**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DUAL DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta # 430 del 18 de mayo de 2016

Pereira (Risaralda), veinte (20) de mayo de dos mil dieciséis (2.016).

Hora: 8:41 a.m.

Condenados: DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN

Delito: Imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias

Radicado#: 66001-6000035-2013-01367-01

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por el apoderado de las víctimas en contra del fallo que resolvió el incidente de reparación integral

Decisión: Modifica fallo confutado.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto y sustentado de manera oportuna por el apoderado de las víctimas en contra del fallo proferido el seis (6) de agosto del 2.015 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad dentro del incidente de reparación integral que se adelantó en contra de los otrora Procesados DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN GÓMEZ,quienes fueron declarados penalmente responsables por incurrir en la comisión del delito de imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado en la actuación procesal, los ahora reos DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN GÓMEZ, en las calendas del 13 de febrero del 2.014, fueron condenados por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad a la pena de 45 meses de prisión y a pagar una multa equivalente de 270 SMMLV, como consecuencia de haber sido encontrados penalmente responsables de incurrir en la comisión del delito de imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias.

Según se tiene establecido en el proceso que se siguió en contra de los aludidos condenados, ellos utilizaban una bodega ubicada en la calle 69 # 26-25, de la ciudadela de Cuba*,* como sitio para almacenar, distribuir y comercializar bebidas gaseosas, las cuales eran reenvasadas, sin ningún tipo de procedimiento aséptico o de higiene, para ser posteriormente reevendidas, lo que a su vez adulteraba su contenido y sabor respecto de la fórmula utilizada para el producto original.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Ejecutoriada la sentencia condenatoria y dentro de los términos legales, el apoderado judicial de las victimas procedió a impetrar el inicio del correspondiente incidente de reparación integral en contra los reos DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN GÓMEZ.
2. El 5 de Septiembre del 2.014, se celebró la audiencia en la que la parte incidentante expresó sus pretensiones pecuniarias, las cuales ascendían a la suma de $428.848.120 por concepto de los perjuicios materiales irrogados a la Sociedad agraviada. A su vez la apoderada de los condenados, como contrapropuesta de arreglo, propuso que sus representados estaban en disponibilidad de pagar la suma de $2.000.000, propuesta que fue rechazada de tajo por el apoderado de las víctimas.
3. El 15 de septiembre del 2.014, se prosiguió con la audiencia pública, sesión en la que se volvió a intentar la conciliación entre las partes. Ante el fracaso de las conciliaciones, el incidentante procedió a descubrir las pruebas que haría valer durante el trámite incidental.
4. La fase probatoria se llevó a cabo los días 15 de enero y 11 de junio del 2.015, y una vez agotada la misma y luego de escuchar los alegatos de las partes, el Juzgado A quo en las calendas del 6 de agosto del 2.015 procedió a proferir el correspondiente fallo en el cual se declaraba la responsabilidad civil extracontractual de los otrora Procesados DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN GÓMEZ, quienes fueron condenados a resarcir los perjuicios infringidos como consecuencia de la comisión del delito a la sociedad Industria Nacional de Gaseosas *“Indega* *S.A”*.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata del fallo proferido por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad el 6 de agosto del 2.015, en el cual se declaró la responsabilidad extrapatrimonial de los señores DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN GÓMEZ, quienes fueron condenados a pagar la suma de $2.195.540, por concepto de los perjuicios irrogados a la sociedad *“Indega”* S.A. como consecuencia de haber sido encontrados penalmente responsables de la comisión del delito de imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias.

Los argumentos esgrimidos por el Juez A quo para proferir el aludido fallo, se basaron en establecer que el apoderado de las víctimas no acreditó en debida forma la ocurrencia de los perjuicios que fueron tasados en la suma de $428.848.120, por lo siguiente:

* Las erogaciones efectuadas por concepto del pago de tiquetes aéreos:

El A quo expuso que en este ítem solo figuraban como prueba de tales pagos 2 comprobantes que datan del 4 y el 9 de septiembre de 2.014 por los respectivos valores de $425.870 y $269.760. En lo que correspondía con los demás documentos, el Juez de primer nivel adujo que no tenían el carácter de comprobantes de pago o de facturas por ser unas simple y meras reservas de vuelo.

