REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015)

ACTA DE APROBACIÓN No 204
SEGUNDA INSTANCIA

Fecha y hora de lectura:	Abril 28 de 2015, 3:05 p.m.
Imputado:	Jairo Morales Lamundia
Cédula de ciudadanía:	18.611.658 de Belén de Umbría (Rda.).
Delito:	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Víctima:	La seguridad pública
Procedencia:	Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía (Rda.) con funciones de conocimiento, en traslado temporal al municipio de Belén de Umbría (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la defensa contra el auto proferido en marzo 9 de 2015, por medio del cual se negó la práctica en juicio de pruebas sobrevinientes. SE ABSTIENE DE CONOCER.

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

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

1.1.- En el escrito de acusación presentado al juzgado de conocimiento se dejó consignado lo siguiente:

> "El día 18 de abril del año 2013 siendo las 16:10 horas, se procedió a hacer efectiva la orden de allanamiento y registro para el inmueble ubicado en el barrio Manantial casa 29 sector coliseo de este municipio, dispuesta por la Fiscalía 32 Seccional de Belén de Umbría, la cual se llevó a cabo en presencia del Personero Municipal, para lo cual los gendarmes de la policía judicial previamente identificados, proceden a solicitar la apertura de la puerta y al lograr penetrar a la residencia, donde son atendidos por JAIRO MORALES LAMUNDIA, identificado con cédula No. 18.611.658 expedida en Belén de Umbría, Risaralda, quien adujo ser

> propietario de la residencia, leyeron la diligencia aludida y proceden a efectuar la misma, hallando en el baño de la residencia sustancia vegetal que se compadece como marihuana, en una segunda habitación se encuentra sustancia sólida que al parecer se trataba de basuco, procediendo a darle a conocer los derechos como persona capturada, sin embargo, en el momento en que trataban de sacarlo de la residencia la policía fue sujeto de asonada por los miembros de la mencionada familia e integrantes de la comunidad indígena, se vieron obligados a abandonar el lugar sin que pudiese lograrse el traslado de la persona aprehendida, es decir, no se pudo ejecutar la captura surgida como consecuencia del estado de flagrancia.
>
> Continuando con el procedimiento de PIPH un Perito en la materia determinó que la sustancia vegetal de color verde arrojó un peso neto de 1.02 gramos siendo positivo para CANNABIS y sus Derivados y respecto del polvo de color habano resultó positivo para COCAINA y sus derivados en un peso neto de 6.87 gramos".

1.2.- A consecuencia de lo narrado se procedió a realizar la audiencia de legalización de la orden y la diligencia de allanamiento y registro (abril 19 de 2013) y posteriormente se solicitó la expedición de orden de captura en contra del señor JAIRO MORALES LAMUNDIA (octubre 9 de 2013), la que se hizo efectiva (octubre 19 de 2003) por lo que se llevó a cabo ante el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Quinchía (Rda.), las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación (octubre 20 de 2013) por medio de la cual se le atribuyó al procesado el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, conducta consagrada en el artículo 376, inciso 2° del Código Penal modificado por el artículo 11 de la Ley 1453/11, bajo el verbo rector de "conservar"; cargos que el indicado NO ACEPTÓ. En la misma audiencia se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, la que posteriormente fue revocada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (diciembre 6 de 2013) y se dispuso su libertad inmediata.

1.3.- Ante esa no aceptación la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (enero 20 de 2014) por medio del cual formuló idénticos cargos al enjuiciado el que correspondiera al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Rda.), cuyo titular se declaró impedido por haber conocido la segunda instancia frente a decisión tomada en sede de control de garantías, siendo en consecuencia traslado su conocimiento al Juzgado Promiscuo del Circuito con funciones de conocimiento de Quinchía (Rda.), donde se adelantó la correspondiente audiencia de formulación de acusación (al parecer en marzo 17 de 2014), la audiencia preparatoria (mayo 19 de 2014) y la audiencia de juicio oral (septiembre 25 de 2014 y marzo 9 de 2015) fecha ésta última en la cual luego de haberse concluido la práctica probatoria de la Fiscalía, así como del único testimonio solicitado por la defensa –MARÍA

FABIOLA QUICENO- al haber renunciado a los demás testigos requeridos en juicio, el apoderado del enjuiciado solicitó -apoyado en diversas decisiones jurisprudenciales- se le aceptara como pruebas sobrevinientes los testimonios de GILDARDO LAMUNDIA -líder indígena de la comunidad Embera, y quien fuera gobernador del resguardo Flor del Monte-, y de MARÍA TERESA MORALES ONGARI -propietaria del inmueble donde se incautó la sustancia-.

