

Señores

**MAGISTRADOS SALA DE CASACION PENAL  
HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
BOGOTA**

**ACCION DE TUTELA (PRIVADO DE LIBERTAD CARCEL PICOTA)  
ACCIONADOS: JUZGADO PROMISCOUO CIRCUITO SAN JOSE DEL GUAVIARE  
TRIBUNAL SUPERIOR SALA PENAL Y JUZGADO 23 DE EJECUCION PENAS Y  
MEDIDAS DE BOGOTA:  
DEMANDANTE: ALVEIRO GOMEZ DIAZ.**

**ALVEIRO GOMEZ DIAS**, mayor de edad, privado de la libertad por cuenta del Juzgado 23 de Ejecución Penas y Medias de Bogotá, en la Cárcel PICOTA KILOMETRO 5 VIA USME Patio 3 EXTRUCTURA 1, por virtud de la condena de 8 años impuesta por el JUZGADO PROMISCOUO CIRCUITO DE SAN JOSE DEL GUAVIARE - GUAVIARE, confirmada por el H. TRIBUNAL SUPERIOR DE VILLAVICENCIO META, por el delito de HURTO CALIFICADOO Y AGRAVADO, identificado como al pie de mi firma, actuando en nombre propio con todo respeto manifiesto a usted que en ejercicio del derecho de tutela consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, por medio de este escrito IMPETRO Acción de Tutela contra el JUZGADO PROMISCOUO CIRCUITO DE SAN JOSE DEL GUAVIARE, SALA PENAL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE VILLAVICENCIO META, a fin de que en un término prudencial perentorio, se me amparen los derechos fundamentales vulnerados al DERECHO AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA y ADERECHO ALA LIBERTAD.

#### **HECHOS:**

Me encuentro privado de la libertad por cuenta del Juzgado 23 Ejecución Penas y Medidas de Bogotá, proceso No.95 00161 053122008 80 15100 condenado por el delito de HURTO

---

CALIFICADO Y AGRAVADO, a la pena de 8 años de prisión, o 96 meses, sentencia que fue confirmada por el H. Tribunal Superior Sala Penal de Villavicencio Meta, y posteriormente el proceso fue remitido al Juzgado 23 de Ejecución Penas y Medias de Bogotá, encontrándose descontando pena, en la Cárcel la PICOTA en la ciudad de Bogotá.

Resulta que me encuentro condenado por hechos sucedidos ocurridos en el año 2008, vinculado a una investigación de HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO artículo 240 Modificado ley 813 de 2003 artículo 2 Modificado ley 1142 de 2007 la pena de pena será de prisión de seis (6) a catorce (14) años si el hurto se cometiere....3.- Con escalamiento, o violando o superando seguridades electrónicas otra semejantes...

Luego la pena teniendo en cuenta el mínimo que correspondía a seis (6) años, y de conformidad con la circunstancia de agravación punitiva artículo 241. 10... por 2 o más personas que se hubieren reunido o acordado... aumentaría de la mitad a las  $\frac{3}{4}$  partes.

Es decir que, la pena partiría de seis (6) años aumentado hasta de la mitad a las  $\frac{3}{4}$  partes, es decir que la pena serían 9 años. Esta sería la pena que le correspondería al suscrito 9 años. Pues el aumento del artículo 267.1 se realiza es a la pena máxima de acuerdo a los parámetros de que trata el artículo 60.2.

Ahora bien, como quiera que se determinó que el suscrito actuó en calidad de cómplice artículo 30 C.P., la pena que me correspondería haciendo la operación aritmética sería de 48 meses, dado que esa sería la mitad de los 9 años de prisión (productor de la suma del mínimo 6 años aumentado en una tercera parte) y no 8 años, como se dijo por parte del señor JUEZ PROMISCO DEL CIRCUITO DE SAN JOSE DEL GUAVIARE. Es decir que la Juez Promiscuo Circuito de San José del Guaviare, se equivocó al tasar la pena y me impuso una muy superior a la que me correspondía, pese a ser determinado como cómplice.

Y como si lo anterior fuera poco, la defensa interpuso recurso de apelación contra el fallo, pero no se refirió al cuanto de la pena impuesta equivocadamente, pues la defensa no se dio cuenta de ello y

paso por alto, esta circunstancia tan grave para el suscrito, sin embargo apelo por cuanto consideraba que no existía la prueba para ser condenado, y el H. Tribunal Superior de Villavicencio Meta, en su providencia donde resolvió el recurso de alzada, al referirse a los beneficios o subrogados manifestó: que de acuerdo a lo previsto en el artículo 63 de la ley 599 de 2000 modificado por la ley 1709 de 2014, no procede el subrogado de la Condena de Ejecución Condicional, e igualmente dijo que el delito por el cual se me condenaba tenía prohibición de beneficios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 A C.P., modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014 por tratarse de HURTO CALIFICADO, sin tener en cuenta que para la época en que sucedieron los hechos no estaba en vigencia la ley 1409 de 2014, por lo tanto mal podría referirse a esta ley que entre otras cosas ni por principio de favorabilidad me beneficiaba .

Adicional a esto la señora Magistrada, a los cinco (5) años de estar en su Despacho mi proceso y quien tenía la obligación de revisar la legalidad del trámite procesal, no se dio cuenta que en este caso, al momento de proferir la sentencia de segunda instancia ya el fenómeno jurídico de la prescripción había operado, veamos porque:

LA IMPUTACION EN ESTE CASO SE RALIZO el día 13 de JUNIO DE 2008, y el artículo 86 C.P., inciso 1, modificado por la ley 890 del 2004 artículo 6 prevé lo siguiente: La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción del término de la prescripción, este comenzara a correr por un término igual al de la mitad del señalado en el artículo 83 en este evento el termino no podrá ser inferior a cinco (5) años ni superior a diez (10) años.