* Los pagos por concepto de honorarios de abogados:

Para el A quo dichas erogaciones no se acreditaron en debida forma, en atención a que con la certificación aportada por parte de la sociedad *“Indega”* S.A. en momento alguno se demostraba que dicha sociedad hubiere efectuado un pago por las gestiones que sus apoderados adelantaron de manera específica y concreta en el presente asunto, en atención a que en la misma solo se consignaban unos pagos que de manera genérica se iban a efectuar respecto de investigaciones que se adelanten por delitos relacionados con la adulteración o falsificación de productos embotellados por *“Indega”* S.A. en diversas ciudades del país.

En resumidas cuentas, el A quo arguyó que no existía prueba alguna en la cual se estableciera el valor que por conceptos de honorarios de abogado la victima sufragó para un caso en concreto como el presente.

* El pago de los perjuicios generados por el impacto financiero y económico causado a la sociedad agraviada:

Expone el A quo que para acreditar dichas reclamaciones, el apoderado de las victimas acudió a los testimonios de ANGÉLICA JOHANA SUAREZ QUIJANO y GIOVANNY JAVIER DAZA, a quienes fútilmente se pretendió presentar como peritos, pero, asevera el Juez de primer nivel que lo dicho por tales expertos no pueden ser de recibo en atención a que no se basaron en conceptos técnicos o científicos sino en meras opiniones personales de los testigos.

Así tenemos que el *A quo* rechazó la opinión del testigo GIOVANNY JAVIER DAZA, quien acudió a la actuación en calidad de ingeniero químico con el objeto de demostrar el daño a la salud que generaba un producto sometido al procedimiento de reenvase y reembotellamiento, pero en criterio del Juez de primer nivel, lo aseverado por este testigo son simples conceptos genéricos que no tenían arraigo en algún tipo de estudio que haya hecho sobre los elementos del proceso.

De igual forma, expuso el fallador que con el testimonio de la señora ANGÉLICA JOHANA SUAREZ se pretendía demostrar el detrimento patrimonial infringido a la sociedad, pero los dichos de la testigo por ser de carácter impreciso y confuso, aunado a que los mismos no se fundamentaron en una base contable clara y sólida, tampoco podrían ser de recibo para demostrar ese tópico.

Con base en los anteriores argumentos, el *A quo* concluyó que los condenados solo deberían resarcir a la sociedad agraviada por concepto de daño emergente la suma de $695.540,oo la cual correspondería al valor de los tiquetes aéreos que *“Indega”* S.A. tuvo que sufragar para que sus abogados pudieran asistir a las audiencias del caso.

Finalmente, el A quo en lo que tiene que ver con el daño moral, haciendo uso de su facultad discrecional, decidió tasarlo en la suma de $1.500.000, la cual le correspondería resarcir a los declarados penalmente responsables por concepto de los perjuicios morales objetivos relacionados con la afectación de la imagen que tiene el consumidor sobre la calidad de los productos de la marca *Coca Cola.*

Anclado en los anteriores argumentos, el A quo decidió condenar a los reos DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN GÓMEZ para que resarcieran a la sociedad agraviada por concepto de indemnización de perjuicios la suma de $2.195.540,oo.

**EL RECURSO DE APELACIÓN:**

Como hipótesis de su inconformidad con lo decidido por el A quo, el recurrente esgrimió la tesis consistente en que el Juez de primer nivel se equivocó en la apreciación de las pruebas aducidas al incidente de reparación integral, con las cuales válidamente pudo comprobar la ocurrencia de los perjuicios materiales, que por concepto de daño emergente y lucro cesante, le fueron ocasionados a la sociedad *“Indega”* S.A. como consecuencia del accionar delictivo de los reos.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el apelante expuso lo siguiente:

* En lo que tiene que ver con el tema del no reconocimiento del daño emergente por desplazamiento de los abogados ocasionado por concepto del pago de tiquetes aéreos, los que han sido tasados en la suma de $1.398.877,oo, expone el apelante que el *A quo* se equivocó cuando descartó el pago de los tiquetes aéreos que correspondían a los viajes efectuados el 28 de octubre de 2.013; el 8 de noviembre de 2.013; el 18 de diciembre de 2.013 y el 15 de enero de 2.015, en atención a que en la actuación existían suficientes elementos de juicio que demostraban que los apoderados de las victimas utilizaron esos tiquetes para acudir a las diferentes audiencias que fueron programadas por el Juzgado, lo cual se podía constatar con un simple cotejo de las fechas en las que se agendaron esas audiencias y las actas de las mismas, en las que se comprueba la asistencia de los apoderados de la víctima.

Con base en lo anterior, concluye el apelante que sin el uso de esos tiquetes aéreos le hubiera sido imposible a los apoderados de la víctima asistir a las audiencias programadas por el Juzgado *A quo.*

Finalmente, expone el recurrente que los tiquetes aéreos no tenidos en cuenta por el *A quo*, por detentar la condición de documentos electrónicos, debieron ser considerados como auténticos según las voces del articulo 425 C.P.P. en atención a que ese tipo de documentos son aceptados de manera general por la comunidad.

* En lo que atañe al daño emergente ocasionado por concepto del pago de honorarios profesionales a la firma “*M & P Abogados Ltda.”*, arguye el recurrente que “Indega” S.A. tuvo que pagarle de manera específica a esa firma de abogados la suma de $2.746.979,oo para que los representara en todo el devenir de la presente actuación procesal. Según el recurrente, dicha cantidad corresponde al multiplicar los meses en los que se efectuaron las gestiones de seguimiento: 30, por el valor global que paga “Indega” S.A. por esa clase de gestión: 16 s.m.m.l.v. los cuales a su vez se dividen por el número de casos encomendados.

En consecuencia, arguye el recurrente que lo reclamado quedó acreditado en el proceso mediante el contenido del documento adiado el 31 de julio de 2.014 que certifica a cuanto ascendían los honorarios que por concepto honorarios de abogados la víctima tuvo que pagarle a “*M & P Abogados Ltda.”.*

* Expone el apelante que al momento de la tasación de los perjuicios el *A quo* omitió aplicar el artículo 241 de la Decisión # 486 de la Comunidad Andina, el cual ordena que a los agraviados se le deben indemnizar los perjuicios generados como consecuencia del material incautado.

Por lo tanto, alega el apelante que si a los procesados de otrora se les incautaron 49 cajas o canastas de bebidas, las cuales, según lo dicho por la testigo ANGÉLICA SUÁREZ, cada una de ellas tenía un valor $27.000,oo ello implicaba que a los reos les correspondía resarcir por ese concepto a las victimas la suma de $1.323.000,oo.

* Igualmente expone el recurrente que el *A quo* se equivocó cuando resolvió no condenar a los incidentados a pagar la suma de $400.000.000,oo por concepto de lucro cesante, en atención a que condicionó la demostración de ese tópico a una prueba pericial, lo que para el recurrente contrariaría los postulados del principio de la libertad probatoria, lo que le permitiría demostrar esos tópicos con cualquier medio probatorio, como aconteció en el *subexamine* con el testimonio absuelto por ANGÉLICA SUÁREZ, quien en su declaración expuso que se percataron que en la zona en donde se vendían los productos reenvasados se produjo una disminución en las ventas, lo que le ocasionó a la víctima una pérdida de utilidad que ascendía a la cantidad de $400.000.000,oo la cual es producto de multiplicar el producto incautado por el tiempo en el que los ahora condenados realizaron esa ilícita actividad.

Con base en los anteriores argumentos, el apelante solicita la revocatoria del fallo opugnado y que en consecuencia se condene a los Sres. DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN a resarcir integralmente los perjuicios reclamados por la víctima en el incidente de reparación integral.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**- COMPETENCIA:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal del Circuito que integra este Distrito Judicial, la Sala Penal de Decisión de esta Corporación, según las voces del # 1º del artículo 33 C.P.P. sería la competente para resolver la presente alzada.