Sustenta su petición en el sentido de señalar que a GILDARDO LAMUNDIA le consta que un agente de policía le informó que capturarían a JAIRO MORALES por haber estado en la minga en el sector conocido como "Remolinos", y la señora MARÍA TERESA estaba presente cuando los policiales dicen que hubo una asonada y así mismo dará cuenta de quiénes viven allí, y la costumbre y usos de uno de los residentes que no es el propietario. Aduce que ella en el momento del allanamiento y como dueña supo qué se encontró y qué se puso de presente. Indica que de tales hechos tuvo conocimiento una vez terminados los interrogatorios de los testigos de la Fiscalía.

1.4.- El delegado fiscal solicita el rechazo de los testimonios pedidos por la defensa, porque aunque indica que solo tuvo conocimiento de éstos en el juicio con ocasión de los testimonios practicados por el ente acusador, considera que ello no es cierto ya que no entiende qué tiene que ver el líder indígena con relación a la referida minga, lo cual nunca fue tratado en el juicio ni indicado por los testigos de la fiscalía, aunque es de público conocimiento que dicha manifestación sucedió años atrás y no significa que el defensor solo se dio cuenta hasta esta etapa y con los testimonios recibidos. Tampoco avizora procedente el testimonio de referencia de la señora MARIA TERESA MORALES -propietaria del inmueble-, pues la defensa tuvo oportunidad de haberla solicitado en la audiencia preparatoria y correr traslado a la Fiscalía para respetar el debido proceso.

Indica que lo manifestado no son hechos nuevos y simplemente por estrategia la defensa no los introdujo en la preparatoria, y hace referencia a la sentencia 39948 de la Corte Suprema, así como del Tribunal Superior de Neiva, para predicar que lo solicitado por la defensa no es prueba sobreviniente, es decir, que no se conociera inicialmente, dado que los hechos ocurrieron en 2013 y en ejercicio racional de la defensa se podía haber requerido el testimonio de MARÍA TERESA si era la que vivía o era la propietaria del inmueble para hacerlo valer en la preparatoria.

En cuanto al líder indígena no es prueba nueva, pues lo que se pretende dilucidar con el mismo son hechos relacionados con una minga indígena

celebrada en el sector de Remolinos, la cual es de público conocimiento y que no tiene que ver con los hechos, por lo que pide no se acceda a lo solicitado por la defensa.

1.5.- Una vez analizados los argumentos esgrimidos, la juez de la causa expresa que el canon 344 C.P.P. consagra el deber de descubrimiento y al encontrarnos en un sistema de partes y con tendencia adversarial, ello implica que cada una tiene la posibilidad de descubrir elementos materiales probatorios para no sorprender a la contraparte y respetar el principio de igualdad de armas, con el fin de mantener incólumes los principios de contradicción y defensa. Hace un recuento de las oportunidades en que tanto Fiscalía como defensa realizan el respectivo descubrimiento y la oportunidad para solicitar la práctica probatoria, que para el caso de la defensa lo es en la audiencia preparatoria. Así mismo hace alusión a la excepción que de tal descubrimiento se expresa en el inciso final del artículo antes indicado, sobre la cual la Corte Suprema fijó claramente sus requisitos en sentencia 39948 de noviembre 21 de 2012, entre ellos que la prueba se hubiere encontrado en desarrollo del juicio y que sea muy significativa por su incidencia en el resultado del proceso.