Desde Junio 13 de 2008 a Junio 12 de 2018 fecha en que se profirió el fallo en segunda instancia, transcurrieron diez (10) años, más, del doble de la pena que equivocadamente me impuso la señora JUEZ PROMISCOUO CIRCUITO DE SAN JOSE DEL GUAVIARE, cuando de acuerdo a la norma antes transcrita, transcurrido la mitad del máximo de la pena, estaría prescrita la misma, y dice que el termino no puede ser inferior a 5 años ni superior a 10 años, aquí transcurrieron 10 años, pero recordemos que aunado a este yerro el suscrito, solo es responsable de la mitad de la pena máxima, luego entonces, no cabe duda que ya cuando se profirió el fallo había operado el fenómeno

---

jurídico de la prescripción, tampoco de esto se percató la señora Magistrada que resolvió la segunda instancia, sin tener en cuenta que la pena que me correspondía era la mitad, es decir que cuando la Magistrada resolvió, hacía mucho tiempo ya estaba prescrita la misma, sin embargo, incurrió en este yerro al no revisar y realizar las operaciones matemáticas para determinar tal circunstancia, como lo indica los artículos 86 y 83 C.P.

Señores Magistrados cuando el Despacho del H. Tribunal Superior de Villavicencio Meta, decide resolver el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia proferido por la Juez del Circuito de San José del Guaviare ya había perdido competencia para ello, pues había prescrito la pena, toda vez que desde la audiencia de imputación hasta ese momento del fallo (segunda instancia) habían transcurrido 10 años, y lo que debía transcurrir era la mitad de la pena y el suscrito estaba en calidad de cómplice. No entiendo como el Tribunal Superior de Villavicencio, permanece 5 años con el proceso al Despacho y no se percata de esta circunstancia al momento de preferir el fallo para declarar la prescripción. La verdad esto si debía ser objeto de investigación disciplinaria.

Tampoco el señor JUEZ 23 DE EJECUCION PENAS Y MEDIDAS de Bogotá, ha querido re dosificar y mucho menos reconocer que ya opero el fenómeno jurídico de la prescripción.

## **DERECHOS VULNERADOS**

### **DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

Se vulneró el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la C.N., si se tiene en cuenta que la ley dispone que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio, para determinar esta circunstancia, basta con remitirnos a las normas vigentes para la época de la ocurrencia de los hechos, aún no había entrado en vigencia la ley 1409 de 2014, es decir que la señora MAGISTRADA

---

PATRICIA RODRIGUEZ TORRES, en el fallo de segunda instancia al mencionar que el delito que se me enrostró tenía la prohibición del artículo 68 A C.P., vulnero el principio de legalidad de que trata el artículo 6 C.P.

De igual manera la señora Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare vulneró el debido proceso al imponerme una multa de pena que no era el que me correspondía, como ya lo dije anteriormente la pena eran 6 años aumentado hasta en la mitad (artículo 241), es decir la suma arroja 9 años, pena que me correspondía, por cuanto el aumento del agravante del 267.1 no lo podía hacer al mínimo, este se le realiza al máximo de la pena, de acuerdo a los parámetros de que trata el artículo 60 C.P. Es decir que la pena que me correspondía era de 48 meses de prisión, la mitad de los 9 años.

Quiere decir lo anterior que la señora Juez al momento de dosificar la pena e imponer la pena se equivocó totalmente, por cuanto la que le correspondía realmente era una pena de cuatro (4) años, la mitad de los 9 años. Vulneración grave al debido proceso,

De otro lado, como si lo anterior fuera poco, al momento de proferir sentencia de segunda instancia, la Magistrada hizo referencia a que el suscrito no tenía derecho a la prisión domiciliaria por cuanto los hechos cometidos por el suscrito es decir el HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, estaba en el listado de los prohibidos en el artículo 68 A C.P., igualmente se refirió a la ley 1409 de 2014, desconociendo totalmente que los hechos que generaron la sentencia sucedieron en el año 2008 cuando aún no estaba en vigencia la ley 1409 de 2014. Situación que vulnera flagrantemente el principio de legalidad de que trata el artículo 6 Código de las Penas.

El debido proceso la Doctrina lo ha definido como el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguren a la largo del mismo una recta y cumplida Administración de justicia, al igual que la libertad, la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones proferidas conforme a derecho.

El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia y satisface todos los requerimientos

condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material.

En este caso, se me vulneraron flagrantemente mis derechos fundamentales, tales como el debido proceso al imponerme una pena totalmente equivocada y aplicarse normas equivocadas, sin tener en cuenta el principio de que trata el artículo 6 Código Penal y además proferir un fallo en segunda instancia en el H. Tribunal Superior Sala Penal, cuando la acción penal ya estaba prescrita y por su puesto el de la libertad, pues me hallo recluido en un Centro Carcelario condenado a una pena que no me corresponde por un delito cuya pena ya se halla prescrita, por todas estas irregularidades que van en contravía de la ley, me encuentro privado de la libertad y el señor defensor que designe para mi defensa no la asumió en debida forma, es decir no me defendió, lo que constituye también falta de defensa, ni siquiera se percató que estaba mal dosificada la pena, e igualmente que cuando se profirió el fallo en segunda instancia ya había operado el fenómeno jurídico de la prescripción. E igualmente el señor Juez 23 de Ejecución Penas y Medidas tampoco se ha preocupado por tratar de re dosificar la pena.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la acción de tutela contra providencias judiciales, no es excepcional sino excepcionalísima, pues corre el demandante con la carga de demostrar la presencia de una o de varias causales de procedibilidad.

En este caso señores Magistrados mediante esta tutela es el único medio que me queda para buscar que se me protejan mis derechos fundamentales, pues fui condenado a una pena que no era la que me correspondía, no tuve defensa diligente para que peleara por mis derechos y evitara la imposición de una condena injusta y un tratamiento desconocedor de mis derechos fundamentales ante los Juzgados de primera y Segunda Instancia, he demostrado las razones por las cuales el asunto planteado involucra directamente derechos fundamentales y la única forma de hacerlo en esas condiciones es con la demostración de los defectos procedimentales que fuera de la órbita de la autonomía e independencia que caracteriza la función judicial se configura una decisión que en realidad solo es con la expresión arbitraria e ilegítima del órgano Judicial.