Asimismo no se avizora la ocurrencia de ningún tipo de irregularidades sustanciales o irrespeto de las garantías fundamentales que le asisten a las partes y demás intervinientes, que de manera negativa pueda incidir para que esta Sala de Decisión se abstenga de desatar el presente recurso de apelación y en su defecto proceda a decretar oficiosamente la nulidad de la actuación.

 **- PROBLEMA JURÍDICO:**

En opinión de la Sala, del contenido de las razones del disenso expresadas por el apelante en la alzada, se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Incurrió el *A quo* en errores en la apreciación del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta que con las pruebas habidas en la actuación incidental la víctima si pudo acreditar en debida forma la ocurrencia de los perjuicios materiales que le fueron ocasionados como consecuencia de la comisión del delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal de los Sres. DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN GÓMEZ?

Asimismo, como problema jurídico coyuntural, la Colegiatura avizora el siguiente:

¿Se equivocó el *A quo* en la tasación de los perjuicios materiales reconocidos a la víctima, los cuales no podían ser catalogados dentro del concepto de daño emergente sino en el de costas y expensas del proceso?

 **- SOLUCIÓN:**

**A) LA INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS MATERIALES Y LA CONDENA EN COSTAS Y EXPENSAS.**

Un análisis del contenido del proveído confutado, aunado con los reclamos formulados por el apelante en la alzada, se tiene como común denominador el consistente en que las condenas proferidas por el A quo para que los reos resarcieran los perjuicios materiales causados a la víctima como consecuencia de los costos que tuvo que asumir en el pago de tiquetes aéreos y honorarios de abogados fueron asimilados al concepto de daño emergente, el cual según las voces del articulo 1.613 C.C. constituye una de las modalidades de los perjuicios materiales que una persona le correspondería resarcir a otra, ya sea por el incumplimiento de un contrato o por haberle causado un daño como consecuencia de la comisión de un ilícito.

Es de anotar que acorde con lo consignado en el artículo 1.614 C.C. viéndolo desde una óptica eminentemente penal, se puede entender como daño emergente el detrimento, menoscabo o deterioro patrimonial que una persona sufre como consecuencia de la comisión de una conducta punible; a lo que se le debe aunar los gastos y demás erogaciones efectuados para que el bien dañado vuelva al estado anterior al de la ocurrencia del hecho dañoso o lesivo[[1]](#footnote-1).

Por lo tanto, el concepto de daño emergente hay que analizarlo desde una doble perspectiva: a) La reparativa, que tendría que ver con el detrimento que una persona sufre en su patrimonio, y b) La del restablecimiento del derecho, que correspondería a las inversiones que se hacen para que las cosas vuelvan a su estado inicial.

Ahora bien, teniendo en cuenta el alcance de la segunda modalidad que comprende el concepto de daño emergente, el cual, reitera la Sala, tiene que ver con los gastos o inversiones que el damnificado le correspondería asumir para que el bien dañado vuelva al estado inicial en el que se encontraba antes de la comisión del delito[[2]](#footnote-2), y si a ello le aunamos aquellos eventos en los que sea necesario hacer erogaciones para procurar el reconocimiento de los perjuicios por la vía judicial[[3]](#footnote-3), tal situación podría generar confusiones respecto de la aludida modalidad del daño emergente con todo aquello que tiene que ver con el tema de las costas procesales, las cuales vendrían siendo, como bien nos lo indica el articulo 361 C.G.P. la inversión económica que a modo de cargas las partes deben asumir para sufragar los gastos por concepto de expensas y agencias en derecho.