Con fundamento en ello la titular del despacho asegura que en cuanto al testimonio del señor GILDARDO LAMUNDIA no se puede establecer que fue en desarrollo del juicio que el defensor tuvo conocimiento de su manifestación, pues desde la preparatoria hizo referencia a una minga indígena que nada tiene que ver con este proceso donde se juzga el delito de tráfico de estupefacientes. Y añade que no es procedente dicho testimonio porque no fue en juicio que se tuvo conocimiento de la existencia del señor GILDARDO LAMUNDIA, dado que su nombre nunca fue escuchado en los testimonios recibidos en juicio, y los hechos que supuestamente puede aportar nada tienen que ver con lo debatido.

En relación con el testimonio de la señora MARIA TERESA MORALES se advierte que desde el inicio de la diligencia, cuando se corrió traslado a la defensa de los elementos materiales referidos en la acusación, se establece que la señora MARÍA TERESA –esposa del procesado JAIRO MORALES- estuvo presente en el allanamiento. El hecho no era por tanto desconocido por la defensa, ni tampoco se explicó la trascendencia de esa prueba para el juicio.

Concluye así que las solicitudes probatorias no se ajustan a los parámetros fijados para admitir su práctica y por ende hay lugar a su negación.

1.6.- Inconforme con la decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

2.- DEBATE

2.1.- La defensa de **JAIRO MORALES LAMUNDIA** sustentó el recurso de reposición y en subsidio el de apelación en los siguientes términos:

Se limita en su intervención a rememorar todo lo que pidió se le descubriera por parte de la Fiscalía en la audiencia preparatoria, acto procesal llevado a cabo en mayo 19 de 2014, así: (i) que se entregaran los expedientes de la acusación en contra de HECTOR TAMARIZA MORALES, lo que se aprobó; (ii) que se aportara informe de actuaciones de la policía durante la minga en el paraje remolinos; (iii) que la Fiscalía aporte proveniente de la policía, Sijin o quien corresponda, informe sobre la retención de un oficial durante la minga; (iv) que la Fiscalía aporte el nombre del oficial "a quien interrogaré durante el juicio"; (v) que pretende contrainterrogar a los testigos de la Fiscalía, e interrogar a: MARÍA TERESA MORALES -esposa del acusado-, OMAR LAMUNDIA MORALES -Gobernador del Resguardo Flor del Monte de la vereda la Florida-, y a GILDARDO LAMUNDIA MORALES -exgobernador-; (vi) entrega 54 nombres de vecinos del barrio Manantiales con identificaciones, que declararán sobre la conducta y moralidad del procesado y su compañera MARIA TERESA, y de la supuesta asonada a la que se refieren los policiales por medio de la cual se impidió que fuera arrestado su cliente el 18 de abril de 2013, y (vi) que se presente Personero de Belén de Umbría.

Agrega que en ese momento de la audiencia de juicio oral, él salió hacia la parte exterior del juzgado a averiguar por sus testigos, y se encontró con MARÍA TERESA quien le dijo que su padre era quien consumía marihuana, y también se encontró con GILDARDO LAMUNDIA, quien fue Gobernador del Resguardo y le dijo que mucho cuidado porque iban a capturar a su cliente por la participación en la minga indígena, que porque fue la persona que había señalado a un oficial de la policía que fue posteriormente retenido y amarrado a un árbol por los indígenas.

Expresa el apelante que este caso comenzó por el allanamiento a un lugar en donde se supone se comercializaban estupefacientes, pero sin embargo "no se encontró nada", que solo un cachito de marihuana que al parecer era del papá de MARIA TERESA; ni tampoco se encontró nada ilegal en los otros allanamientos que hubo y que constan en los expedientes que la Fiscalía le pasó por orden del juzgado.