---

Como ya lo dije cuando se me condeno la pena que correspondía eran 9 años, disminuidos en la mitad, es decir 48 meses, en ese sentido la omisión de proceder constituye una vulneración a las garantías procesales estructurales del debido proceso, violación que se mantiene a pesar del paso del tiempo, por lo que solicito señores MAGISTRADOS, que se tenga en cuenta las flagrantes vulneraciones a mis derechos fundamentales al haber sido condenado a una pena de manera errada que no era la que me correspondía, y en segundo lugar, que el HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR SALA PENAL DE VILLAVICENCIO en donde se conoció la apelación haya dejado prescribir en su despacho la pena y sin embargo, se haya olvidado manifestarlo, cuando era su obligación haber realizado las operaciones aritméticas y observando que había prescrito, por que guardaba silencio, pues desde la IMPUTACION AL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA transcurrieron 10 años y el suscrito era cómplice, pero muy tranquilos resolvieron por encima lo relacionado con la apelación y por supuesto el suscrito, en un centro carcelario pagando una pena que ya estaba prescrita cuando se resolvió la segunda instancia, contrario sería si hubiese sido capturado el suscrito antes de dictarse el fallo el fallo, pero no el suscrito solo hasta el presente año fue capturado.

Es por lo que considero que realmente si procede esta acción de manera excepcional, pues pese al tiempo que ha transcurrido desde que se profirió el fallo, solo hasta ahora que fui capturado, antes de la pandemia ya cuando estaba en firme el fallo y además ya he enviado solicitud de red osificación al JUEZ DE EJECUCION PENAS Y MEDIDAS, porque ni siquiera sabía que tenía captura, es que estoy sufriendo el perjuicio tan grande a consecuencia de dicho fallo, que no fue notificado.

Solicito de manera especial que se me estudie esta acción de tutela de manera excepcional, pues no tengo otro medio al cual acudir, pues la pena que se me impuso fue equivocada, y aplicando normas que no estaban vigentes para el momento de la comisión de los hechos, para negarme beneficios y además que fue proferido un fallo cuando ya había prescrito la pena.

No tengo otra opción, pues señores Magistrados cómo es posible que el H. Tribunal Superior de Villavicencio Meta, no se dio cuenta que

estaba prescrita la pena, sería el colmo que tendría el suscrito que acudir otra vez al H. Tribunal a una acción de revisión cuando en este momento no debería estar privado de mi libertad, es injusto.

La tutela no puede constituir una instancia adicional al proceso ordinario, sino que por el contrario, su uso es restringido, luego por regla general no es procedente contra providencias judiciales fundadas en los principios de autonomía Judicial y seguridad Jurídica, no obstante la regla general tiene una excepción que opera cuando el peticionario de la protección demuestre la configuración de una de las causales que fueron compiladas en las sentencias C 590 DE 2005 SU 515 2013 y SU 636 de 2015.

El Juez está sujeto a la ley que en este caso no le permitía la imposición de una pena caprichosa y arbitraria, por ultimo no tuve defensa Judicial que mediante la aplicación de conocimientos me evitara la imposición de una pena arbitraria

Espero que no por el hecho de que sea el suscrito un interno carente de defensa, no se le dé el trámite que merece mi demanda.

### **PRETENSIONES:**

Primero.- Que se me amparen los derechos Constitucionales fundamentales al debido proceso, a la defensa técnica, la libertad y demás, en consecuencia, por haberse incurrido en vías de hecho por defectos procedimentales expuestos en la parte motiva de esta acción de tutela.

Segundo.- Se ordene restablecer mis derechos vulnerados en un término no mayor a 48 horas, teniendo en cuenta que se me impuso una pena equivocada, que no me correspondía.

Tercero.- se ordene a quien corresponda se declare la prescripción de la pena, toda vez que el HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR SALA PENAL DE VILLAVICENCIO META, se pronunció cuando ya había operado el fenómeno jurídico de la prescripción. Artículo 86 y 83 C.P.

---



Tercero.- Se tomen las determinaciones a que haya lugar a fin de que no se me sigan vulnerando mis derechos fundamentales.

### **PRUEBAS**

Anexo: Fotocopias de la sentencia en primera instancia, de la resolución acusatoria en primera y segunda instancia.

### **JURAMENTO**


Bajo la gravedad del juramento le manifiesto que por los mismos hechos y derechos no he presentado petición similar ante ninguna autoridad judicial.

### **DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES**

El accionante en la Cárcel la picota kilómetro 5 Vía USME

Los accionados en el Palacio de justicia de SAN JOSE DEL GUAVIARE y PALACIO DE JUSTICIA DE VILLAVICENCIO META. Y EL JUZGADO 23 DE EJECUCION PENAS Y MEDIDAS EN LA CIUDAD DE BOGOTA.

Cordialmente,

  
Alveiro Gomez Diaz  
**ALVEIRO GOMEZ DIAZ**  
CC 17.348.987  
TS 104965  
PATIO 3 ESTRUCTURA 1.  
T.D. 104965



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO  
JUDICIAL DE VILLAVICENCIO  
SALA PENAL

Magistrada Ponente: **PATRICIA RODRÍGUEZ TORRES**

Radicación: 95025 61 05 312 2008 80151 01  
Procedencia: Juzgado Promiscuo Circuito de San José del  
Guaviare  
Denunciante: De oficio  
Procesados: Nelson Antonio Díaz y Albeiro Gómez Díaz  
Delito: Hurto calificado y agravado  
Motivo Alzada: Apelación sentencia condenatoria  
Aprobado: Acta No 075  
Fecha: 12 JUN 2018  
Decisión: Confirma  
Lectura: 27 JUN 2018

**I. LA DECISIÓN.**

Decide la Sala el recurso de apelación sustentado oportunamente por la defensa de **Nelson Antonio Díaz Guacarapare y Albeiro Gómez Díaz** contra la sentencia condenatoria emitida el veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013), por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, por el delito de hurto calificado y agravado.