Por ello, a fin de evitar ese tipo de enredos en lo cuales, como aconteció en el caso en estudio, se le dé un indebido tratamiento de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, a las expensas y agencias en derecho, se ha esclarecido que el concepto de daño emergente solo está circunscrito a la disminución patrimonial que por factores externos al proceso pero que con ocasión al mismo hubiere sufrido alguna de las partes. Mientras que por costas se debe entender:

*“Los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio. La noción incluye las expensas y las agencias en derecho.*

*(::::)*

*Por su parte, las expensas son los gastos necesarios realizados por cualquiera de las partes para adelantar el proceso, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos y los curadores, los impuestos de timbre, el valor de las copias, registros, pólizas, gastos de publicaciones, etc. A su vez, las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, esto es, el pago de los honorarios de los profesionales del derecho que cada parte debió contratar para adelantar la gestión.*

*De esa manera, aunque las expensas incluyen los gastos necesarios para adelantar el proceso, no abarca los honorarios que se paguen a los abogados, porque estos corresponden a las agencias en derecho, que constituyen un rubro adicional a aquellas, integrando el concepto de costas…..”[[4]](#footnote-4).*

Al aplicar lo anterior al caso en estudio en el que se observa que el tema en discusión tiene que ver con el reclamo del pago de los gastos asumido por la victima por concepto de viáticos y honorarios de abogados, los cuales por estar intrínsecamente asociados con el proceso es obvio que deben hacer parte del concepto de costas procesales y no de perjuicios materiales, por lo que válidamente se puede concluir que en el presente asunto, tanto el *A quo* como el apelante le han dado un indebido tratamiento de perjuicios materiales a aquello que debía ser considerado como simples y meras costas del proceso.

Tal problemática relacionada sobre el tema consistente en que **las costas procesales no hacen parte de la condena por perjuicios** **materiales** fue ampliamente dilucidada por la Sala de Casación Penal de la Corte, cuando en el ya aludido precedente jurisprudencial expuso lo siguiente:

***“Siguiendo los anteriores lineamientos, es clara la diferencia que existe entre la condena en costas y la de perjuicios, por lo que no es dable involucrar en la liquidación de perjuicios, aspectos propios de la liquidación de costas, como es el caso del reconocimiento de gastos judiciales y agencias en derecho, ya que estos deben concretarse en la forma y por el procedimiento que más adelante se analizará……”[[5]](#footnote-5).***

Por lo tanto, para la Colegiatura tanto el *A quo* como el recurrente se equivocan cuando en el proveído confutado y en la alzada le dan un tratamiento de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, a los viáticos que le fueron reconocidos a las víctimas por valor $695.000, así como a los conceptos que por agencias en derecho por los cuales se negó su correspondiente pago, los que, como bien lo pudo demostrar la Sala, hacen parte del rubro de costas procesales, las que a su vez son susceptibles de ser reconocidas mediante el tramite especial regulado en el artículo 366 C.G.P.[[6]](#footnote-6), el que opera después de la ejecutoría de la providencia que le ponga fin a la actuación procesal.

Ante tal situación, y a fin de enmendar los yerros y equívocos en el que incurrieron tanto el *A quo* como el recurrente, la Sala procederá a revocar el fallo opugnado en todo aquello que tiene que ver con las condenas efectuadas en contra de los Procesados de otrora por concepto del pago de los viáticos, los cuales, reiteramos, fueron incorrectamente asimilados como si fueran perjuicios materiales, para que una vez que se encuentre en firme el proveído que le ponga punto final a la presente actuación procesal, la 1ª instancia proceda a iniciar el trámite reglado en el artículo 366 C.G.P. a efectos que se liquiden las expensas que por concepto de costas y agencias en derecho le haya correspondido asumir a la víctima en el presente asunto con el fin de hacer valer sus derechos.

Ahora bien, con la anterior decisión se podría decir que la Sala ha desconocido los postulados del principio de la prohibición de reforma peyorativa o *reformatio in pejus*, consagrada en el inciso 2º del articulo 20 C.P.P. si partimos de la base que nos encontramos en presencia de un apelante único, el representante de las víctimas, el cual como bien lo ha reconocido la jurisprudencia también es beneficiario de esa garantía procesal[[7]](#footnote-7); pero pensar de esa manera seria acudir a un sofisma de distracción, en atención a que la medida tomada por la Colegiatura con el objeto de enderezar la presente actuación para que la misma pueda transitar por los cauces normales del debido proceso, en vez de perjudicar a las victimas lo único que hace es favorecerla, porque se le brinda una nueva oportunidad para que en el escenario procesal idóneo pueda solicitar, con los soportes documentales del caso, la correspondiente liquidación de las costas del proceso, la cual, como bien lo enunciamos en párrafos anteriores, incluyen los tópicos de expensas y agencias en derecho.