2.2.- A su turno el Fiscal, como no recurrente, comienza su disertación indicando que no entendió el soporte o motivo del recurso de apelación, porque lo que hizo el abogado fue leer algo del acta de la audiencia preparatoria, donde se hace todo el tema del descubrimiento y donde se clarifica cuáles son las pruebas que se pretenden hacer valer en juicio tanto por la Fiscalía como por la Defensa. Aclara que por la cantidad de testigos solicitados pidió se limitara su número, por lo que la juez limitó a 7 testigos, de los cuales solo se recibió un testimonio pues la defensa desistió de los demás. Frente al recurso y como lo manifestó la señora juez, es claro que la prueba sobreviniente pedida no procede porque no era la etapa procesal indicada, máxime que ya para culminar el juicio no puede decir que la señora MARÍA TERESA va a aportar hechos nuevos o que no tenía conocimiento de lo acaecido pues es la esposa del acusado, estaba el día del allanamiento, y se enteró del motivo de la diligencia así como de la captura con verificación de arraigo, por lo que existe un sinnúmero de elementos que conllevan a establecer que era sabedora de lo sucedido, y de allí que no es real que el defensor diga que solo tuvo conocimiento de todo una vez culminados los interrogatorios de la Fiscalía.

En relación con el señor GILDARDO LAMUNDIA, asegura que desde la imputación y hasta la preparatoria la defensa ha querido desviar la atención en relación con hechos que se presentaron en el sitio de Remolinos a raíz de una minga indígena donde hubo problemas de orden público, lo cual es un hecho notorio, pero ningún testigo hizo relación a la misma, máxime que no tiene nada que ver con el objeto de la investigación por una posible autoría en la conservación de estupefacientes. Y aunque el defensor indica que el padre de la señora MARÍA TERESA consume marihuana, olvida que también fue encontrada otra sustancia conocida como cocaína y sus derivados con peso de 6.87 gramos.

Concluye por tanto que la decisión adoptada por la juez es correcta y pide se ratifique por esta Corporación.

2.3.- La juez negó la reposición al considerar que en desarrollo de la audiencia preparatoria la defensa al momento del descubrimiento de pruebas, hizo lectura de un escrito donde se refutaban las actuaciones de la policía en la minga indígena, a consecuencia de lo cual se advirtió que no era prueba sobreviniente la de GILDARDO LAMUNDIA.

En la preparatoria quedó consignado qué pruebas se practicarían por defensa y por Fiscalía, sin que se hubieran interpuesto recursos y por ende quedó en firme tanto el descubrimiento como el decreto probatorio, por lo

que no puede ahora retrotraerse el debate clausurado para establecer que sí mencionó dichos testigos pero que no los decretaron. En otras palabras, el togado no interpuso recurso ni efectuó aclaración en relación con que quedaron por fuera algunos testimonios.

Asegura que al no haberse establecido válidamente los requisitos para la procedencia de la prueba sobreviniente conforme al artículo 344 C.P.P., lo que corresponde es mantener la decisión adoptada y conceder el recurso de apelación, lo cual hizo en el efecto suspensivo.

2.4.- Encontrándose la presente actuación en la Sala, el defensor allegó escrito en abril 6 de 2014, con el fin de "reforzar su apelación", documento sobre el cual no se pronunciará la sala por ser abiertamente extemporáneo.

3.- Para resolver, SE CONSIDERA

De la situación fáctica mencionada con antelación, se advierte que ante la negativa de la funcionaria judicial de admitir en juicio como pruebas sobrevinientes los testimonios del líder indígena GILDARDO LAMUNDIA, así como el de la esposa del procesado, señora MARÍA TERESA MORALES OGARI, por parte del profesional del derecho se interpusieron los recursos de reposición –el cual fue despachado desfavorablemente- y en subsidio el de apelación frente a la decisión que le resultó adversa a sus intereses.

La Sala dirá desde ya que declarará desierto el recurso en cuanto la sustentación ofrecida ante la primera instancia no colma las exigencias requeridas.

Como es sabido, para el surgimiento de la competencia funcional en segunda instancia, es indispensable: la interposición oportuna del recurso de apelación en forma principal o subsidiaria, que la impugnación sea interpuesta por un sujeto procesal habilitado para el efecto, y que la providencia contra la cual se interpone admita esa clase de impugnación; pero además, que la parte inconforme presente ADECUADA SUSTENTACIÓN que dé al superior las bases suficientes para confrontar la posición del inconforme con la asumida por el inferior, porque se trata de la oportunidad única en que debe dar a conocer al ad quem los elementos de juicio en que se funda la censura.