**II. PRESUPUESTOS FÁCTICOS.**

Los hechos que dieron origen a la presente actuación tuvieron ocurrencia el trece (13) de junio de dos mil ocho (2008), en horas de la madrugada en el establecimiento de razón social Interrapidísimo, ubicado en la carrera 22 N 8

- 23 del barrio Centro de San José del Guaviare, lugar al que ingresaron varias personas y con ayuda de un soplete, abrieron la caja fuerte y sustrajeron setenta y seis millones quinientos noventa mil cien pesos (\$76.590.100).

Miembros de la Policía Nacional alertados sobre los hechos iniciaron labores investigativas y se desplazaron por varios sitios de la ciudad y aproximadamente a las 7:00 de la mañana, encontraron en el puesto de control policial Arazá, específicamente en el lugar denominado "porkys", a William Ramírez Roa - ahijado del dueño del establecimiento comercial, quien había laborado allí; el que fue trasladado a las instalaciones de la Sijin y se le halló la suma de dieciséis millones cuatrocientos treinta mil pesos (\$16.430.000), que ocultaba en sus genitales y medias, al igual que un llavero con diez (10) llaves del propietario de Interrapidísimo Antonio Gerley Zubieta Gracia.

En el mismo sitio y de forma concomitante con Ramírez Roa, fueron interceptados los procesados Nelson Antonio Díaz Guacarapare y Albeiro Gómez Díaz, los que igualmente llevaban en sus genitales la suma de dos millones (\$2.000.000) y tres millones setecientos cincuenta mil pesos (\$3.750.000); respectivamente.

### III. ACTUACIÓN PROCESAL.

En audiencia del trece (13) de junio de dos mil ocho (2008), el Juzgado Promiscuo Municipal con función de Control de Garantías de San José del Guaviare declaró la legalidad de las capturas de William Ramírez Roa, Nelson Antonio Díaz Guacarapare y Albeiro Gómez Díaz, decisión contra la que los defensores interpusieron los recursos de reposición y en subsidio de apelación.

Seguidamente, la Fiscalía atribuyó a los implicados el delito de hurto calificado y agravado que contemplan los artículos 239 y 240, numerales 1 y 3; 241, ordinal 10 y 267, numeral 1 del Código Penal, modificado por los artículos 38

y 51 de la Ley 1142 de 2007, con la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 10 del artículo 58 ibídem, cargos que no aceptaron.

Por solicitud de la Fiscalía, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, decisión que fue objeto de los recursos de reposición y apelación<sup>1</sup>.

El escrito de acusación fue presentado el once (11) de julio de dos mil ocho (2008)<sup>2</sup> y el doce (12) de agosto de dos mil ocho (2008), el Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, en decisión de segunda instancia declaró la ilegalidad de las capturas de Ramírez Roa, Díaz Guacarapare y Gómez Díaz, al igual que revocó la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario que les fue impuesta y dispuso su libertad inmediata<sup>3</sup>.

El nueve (9) de septiembre de dos mil nueve (2009), el Juzgado Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare<sup>4</sup>, realizó audiencia de formulación de acusación, oportunidad en la que William Ramírez Roa manifestó su intención de aceptar los cargos atribuidos por la Fiscalía, razón por la cual se dispuso la ruptura de la unidad procesal y la continuación del trámite ordinario respecto de Díaz Guacarapare y Gómez Díaz<sup>5</sup>.

Posteriormente, el veintisiete (27) de julio de dos mil diez (2010), en audiencia preparatoria el Juzgador se pronunció sobre las solicitudes probatorias de las partes que manifestaron que en sesión de juicio oral presentarían las estipulaciones probatorias<sup>6</sup>.

El once (11) de julio de dos mil once (2011) se inició el juicio oral, oportunidad en la que Fiscalía y defensa presentaron la teoría del caso y las estipulaciones

<sup>1</sup> Ver folios 5 y ss. del cuaderno de audiencias preliminares.

<sup>2</sup> Ver folios 12 y ss. del cuaderno del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San José del Guaviare.

<sup>3</sup> Orden de libertad N. 026. Ver folios 34 y ss. ibídem.

<sup>4</sup> El funcionario judicial se declaró impedido para conocer del juicio, al haber fungido como Juez de Control de Garantías de segunda instancia y la Sala Penal del Tribunal Superior de este Distrito lo declaró infundado mediante providencia del doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009). Ver folios 4 y ss. del cuaderno del Tribunal.

<sup>5</sup> Ver folios 73 y ss. del cuaderno I de la actuación.

<sup>6</sup> Ver folios 96 y ss. ibídem.

probatorias<sup>7</sup>.

El veinticuatro (24) de agosto de dos mil once (2011), se procedió a la práctica de pruebas y rindieron testimonio los policiales Alejandro Daza Lesmes y Robinson Colorado Marín con quienes se introdujeron las actas de derechos del capturado e incautación de sumas de dinero, entre otros<sup>8</sup>.

En sesión del quince (15) de mayo de dos mil doce (2012), concurrió como testigo Nelson Enrique Zubieta Barrios – empleado de interrapidísimo a quien se puso de presente las entrevistas que rindió el trece (13) de junio y once (11) de julio de dos mil ocho (2008)<sup>9</sup>.

Culminadas las pruebas de la Fiscalía, rindieron testimonio por la defensa, William Ramírez Roa – capturado el día de los hechos y quien aceptó los cargos; James Ariel Rozo Garzón y Rómulo Niño Torres - patrono y amigo de Albeiro Gómez Díaz, respectivamente, éste último con quien se introdujo una letra de cambio del seis (6) de noviembre de dos mil ocho (2008) por valor de cuatro millones de pesos (\$4.000.000)<sup>10</sup>.