**B) LA NO APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 241 DE LA DECISIÓN # 486 DE LA COMUNIDAD ANDINA.**

Argumenta el recurrente que el A quo en el fallo impugnado pecó por omisión al no aplicar en contra de los Procesados de otrora las condenas patrimoniales consagradas en el artículo 241 de la Decisión # 486 de la Comunidad Andina, la cual es del siguiente tenor literal:

“Artículo 241.- El demandante o denunciante podrá solicitar a la autoridad nacional competente que se ordenen, entre otras, una o más de las siguientes medidas:

a) el cese de los actos que constituyen la infracción;

b) la indemnización de daños y perjuicios;

c) el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;

d) la prohibición de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior;

**e) la adjudicación en propiedad de los productos, materiales o medios referidos en el literal c), en cuyo caso el valor de los bienes se imputará al importe de la indemnización de daños y perjuicios[[8]](#footnote-8);**

f) la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción, incluyendo la destrucción de los productos, materiales o medios referidos en el literal c) o el cierre temporal o definitivo del establecimiento del demandado o denunciado; o,

g) la publicación de la sentencia condenatoria y su notificación a las personas interesadas, a costa del infractor.

Tratándose de productos que ostenten una marca falsa, la supresión o remoción de la marca deberá acompañarse de acciones encaminadas a impedir que se introduzcan esos productos en el comercio. Asimismo, no se permitirá que esos productos sean reexportados en el mismo estado, ni que sean sometidos a un procedimiento aduanero diferente.

Quedarán exceptuados los casos debidamente calificados por la autoridad nacional competente, o los que cuenten con la autorización expresa del titular de la marca”.

Pero al realizar por parte de la Sala un análisis sistemático e integral de las disposiciones consagradas en la normatividad de marras, se tiene que la misma nos enseña que su razón de ser no es otra diferente que la protección o el amparo de la propiedad intelectual; si a ello le aunamos que los señores DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN GÓMEZ fueron declarados penalmente responsables por incurrir en la comisión del delito de imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias, tipificado en el artículo 373 C.P. el cual ampara el interés jurídico de la salud pública, seria válido colegir que en el presente asunto no procederían las sanciones pecuniarias consagradas en el enunciado artículo 241 de la Decisión # 486 de la Comunidad Andina, en atención a que ambas normas protegen intereses u objetos jurídicos completamente diferentes.

Cuestión distinta seria que la declaratoria de responsabilidad criminal de los Procesados de otrora hubiese sido por incurrir en la comisión de alguno de los delitos cuyo objeto jurídico es la protección de los derechos de autor, consagrados en el Libro II, Titulo VIII, Capitulo Único del C.P. porque en esos casos, en el escenario de la indemnización de perjuicios, si procederían las normas comunitarias del área andina, las que según el decir de los recurrentes fueron echadas de menos por el Juez de primer nivel, en atención a que dichos reatos si amparan la protección de la propiedad intelectual.

En resumidas cuentas, la Sala es de la opinión que en el presente cargo no le asiste la razón los reclamos formulados por el recurrente, en atención a que las disposiciones del artículo 241 de la Decisión # 486 de la Comunidad Andina no son aplicables al caso en estudio.

**C) EL DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD PROBATORIA EN EL ESCENARIO DE LA ACREDITACIÓN DEL LUCRO CESANTE.**

La inconformidad expresada por el recurrente en el presente cargo, radica en que no comparte la decisión del *A quo* para: *i)* Descalificar el testimonio rendido por la Sra. ANGÉLICA JOHANA SUAREZ, con el cual, según opinión del apelante, válidamente se pudo acreditar la perdida de utilidad que el accionar delictivo de los declarados penalmente responsables le ocasionó a la sociedad “Indega” S.A. la cual fue tasada en la suma de $400.000.000,oo. *ii)* Condicionar la acreditación de dichos perjuicios materiales a una prueba pericial.

