante del allanamiento en una retractación de lo aceptado presentando pruebas pre constituidas por el mismo procesado y con la argumentación del

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

recurso, actitud que está proscrita tratándose de esta modalidad de terminación anticipada de la actuación.

De otra parte, contrario a lo dicho, la Fiscalía si solicitó la medida de aseguramiento y el Juez la impuso, solo que la misma no fue privativa de la libertad en atención a las actividades que en ese momento desarrollaba el procesado, pero se le impuso la obligación de presentarse periódicamente y cuando fuera requerido por el juez de conocimiento, medida de aseguramiento que no fue cumplida por el señor BAEZ CABALLERO, quien después del allanamiento a cargos no volvió a comparecer a las audiencias a las cuales fue citada, ni siquiera para que el Juez lo interrogara sobre la manifestación de retractación que hiciera por escrito remitido al juez de conocimiento, no presentándose al proceso de manera deliberada incumpliendo la obligación de manera voluntaria lo que impidió un nuevo interrogatorio sobre su retractación, deficiencia imputable al procesado, lo que igualmente hace inviable la solicitud de nulidad.

En conclusión, la declaración de nulidad no es procedente por ninguno de los tres motivos alegados por la Defensa en el recurso de apelación, debiendo ser confirmada la negación de dicha petición.

En consecuencia, se confirmará la sentencia condenatoria proferida contra ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO como coautor del delito de extorsión en grado de tentativa, conducta punible y responsabilidad del procesado, de la cual la Sala de Decisión ha verificado que existe el grado racional de verosimilitud en la admisión de responsabilidad con los elementos materiales de prueba y evidencia física dada a conocer por la Fiscalía como fundamento de la imputación, la cual tiene una debida correspondencia entre la situación fáctica y la calificación jurídica.

El Fiscal enunció en la formulación de imputación los elementos materiales de prueba, entre otros, la noticia criminal, los informes de los investigadores de campo sobre las actividades de investigación realizadas conforme al plan metodológico, entre estas, las entrevistas a la víctima ADRIANA ROCÍO BENITEZ CAMARGO, al procesado ORLANDO CUTIVA SCARPETA, al procesado ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, la indagación ante las empresas de telefonía

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*

celular sobre las llamadas extorsivas, obtención de los datos biográficos de los abonados utilizados en la comisión de la conducta punible, entre estos, el que figuraba a nombre de MARISOL VILLALOBOS HERNÁNDEZ, esposa del procesado BAEZ CABALLERO, y el que figuraba a nombre de ORLANDO CUTIVA el procesado que lo delató, el registro de llamadas de tales abonados celulares y del abonado celular de la víctima, los interrogatorios de indiciado del señor ORLANDO CUTIVA SCARPETA, y la indagación y datos obtenidos sobre la identificación e individualización de ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO; explicándole clara y detalladamente el Fiscal al procesado que todo lo anterior revelaba que su conducta se encuadraba en el tipo penal descrito en el artículo 244 del C.P. modificado por la ley 733 de 2002, en concordancia con el artículo 27 del mismo estatuto, y el procesado previa manifestación de haber entendido los cargos, los aceptó, sin cuestionamiento alguno a la imputación fáctica y su calificación jurídica, manifestando que estuvo debidamente asesorado por su defensora sobre las consecuencias por dicho allanamiento.

Los elementos materiales probatorios enunciados en la formulación de imputación, fueron descubiertos plenamente y allegados en la audiencia de individualización de pena y sentencia, con lo que se encuentra el mínimo probatorio que demuestra que la aceptación de responsabilidad es verosímil, que la conducta punible existió y que el acusado fue coautor de la misma, por tanto, se tiene el conocimiento para condenar a ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO como coautor del delito de extorsión en grado de tentativa de conformidad a lo previsto en los artículos 244 y 27 del C.P., debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia, por lo que se pasará a hacer el análisis de los motivos de impugnación de la Fiscalía, en lo que corresponde a la pena impuesta.

2.2.- De la dosificación de la pena.

De conformidad a los cuestionamientos de la Fiscalía sobre la pena impuesta en primera instancia al procesado BAEZ CABALLERO, la Sala se pronunciará sobre la individualización de la pena conforme a las reglas previstas por el legislador, para luego analizar la pena impuesta en el caso concreto.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

2.2.1.- De la individualización de la pena conforme a las reglas que ha previsto el legislador.

Los pasos a seguir en la individualización de la pena son:

1.- Conforme al artículo 60 del C.P., en primer término el sentenciador debe fijar los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, teniendo en cuenta la pena fijada para cada delito, con las circunstancias modificadoras, sean atenuantes o agravantes, concomitantes a la realización de la conducta punible.