El veintidós (22) de junio de dos mil doce (2012), Nelson Antonio Díaz Guacarapare y Albeiro Gómez Díaz renunciaron a su derecho a guardar silencio y rindieron testimonio en juicio oral. Seguidamente, las partes presentaron alegatos de clausura<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Se trata de reseña dactiloscópica – informe de individualización y/o verificación de identidad, arraigos y álbum fotográfico. Ver folios 239 y ss. del cuaderno 1 de la actuación.

<sup>8</sup> Se introdujo el informe de investigador de campo e informe ejecutivo del 13 de junio de 2008, al que se allegaron tres (3) actas de incautación de dinero de la misma fecha, en las que se relacionaron 75 billetes de denominación de \$50.000 pesos para un total de \$3.750.000 pesos y un celular marca Nokia 6101 correspondiente a lo hallado al procesado Albeiro Gómez Díaz; 100 billetes de denominación de \$20.000 pesos para un total de \$2.000.000 pesos y un celular Samsung SGHX636 correspondiente a lo hallado al procesado Nelson Antonio Díaz Guacarapare y; 99 billetes de denominación de \$20.000 pesos, 103 billetes de denominación de \$50.000 pesos, 186 billetes de denominación de \$50.000 pesos para un total de \$16.430.000 pesos, un llavero con 10 llaves y un celular marca Nokia 1100 correspondiente a lo hallado al procesado William Ramírez Roa; informe de investigador de campo FPJ-11 del 10 de julio de 2008; informe de investigador de campo FPJ-11 del 6 de agosto de 2008 y el programa metodológico del 23 de junio de 2008, solicitud de la Policía Nacional a interrapidísimo, entrevista FPJ-14 del 5 de agosto del mismo año. Record 23:03 y ss.

<sup>9</sup> Ver folios 117 y ss. del cuaderno original 2 de la actuación. La Fiscalía renunció a los testimonios de Héctor Wilson Linares Flórez, Murleny Barrios de Zubieta, Antonio Gerley Zubieta Gracia Q.E.P.D. y el del representante legal de interrapidísimo. Record: 09:55 y ss.

<sup>10</sup> Record 39:15 y ss. de la sesión del 15 de mayo de 2012.

<sup>11</sup> Ver folios 127 y ss. del cuaderno 2 de la actuación. Record: 05:43 y ss.

El dieciocho (18) de junio de dos mil trece (2013), la juzgadora anunció el sentido condenatorio del fallo, al igual que impartió el traslado de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004<sup>12</sup>.

#### IV. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

La Juez Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, luego del análisis respectivo, consideró que se cumplían los presupuestos que contempla el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir sentencia condenatoria en contra de los acusados Díaz Guacarapare y Gómez Díaz por el delito de hurto calificado y agravado<sup>13</sup>.

Para sustentar su decisión, tuvo en consideración las pruebas practicadas, a instancias de la Fiscalía, cuya reseña efectuó y valoró, en especial, el testimonio del policial Robinson Colorado Marín, quien relató que los procesados se encontraban en actitud sospechosa en el puesto de control Arazá, específicamente en el lugar denominado "porkys", quienes fueron trasladados a las instalaciones de la Sijin y se les halló oculto en sus genitales, dinero en efectivo del que no justificaron su procedencia.

Igualmente, tuvo en cuenta que el implicado William Ramírez Roa – quien aceptó los cargos en audiencia de formulación de acusación manifestó inicialmente que había contado con la ayuda de Díaz Guacarapare y Gómez Díaz, quienes no lograron justificar su presencia en dicha época en la localidad de El Retorno – Guaviare.

Refirió que, aunque no se halló registro alguno del ingreso de los implicados Díaz Guacarapare y Gómez Díaz a dicho municipio; lo cierto es que se estableció que William Ramírez Roa ingresó a El Retorno el doce (12) de junio de dos mil ocho (2008), a eso de las 3:45 de la tarde en un vehículo particular proveniente de Granada – Meta, sin que se estableciera las identidades de sus

<sup>12</sup> Folios 177 y ss. *ibidem*.

<sup>13</sup> Folios 200 y ss. *ibidem*.

ocupantes, toda vez que solamente se registraba una persona por vehículo.

Indicó que, los testimonios de la defensa no ameritaban credibilidad, pues la declaración rendida por William Ramírez Roa fue: "parcial, incompleta y amañada", al igual que careció de la contundencia suficiente, en cuanto omitió detalles trascendentes sobre los demás supuestos partícipes de los hechos, sus circunstancias, el grado de colaboración en la ejecución del delito y la forma en que fueron utilizadas las herramientas que permitieron abrir la caja fuerte.

Adujo que en relación con los demás testimonios se evidenció que eran "circunstanciales", en cuanto simplemente hicieron referencia a las razones por las que Albeiro Gómez Díaz había viajado a El Retorno - Guaviare, pero no les constaba nada trascendente sobre los hechos; razones por las que consideró se cumplían los presupuestos para emitir condena en contra de los procesados en calidad de cómplices de la conducta punible de hurto agravado y calificado.

En ese orden, a efecto de la dosificación punitiva señaló que los extremos oscilaban entre ciento noventa y dos (192) a trescientos setenta y ocho (378) 441 meses de prisión, disminuyó el mínimo en la mitad (1/2), en virtud de lo previsto en el artículo 30 del Código Penal y fijó la sanción definitiva para los procesados en noventa y seis (96) meses, correspondientes a ocho (8) años de prisión.

Igualmente, impuso a Díaz Guacarapare y Gómez Díaz inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de libertad; a los que negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, al no encontrar acreditadas las exigencias sustanciales que contemplan los artículos 63 y 38 del Código Penal<sup>14</sup>.

## V. LA IMPUGNACIÓN.

El defensor de los procesados interpuso y sustentó recurso de apelación en el que se refirió inicialmente a lo señalado por el Juez de Control de Garantías que en segunda instancia declaró la ilegalidad de su captura y en especial, consideró que era nula de pleno derecho la manifestación de William Ramírez Roa sobre la participación en el ilícito de Díaz Guacarapare y Gómez Díaz.