Sobre los cuestionamientos que en el presente cargo el recurrente ha efectuado en contra del fallo opugnado, inicialmente se tiene que en efecto la libertad probatoria, consagrada en el artículo 372 C.P.P. se erige como uno de los principios rectores del derecho probatorio, el cual consiste en lo siguiente:

*“Así, entonces, el mencionado principio de libertad probatoria debe estudiarse bajo una doble perspectiva, a saber:*

*a) Que ley (sic) no impone la demostración de un hecho con un determinado elemento de juicio, y*

*b) Que el funcionario judicial goza de liberalidad de arribar a un conocimiento con cualquier elemento de convicción, sin que le sea dable exigir uno determinado para cumplir con la obligación de apreciar los medios de prueba, con respeto a los principios que rigen la sana crítica.*

***A su vez, el postulado de idoneidad de la prueba está referido a que una vez valorados los conceptos de pertinencia y utilidad, conforme a la actividad probatoria desplegada en el trámite del proceso, la probanza debe tener capacidad suficiente para demostrar el acontecer que interesa al objeto del debate en procura de arribar al conocimiento más allá de toda duda, con relación a la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado en orden a proferir un fallo de carácter condenatorio****…….”[[9]](#footnote-9).*

Pero es de anotar que dicho principio rector, como bien lo dijo la Corte en el antes enunciado precedente jurisprudencial, en nada se contrapone con los conceptos de utilidad o de idoneidad probatoria, los cuales tienen que ver con el poder suasorio que tenga la prueba o la capacidad de la prueba para acreditar o demostrar lo pretendido por los sujetos procesales. Por lo tanto, a pesar de que las partes con absoluta libertad pueden acudir a cualquier medio probatorio para demostrar su teoría del caso[[10]](#footnote-10), deben ser cuidadosas en la prueba escogida, en atención a que existen unas pruebas que, en ciertos casos específicos, respecto de otras tienen un mayor poder suasorio o de convicción. Así tenemos, por vía de ejemplo, que para demostrar la ocurrencia de un detrimento patrimonial, en lo que atañe con el daño emergente consolidado o el lucro cesante, tiene mayor poder suasorio la prueba pericial que la testimonial; de igual forma la prueba documental, vg. la grabación en una cinta de video de una cámara de seguridad, tendría un mayor valor de convicción para demostrar la ocurrencia de un hurto que una prueba testimonial.

En el caso en estudio se tiene que representación de las víctimas, en vez de acudir a una prueba de mayor poder de convicción como lo sería la prueba pericial, vanamente se pretendió demostrar la ocurrencia de algo tan técnico como lo es el lucro cesante con el testimonio de la Sra. ANGÉLICA JOHANA SUÁREZ por parte de las víctimas; razón por la que atinadamente el *A quo* descalificó la credibilidad de todo lo dicho por esa testigo en atención a que se trataba de una persona que no es experta en temas contables, aunado a que no se sabe bajo qué presupuestos o a qué bases contables acudió para expresar que la sociedad agraviada aquejó una pérdida de sus ingresos en la suma de $400.000.000,oo.

Se dice que la Testigo ANGÉLICA JOHANA SUÁREZ llevó a cabo un estudio de la disminución de las ventas que se presentaron en el área de influencia de las delincuencias perpetradas por los reos, pero en el proceso se desconoce en qué consistió ese estudio, en qué zona se llevó a cabo, qué metodología se utilizó, cuáles eran los promedios de las ventas hechas por *Indega S.A.* a cuánto ascendían las ganancias de los condenados por la venta de los productos reembotellados, etc…

A lo anterior, se hace necesario aunar que si las víctimas pretendieron traer a la actuación procesal a la testigo ANGÉLICA JOHANA SUÁREZ con el propósito que fungiera en calidad de perito, entonces todo lo dicho por esa declarante debería ser catalogado como ilegal por contrariar el debido proceso, y por ende debe ser excluido de la actuación procesal según las voces del articulo 23 C.P.P. en atención a que se desconocieron las formalidades consagradas en el artículo 414 C.P.P. las cuales consagran como presupuesto para la procedencia de esa prueba el inicial descubrimiento de un informe en el que se consigne la base de la opinión pericial del experto, lo que por desgracia no aconteció en el presente asunto.