2.- Determinados el mínimo y máximo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 61 del C.P., se divide el ámbito punitivo de movilidad en cuartos, uno mínimo, dos medios, y uno máximo, y se seleccionará uno en el que se señalará la pena. Para tal efecto, el cuarto mínimo se selecciona cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación; los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva, y el cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación. Dichas circunstancias son las genéricas de mayor o menor punibilidad previstas en los artículos 55 y 58 del C.P., que solo pueden ser imputadas si no se han previsto de otra manera, es decir, son diferentes a las modificadoras específicas que incidieron en la determinación de los extremos mínimos y máximos.

3.- Establecido el cuarto de movilidad, según lo establece el inciso tercero del artículo 61 del C.P., el sentenciador impone la pena ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto; en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

4.- Cuando se trata de concurso de conductas punibles, se debe dosificar la pena para cada delito, y luego se establece la pena más grave que será la base

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

para la dosificación de las conductas punibles en concurso, no pudiendo ser superior al doble de la más grave, ni la suma aritmética, según las reglas previstas en el artículo 31 del C.P.

5.- Una vez se individualice la pena en el proceso antes mencionado, se tienen en cuenta las circunstancias que la modifican pero que son posteriores a la comisión de la conducta punible, sean personales, fácticas, o procesales, entre las cuales están, entre otras, el allanamiento a cargos de que trata el artículo 288 numeral 3 del C. de P.P. y demás normas sobre rebajas de pena por aceptación de responsabilidad, siempre que no estén prohibidas.

2.2.2.- De la dosificación de la pena en el caso concreto.

La Fiscalía muestra su inconformidad con la pena impuesta al procesado ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO, por considerarla demasiado generosa y desproporcional a la que se le impusiera a ORLANDO CUTIVA SCARPETA quien fue el que lo delató como la persona que ideó y planeó la ejecución de la conducta, suministrando toda la información para poder hacer las llamadas con las que se extorsionó a la víctima, en concreto por dos razones específicas: i) porque al atribuirse circunstancias de mayor punibilidad debió dosificarse la pena en los cuartos medios, y por las condiciones del procesado y su conducta realizada, debía ser en el umbral mayor del segundo cuarto, pero que se hizo en el extremo máximo del cuarto mínimo, y ii) porque se le otorgó el máximo rebaja de pena por reparación integral prevista en el artículo 269 del C.P., a pesar que quien hizo la reparación fue el procesado CUTIVA SCARPETA, por lo que pide se haga la disminución en el mínimo permitido.

El delito de extorsión por el que se formularon los cargos y aceptó la responsabilidad el procesado, tiene prevista en el artículo 244 del C.P., modificado por el artículo 5 de la ley 733 de 2002, una pena de prisión de 12 a 16 años, y multa de 600 a 1200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, inaplicando el aumento señalado en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, atendiendo a lo mandado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia del 27 de febrero de 2013 en el radicado 33254, por principio de proporcionalidad y en consideración a la prohibición de la rebaja de pena de conformidad a lo señalado en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006, habiendo

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

existido allanamiento por parte del procesado.

Como la conducta punible se imputó y se aceptó la responsabilidad, en grado de tentativa, de conformidad al artículo 27 del C.P., la pena es no menor a la mitad del mínimo, ni mayor a las tres cuartas partes del máximo, por tanto, la pena para la extorsión en grado de tentativa es de 72 a 144 meses de prisión, y de 300 a 900 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En consecuencia, los cuartos de movilidad son: para la pena de prisión, un cuarto mínimo de 72 a 90 meses, primer cuarto medio de 90 meses y 1 día a 108 meses, segundo cuarto medio de 108 meses y 1 día a 126 meses, y un cuarto máximo de 126 meses y 1 día a 144 meses; y para la pena de multa, un cuarto mínimo de 300 a 450 salarios mínimos legales mensuales vigentes, primer cuarto medio de 450.1 a 600 salarios mínimos legales mensuales vigentes, segundo cuarto medio de 600.1 a 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y un cuarto máximo de 750.1 a 900 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como bien lo señaló la Fiscalía en el recurso, la primera instancia a pesar precisar que la pena se debía fijar en los cuartos medios por haberse imputado la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58 del C.P., y advertirse la de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales señalada en el numeral 1 del artículo 55 del mismo estatuto, se fijó la pena de prisión y multa en el extremo máximo del cuarto mínimo que fue el mismo señalado por el a quo como mínimo de cuartos medios, sin diferencia si quiera de un día de pena de prisión y 0.1 salario mínimo legal mensual vigente de multa, y a ese monto se le disminuyó el máximo por reparación integral según el artículo 269 del C.P.