Sostuvo que el testimonio de William Ramírez Roa, quien aceptó los cargos en audiencia de formulación de acusación fue claro en señalar a Eluid Mancera alias "Eliecer" y otro sujeto que los transportó en un vehículo Sprint, color rojo, como coautores del hurto; versión que se acreditó con los giros efectuados, a través de la empresa interrapiidísimo días antes de los hechos a favor del primero y con el registro del ingreso del automotor a San José del Guaviare.

Argumentó que los acusados Díaz Guacarapare y Gómez Díaz relataron con claridad las circunstancias en que se produjo su captura, la presencia en el lugar denominado "porkis" y la razón por la que tenían dinero en efectivo por valor de dos millones de pesos (\$2.000.000) y tres millones setecientos cincuenta mil pesos (\$3.750.000), respectivamente.

Indicó que la Fiscalía no realizó esfuerzo alguno por localizar a Eluid Morales Mancera, como tampoco, presentó en el juicio oral ninguna prueba que incrimine a los procesados, tales como huellas o los elementos hurtados, dado que centró su teoría del caso en el dinero que les fue hallado, que constituye un indicio circunstancial, que no demuestra la responsabilidad de sus representados.

Adujo que el a quo desacertó al afirmar que existían "vacíos" en el testimonio de William Ramírez Roa y restar valor a las declaraciones de James Ariel Roza Garzón y Rómulo Niño Torres - patrono y amigo de Albeiro Gómez Díaz,



respectivamente, pues fueron consistentes en acreditar su presencia en el municipio y la procedencia del dinero que le fue incautado.

Con fundamento en lo anterior, solicitó revocar la sentencia impugnada y que en su lugar, se profiriera fallo absolutorio en favor de sus representados.

## **VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

### **4.1. De la competencia**

Es competente esta Sala de Decisión para conocer de la presente apelación interpuesta contra la sentencia impugnada, de conformidad con el ordinal 1, del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

### **4.2. Del conocimiento para condenar.**

Para dilucidar el planteamiento del recurrente, inicialmente debe señalarse que de conformidad con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para emitir sentencia de carácter condenatorio se requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado.

Del análisis de los argumentos de la defensa, se evidencia que cuestiona el juicio emitido por el a quo frente a la responsabilidad de Nelson Antonio Díaz Guacarapare y Albeiro Gómez Díaz en el delito de hurto calificado y agravado que se les atribuye, razón por la que a continuación se referirá la Sala a los planteamientos contenidos en el recurso.

A efecto de sustentar su pretensión, la defensa se refirió de forma extensa a lo señalado por el Juez de Control de Garantías que en segunda instancia declaró ilegal la captura de los procesados.

Sobre el particular, debe aclarar la Sala que el análisis que efectúa el Juez de Conocimiento, a efecto de establecer si existen los presupuestos para condenar debe circunscribirse a las pruebas practicadas y debatidas en el juicio oral, de conformidad con el aludido artículo 381 de la Ley 906 de 2004, y de ninguna manera, a lo decidido por los Jueces de Control de Garantías, como lo pretende el recurrente al invocar de forma extensa los argumentos que en su momento, esgrimió el Juez que en ejercicio de la función de control de garantías, declaró en segunda instancia la ilegalidad de la captura de los procesados.

Frente a este aspecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado<sup>15</sup>:

"(...) si un juez de control de garantías concluye que el imputado efectivamente fue sorprendido y capturado durante la comisión de la conducta punible, ello sólo es trascendente para el análisis de la medida preventiva, pero bajo ninguna circunstancia puede tenerse como hechos demostrados a efectos de establecer la responsabilidad penal. Esto último (la responsabilidad penal) debe resolverse en el juicio oral, por un juez imparcial, luego de un debate regido por los principios de inmediación, concentración, contradicción, confrontación, etcétera (Art. 16 de la Ley 906 de 2004).

(...) Si se asume, como lo insinúan (...) que la captura en flagrancia, y las decisiones que al respecto tome el juez de control de garantías, implican dar por probado algunos hechos de cara al análisis de la responsabilidad penal del procesado, se dejarían sin efecto los principios rectores del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, así como las garantías judiciales mínimas de los procesados, simple y llanamente porque la responsabilidad penal no se resolvería con base en la prueba *"que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento"*, como lo ordena el artículo 16 ídem".

<sup>15</sup> Sentencia 2017 del 15 de marzo de 2017, radicado 48.175, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

En ese orden, no resulta de recibo para la Sala la argumentación de la defensa, encaminada a predicar que la ilegalidad de las capturas de los procesados o la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta en primera instancia, incide en la valoración de los medios de prueba practicados e incorporados en el juicio oral, pues se trata de momentos procesales diferentes, cuyo análisis, ponderación y exigencias son sustancialmente disímiles, como se evidencia de la simple confrontación de los artículos 297 y siguientes de la Ley 906 de 2004, relativo a la captura; el artículo 308 de la misma ley adjetiva penal relacionado con los presupuestos para la procedencia de la medida de aseguramiento y el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Otro de los planteamientos del recurrente se centra en que el a quo debió otorgar plena credibilidad al testimonio de William Ramírez Roa, quien aceptó los cargos, al igual que a los testimonios de los procesados quienes renunciaron a su derecho de guardar silencio y relataron con claridad y concordancia lo sucedido el día de su aprehensión.