En resumidas cuentas estamos en presencia de una prueba que bien podría ser catalogada como de ilegal, la cual, además, carece del suficiente poder suasorio como para poder demostrar que la sociedad agraviada por concepto de lucro cesante sufrió un detrimento patrimonial de $400.000.000,oo.

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que el Juez *A quo* estuvo atinado en la apreciación del acervo probatorio, en atención a que no incurrió en los yerros denunciados por el apelante, cuando decidió que las victimas con las pruebas presentadas en el tramite incidental no demostraron que la sociedad agraviada tuvo un detrimento patrimonial de $400.000.000,oo por concepto de lucro cesante.

Con base en todo lo antes expuesto, la Sala al momento de desatar la alzada tomará una decisión mixta, la cual será del siguiente tenor:

1. Revocar el fallo opugnado en todo aquello que tiene que ver con las condenas proferidas en contra de los Procesados de otrora a resarcir a la víctima la suma de $695.000,oo por concepto de daño emergente, lo que no correspondía a ese rubro sino al de costas procesales.
2. Confirmar el proveído confutado respecto de la decisión tomada por el A quo de abstenerse de condenar a los reos a cancelar a la víctima la suma de$400.000.000,oo por concepto de lucro cesante.

Finalmente, y como quiera que no se le dio la razón al recurrente, acorde con lo consignado en el artículo 365 C.G.P. se condenará en costas, las cuales serán liquidadas por la Secretaría del *A quo* acorde con el procedimiento consagrado en el artículo 366 ibídem.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo proferido el seis (6) de agosto del 2.015 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, en el cual no se accedió a condenar a los otrora Procesados DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN GÓMEZ a resarcir a las victimas la suma de $400.000.000,oo por concepto de lucro cesante.

**SEGUNDO:** **REVOCAR** el fallo opugnado en todo aquello que corresponde con las condenas impuestas a los reos DIEGO FERNANDO JIMÉNEZ y ADRIANA PATRICIA PINZÓN GÓMEZ para que indemnicen a las víctimas con el pago de la suma de $695.000,oo por concepto de daño emergente

**TERCERO: ORDENAR** que una vez que se encuentre en firme el proveído que le ponga punto final a la presente actuación procesal, la 1ª instancia proceda a iniciar el trámite reglado en el artículo 366 C.G.P. a efectos que se liquiden las expensas que por concepto de costas y agencias en derecho eventualmente le haya correspondido asumir a la víctima en el presente asunto.

**CUARTO: CONDENAR** en costas al recurrente.

**QUINTO: DECLARAR** que contra de la presente decisión procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. *Statu Quo Ante* [↑](#footnote-ref-1)
2. Vg. Los gastos que le correspondería asumir en terapias físicas a una persona que fue arrollada por un vehículo automotor para volver a caminar normalmente. [↑](#footnote-ref-2)
3. La contratación de Letrados, el pago de peritos, viáticos de abogados, notificaciones, etc… en caso que la persona del ejemplo anterior decida acudir a los estrados judiciales para procurar la indemnización de los perjuicios que le fueron causados. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del trece de abril de 2.011. Rad. # 34145. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, precedente citado con antelación. (Negrillas fuera del texto original. [↑](#footnote-ref-5)
6. El cual es aplicable al presente asunto en virtud de los postulados del principio de integración. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver entre otros: Sentencia C-591 del 2.005 de la Corte Constitucional, y Sentencia del 14 de mayo del 2.014. Rad. # 42763 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se dijo que la Prohibición de la reforma peyorativa no opera solo para el Procesado, sino para todas las partes que intervienen en la actuación procesal. [↑](#footnote-ref-7)
8. Negrillas fuera del texto original. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de dieciocho (18) de mayo de 2011. Rad. # 35668. M. P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-9)
10. Salvo que sean pruebas solemnes o *Ad Solemnitatem*, las cuales tienen que ver con una serie de formalidades exigidas por la ley para otorgarle validez a ciertos actos jurídicos y su acreditación probatoria. [↑](#footnote-ref-10)