Considera la Sala que le asiste razón al Fiscal como recurrente, por las siguientes razones:

En primer lugar, debe fijarse la pena en los cuartos medios que deben diferenciarse en sus extremos del cuarto mínimo, como ha quedado determinados, y atendiendo no solo al menor daño causado a la víctima, y a la menor aproximación a la consumación de la conducta punible, sino también, teniendo en cuenta que el señor ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO es un ingeniero civil

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

que fue subcontratado por la víctima para la realización de la obra civil, que por su grado de instrucción y confianza en él depositada, es mayor la intensidad del dolo con la que actuó, y el reproche que debe hacersele por su conducta realizada debe ser superior a la del obrero que hizo las llamadas extorsivas, pues era quien tenía el pleno dominio del hecho porque tenía toda la información, no solo de la obra subcontratada, sino también de la víctima, elementos que se utilizaron para la realización de la conducta ilícita, por lo que la pena no puede ser fijada en el mínimo de los cuartos medios de movilidad, sino en un monto superior, que desde luego, tampoco debe ser el solicitado por la Fiscalía, considerando no debe superar el primer cuarto medio por haber aceptado la responsabilidad en la formulación de imputación, el cual, como se dijo, oscila entre 90 meses y 1 día a 108 meses de prisión y primer cuarto medio de 450.1 a 600 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

En consecuencia, la Sala fija como pena 100 meses de prisión y 525 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa.

En segundo lugar, efectivamente se ha afirmado que quien reparó integralmente a la víctima fue el procesado ORLANDO CUTIVA SCARPETA, no existiendo prueba en contrario, luego la disminución punitiva por dicho concepto conforme al artículo 269 del C.P. a favor de ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO es por solidaridad y extensión de quien hizo la reparación, lo que indica que no es procedente hacersele el descuento en el máximo señalado en la norma; como lo señala la jurisprudencia: *“La reducción es extensiva a los copartícipes, aunque no necesariamente en la misma proporción dadas las particularidades que se deben observar en el proceso de dosificación de la pena.”*³⁶

Por lo anterior, en consideración de la Sala, el descuento punitivo por reparación integral debe ser de la mitad de la pena, límite mínimo previsto en el artículo 269 del C.P., y no de las tres cuartas partes, porque BAEZ CABALLERO no hizo nada para reparar los daños causados a la víctima o para contribuirle al otro copartícipe en lo pagado.

En consecuencia, la pena fijada al disminuirsele en la mitad, quedará en un

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 13 de 2003, rad. 15613, M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

total de pena a imponer de cincuenta (50) meses de prisión y doscientos sesenta y dos punto cinco (262.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, debiéndose modificar la sentencia en cuanto a las penas impuestas a ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO.

Por último, como se indicó, una vez fue capturado el procesado, ante la segunda instancia se han realizado varias peticiones, sobre las cuales debemos señalar lo siguiente: El Defensor que sustentó el recurso pidió la libertad con fundamento en la revocatoria de la negación de la nulidad solicitada en el recurso, lo cual no es procedente al no prosperar los motivos de apelación y confirmarse la decisión de primera instancia que negó la nulidad. El nuevo defensor atacó con nuevos argumentos la sentencia apelada por presuntas irregularidades en el trámite de la retractación del procesado, alegaciones que a más de ser extemporáneas lo que no ameritarían pronunciamiento alguno, fueron analizadas al negar la nulidad, considerando ajustado a derecho el trámite dado en primera instancia al allanamiento, a más del incumplimiento del procesado de la obligación de comparecer al proceso como medida de aseguramiento impuesta, lo que impidió fuera interrogado sobre la retractación. Y en cuanto a la manifestación de la esposa del procesado sobre la inocencia de éste y perjuicios causados por su privación de libertad, no es procedente ningún pronunciamiento en particular por no ser aquella parte en el proceso, a más de haberse analizado todos los extremos de los alegatos de las partes recurrentes y darse respuesta a cada uno de los mismos en esta sentencia dentro de la limitación de la segunda instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en su Tercera Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR LA NEGACIÓN DE LA NULIDAD solicitada por la Defensa del procesado ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO en la audiencia de individualización de pena y sentencia, decisión adoptada en la sentencia recurrida, por no haberse conculcado derecho fundamental alguno del procesado

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL

que invalide la actuación, conforme a las razones dadas a conocer en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Moniquirá, mediante la cual condenó a ERMÍN ENRIQUE BAEZ CABALLERO como coautor del delito de extorsión en grado de tentativa, pero se **MODIFICA LA PENA** allí impuesta, la cual se fija en cincuenta (50) meses de prisión y doscientos sesenta y dos punto cinco (262.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, y la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como accesoria será por igual a la pena de prisión aquí impuesta, todo por las razones que se expusieran en esta sentencia.

TERCERO.- Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación. Oportunamente regresen las diligencias al Despacho de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUZ ANGELA MONCADA SUAREZ

Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ

Magistrado

CANDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS

Magistrada

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ

Secretario

*TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA PENAL*