Para abordar dicho análisis, previamente debe la Sala referirse a las circunstancias en las que se condujo a los acusados a las instalaciones de la Sijin, que fueron referidas con detalle en el juicio oral por el policial Robinson Colorado Marín, quien relató que alertados sobre el hurto perpetrado iniciaron labores investigativas y al recorrer diferentes sitios de la localidad de San José del Guaviare, observaron en el sector de Arazá, específicamente en el lugar denominado "porkys", a tres personas en actitud sospechosa, a quienes condujeron a la estación de policía y allí les incautaron diferentes sumas de dinero escondidos en los genitales. Al respecto, refirió lo siguiente<sup>16</sup>:

"(...) se procedió a informar a todas las unidades para que estuvieran pendiente y se requisaran a todas las personas que se vieran sospechosas. Es cuando una patrulla informa que en el sector conocido como Arazá, se encontraban tres personas sospechosas y es por lo cual se procedió a trasladar a estas personas a la Unidad de la Sijin para identificarlas y establecer de qué personas se trataba (...) de esta misma forma el señor William saca de sus genitales una cantidad de dinero, de sus medias

<sup>16</sup> Record: 02:13:40 y ss. de la sesión del 24 de agosto de 2011.

también y manifestando que ese dinero era el que se habían hurtado, posteriormente se verifica a las otras dos personas y se les encuentra cantidad de dinero (...) Explíqueme al despacho porqué al momento en que los patrulleros que conocieron de primera mano a los indiciados, no se les encontró el voluminoso fajo de billetes con que presuntamente se encontraban ellos? Se les practicó la requisa pero no se les encontró el dinero ya que ellos lo tenían en los genitales, ellos una vez en las instalaciones los entregaron voluntariamente (...)"

Para la Sala, contrario a lo señalado por el defensor, surge de ostensible trascendencia el hecho de que las tres personas conducidas por los policiales se encontraban en el mismo sitio, a la misma hora y fueron observados, requeridos y conducidos a las instalaciones de la Sijin, en las que se les halló camuflado dinero en efectivo.

Frente a ello, William Ramírez Roa pretendió en el juicio oral señalar a otras personas y adujo que se trataba de Eliud Morales Mancera, alias "Eliecer" y otro sujeto que había contactado en Granada - Meta para que los transportara, persona que conducía un Chevrolet Sprint color rojo; igualmente sostuvo que el equipo necesario para abrir la caja fuerte se encontraba precisamente en el establecimiento de comercio y que una vez provistos se apoderaron del dinero que allí se encontraba, se separaron y luego se dirigió hacia la salida de San José del Guaviare, antes del retén de la entrada que se conoce como Arazá, lugar al que llegó la patrulla de Policía, le solicitó una requisa y lo condujeron a las instalaciones de la Sijin, en compañía de otras dos personas a quienes no conocía.

Sobre el particular, el aludido testigo de la defensa adujo lo siguiente<sup>17</sup>:

"(...) cuando yo me encontraba a la salida de San José esperando a Eliecer, ya había amanecido, entonces había mucha gente... yo estaba ahí y llegó un señor gordito y lo saludé, que posteriormente fue el que llevaron allá. El señor gordito es el que se encuentra ahorita en la audiencia con Albeiro que él estuvo privado de la libertad en el 2008. Cuando llegó el señor gordito y me dijo buenos días y, yo le dije buenos días y yo estaba ahí en las sillas del Arazá, llega una patrulla de la Policía y nos dijeron

<sup>17</sup> Record: 56-39 v. cc. de la sesión del 15 de mayo de 2012.

señores una requisita por favor, me requisaron a mí y requisaron a ese señor, cuando yo vi que estaban requisando al señor que se bajaba del taxi que es el que esta privado de la libertad en la Picota a don Nelson y fue cuando yo esperando la cédula y nada que me la entregaban, fue que de un momento a otro nos dijeron que nos teníamos que subir al carro, a la patrulla de la Policía que nos iban a llevar al comando, entonces yo accedí a subirme confiado, el otro señor si alegaba (...) cuando estábamos en el comando la cogen es contra mí, apenas yo me bajo, un policía me entrega a los agentes de la Sijin y me dicen espere un momento y verá, cuando llega un policía de civil como costeño y le dice si ese es, como asegurando lo que había pasado, los policías ya estaban alertados de lo ocurrido en la oficina de interrapiidísimo, entonces como yo soy muy conocido allá, fui el primer sospechoso cuando me vieron (...) entonces el intendente me requisita y en uno de los bolsillos, me encontró plata y me dice ¿esa plata de que es? Y yo le dije que era de la venta de la moto, se puso bravo porque yo no le decía la cantidad concretamente y después se lo entregó al teniente, que yo me sentí psicológicamente atrapado porque me cogieron con el dinero del hurto (...)"

Igualmente, este testigo adujo que fue compelido a involucrar a los dos procesados, los que ninguna participación tuvieron en el delito; empero, a juicio de la Sala es evidente su interés en favorecerlos, pues lo cierto es que el uniformado Colorado Marín relató con claridad las circunstancias en que los tres sujetos fueron observados en el mismo sitio, con intención de abandonar el municipio de San José del Guaviare pocas horas después de los hechos y a quienes de forma coincidente les fueron halladas sumas en efectivo dentro de sus genitales.

Ahora bien, el procesado Albeiro Gómez Díaz renunció a su derecho a guardar silencio y manifestó que trabajaba como ornamentador con James Ariel Rozo y llegó al Guaviare el doce (12) de junio de dos mil ocho (2008), es decir, un día antes de los hechos con el propósito de ejecutar una obra en un colegio de la localidad de El Retorno.

Precisó igualmente que se disponía a tomar transporte para regresar a la ciudad de Villavicencio, momentos en que fue abordado por la Policía para una requisita y le formularon Interrogantes sobre su presencia en el municipio, con

quien trabajaba, al igual que agregó que llevaba consigo la suma de cuatro millones doscientos mil pesos (\$4.200.000), que le había prestado un amigo de nombre Rómulo Niño Torres para la compra de una chatarra, a quien firmó una letra que respaldaba dicho préstamo<sup>18</sup>.

Indicó que entregó voluntariamente el dinero que "cargaba dentro de los genitales", lo que justificó en que por los retenes que efectuaba la fuerza pública optaba por no llevar dinero en el bolso, al igual que señaló que, pese a que era la segunda vez que visitaba San José del Guaviare y no conocía a ninguna persona, "iba con doble propósito, trabajar con don James y a la vez comprar chatarra"<sup>19</sup>.