No se trata de una requisitoria meramente formal, sino de la razón de ser del principio de la doble instancia, por cuanto no se puede pretender el examen

de una decisión judicial que se presume ajustada a derecho, sin exponer los motivos que se tienen para el disenso.

A partir de la Ley 2ª de 1984 se introdujo como exigencia legal la sustentación del recurso, y conforme a ese dispositivo doctrina y jurisprudencia han coincidido en moldear sus límites, para cuyo efecto se ha decantado lo siguiente:

> "Sustentar un recurso no significa lanzar apreciaciones de carácter general o ecuménicas, o calificaciones abstractas o vagas, o meramente corticales. No, el escrito de apelación para que merezca el nombre de tal, debe contener la pertinente crítica jurídica o probatoria mediante los correspondientes juicios de valor y los atinentes predicados axiológicos y conceptuales, de tal manera que a los planteamientos del proveído protestado se opongan razonamientos de similar peso; a sus inferencias y reflexiones otros tantos juicios combatan, contradigan o refuten el discurso dialéctico contenido en la respectiva providencia judicial. Sólo así cabe entender la naturaleza y finalidad del recurso de apelación"[1]

Significa entonces, que no suplen el requisito de la sustentación expresiones abstractas que por su imprecisión y vaguedad no expresan ni siquiera implícitamente las razones o motivos de disenso.

En el caso concreto, como se indicó, quien apeló fue el defensor del procesado, pero cuando se esperaba que iba a refutar los argumentos expuestos por la señora juez a quo, nada dijo en contra de los fundamentos que soportan la decisión, pues mírese que se limitó nuevamente a hacer lectura de un escrito relativo al descubrimiento probatorio que por su parte se efectuó durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, para dar a entender que los testimonios que hoy pide como prueba sobreviniente se enunciaron en la referida diligencia pero no fueron debidamente decretados; no obstante que, como bien lo explicó la titular del despacho cognoscente, durante la práctica de tal audiencia y una vez se procedió por la funcionaria a ordenar los testimonios que se harían valer en juicio -tanto los de la defensa como los de la Fiscalía-, el representante del acusado guardó absoluto silencio y por ende lo allí decidido quedó en firme en acatamiento al principio de preclusividad de los actos procesales, y no podía válidamente en etapa posterior pretender retrotraer actuaciones ya surtidas.

Dada esa particular manera de sustentar el recurso, no se halla por parte de la Sala forma de emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, porque de la alzada no se extraen razonamientos acerca de los cuales pueda surgir una confrontación o controversia efectiva con los términos en que fue

---

[1] TORRES CALERO, Miguel Angel. GARCÍA AGUDELO, Ernesto, Código de Procedimiento Penal. Segunda Edición, 1990, Tomo I, Editora Jurídica Colombiana, pg. 423.

despachada la decisión por parte de la a quo que resultó adversa a los intereses de la defensa.

Lo que hizo el togado, en sentir de la Sala, fue hacer alusión nuevamente a los elementos probatorios que pretendía fueran tenidos como prueba para hacerlos valer en desarrollo del juicio oral, pero no se atina por parte del mismo a enunciar alguna interpretación jurídica que diera pie al Tribunal para ir en contravía de lo concluido por el juzgado de conocimiento, con miras a considerar que los testimonios de MARÍA TERESA MORALES –esposa del procesado- y del líder indígena GILDARDO LAMUNDIA, debían ser admitidos como prueba sobreviniente. Vacío sustancial que impide a la Corporación cumplir con el deber de elegir entre dos tesis contrapuestas, porque aquí solo existe una: la propuesta por la funcionaria de primer grado.

Así las cosas, la Sala está en el deber de declarar desierto el recurso.

3.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación que fuera interpuesto de manera subsidiaria por el togado que representa los intereses del procesado; y, en consecuencia **SE ABSTIENE** de desatar el recurso oportunamente interpuesto.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición que de interponerse debe hacerse dentro del presente acto público y en forma oral.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