Del mismo modo, Nelson Antonio Díaz Guacarapare renunció a su derecho a guardar silencio y rindió testimonio en el juicio oral, en que refirió que no conocía a William Ramírez Roa ni a Albeiro Gómez Díaz y que para el día de los hechos trabajaba en una finca de El Retorno y se dirigió a San José del Guaviare con destino final a la ciudad de Villavicencio; Igualmente adujo que coincidentemente, en el colectivo en que se transportaba iba igualmente Albeiro, pero que en ningún momento, habló con él, llegó al terminal, tomó un taxi a "porkis" y cuando llegó, la Policía ya tenía a "ese muchacho William" y luego llegó "este señor Albeiro"; indicó además que llevaba en la pretina del pantalón la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), que le regaló el señor Octaviano Roa en El Retorno para realizarse una cirugía de una hernia.

Al respecto señaló lo siguiente<sup>20</sup>:

"¿Dónde traía usted ese dinero, donde lo tenía? Lo tenía dentro de la pretina del pantalón porque resulta de que allá hay veces, usted sabe que hay grupos hay veces que lo paran a uno, lo requisan y le quitan la plata a uno, porque dicen que uno trae plata yo no sé para qué, como yo traía esos dos millones de pesos (\$2.000.000)... en la pretina del pantalón, mas no los tenía en los genitales como dice la policía. ¿Ese dinero como lo obtuvo, esos dos millones de pesos (\$2.000.000)? Ese dinero yo lo

<sup>18</sup> Record 53:50 y ss. de la sesión del 22 de junio de 2012.

<sup>19</sup> Record 01:09:38 y ss. ibídem.

<sup>20</sup> Record: 14:18 y ss. de la sesión del 22 de junio de 2012.

traía en billetes de veinte mil (\$20.000), Octaviano me lo dio en El Retorno, el vino y atestiguó en la Fiscalía en la notaría y autenticó que me había dado esa plata, prácticamente esa plata me la había regalado él para la operación mía porque yo no tenía plata”.

En efecto, como se señaló anteriormente, aunque Willam Ramírez Roa pretendió excuipar a los procesados, lo cierto es que para la Sala contrariamente, este testimonio se muestra incoherente, en cuanto ningún detalle entregó para establecer el paradero de las dos personas con las que supuestamente perpetró el delito y contrariamente, fue interceptado en el mismo sitio de los acusados cuando pretendían abandonar dicha localidad, coincidentemente con dinero en efectivo escondido en los genitales.

De otro lado, los implicados para trataron de justificar su presencia en dicho sitio y las sumas que llevaban, al igual que la defensa hizo concurrir al juicio oral a James Ariel Rozo y Rómulo Niño Torres - patrono y amigo de Albeiro Gómez Díaz, respectivamente, con los que pretendió acreditar la presencia del procesado en San José del Guaviare y el préstamo que supuestamente se le hizo, por la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000) para comprar chatarra<sup>21</sup>.

Testimonios que a juicio de la Sala no ameritan credibilidad, en cuanto surge carente de lógica que Albeiro Gómez llegara a la localidad de San José del Guaviare a comprar chatarra e intempestivamente, optara por abandonar dicho sitio, máxime que ni siquiera aclaró el lugar en el que pretendía efectuar la compra o averiguó sobre dicha mercancía.

Al respecto éste acusado señaló lo siguiente<sup>22</sup>:

“¿Usted dice que se desplazó al Guaviare concretamente a qué, usted ya dio dos respuestas una, a hacer una estructura en un colegio en el retorno y la otra a comprar chatarra eso es cierto? Claro sí señor, yo viajé a terminar la estructura allá y a

<sup>21</sup> Record 15:15 y ss. y 31:25 y ss. de la sesión del 15 de mayo de 2012, respectivamente.

<sup>22</sup> Record: 01:03:53 y ss. de la sesión del 22 de junio de 2012.

comprar chatarra yo he tenido conocimiento que en esos pueblos así de pronto en tiempos libres sale uno a comprar chatarra, de hecho por allá sale muy buena chatarra (...) ¿Usted iba a comprar chatarra, donde y en que vehículo iba a transportar? Normalmente la subo siempre en camiones, de hecho desde ese sitio hacia acá suben camiones vacíos.

(...) ¿Don Albeiro usted tenía algún sitio donde comprar la chatarra? Un sitio preciso es muy difícil, eso le toca estar como yendo de casa en casa, como de pronto "vecino tiene chatarra para la venta" normalmente la gente acostumbra a guardar por ahí sus dos o tres kilitos de cobre, que hay esa puerta, que hay lata de cerveza, entonces sitio preciso no. ¿Don Albeiro, usted había venido antes a San José de Guaviare, antes de esa situación, antes de ser aprehendido? Si en una ocasión hace mucho tiempo. Usted conocía alguna persona aquí en San José de Guaviare? No señor. ¿Por qué razón bajaba usted al Guaviare a comprar chatarra, cual eran las ventajas? Yo iba hacer un trabajo al retorno y pues ahí se trata de hacer prácticamente negocio redondo, pues es mi trabajo y a la vez compro chatarra porque la chatarra es un negocio bueno".

Sobre el particular, aunque Rómulo Niño Torres concurrió al juicio oral a tratar de justificar el supuesto préstamo y entregó una letra de cambio, lo cierto es que surge incoherente que le entregara dicha suma y aquel no comprara nada, ni señalara los lugares en los que averiguó la mercancía, mientras que el testigo dijo sin mayor explicación que "no la alcanzó a comprar", sobre todo porque supuestamente, la iba a traer a una chatarrería de su propiedad<sup>23</sup>.

Por si fuera poco, frente a lo señalado por el acusado Nelson Díaz Guacarapare, en el sentido que el señor Octaviano Roa le "había regalado<sup>24</sup>" la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000) para una cirugía, se tiene que de forma contradictoria, luego adujo que se trató de un préstamo, lo que en todo caso, surge incoherente y carente de lógica, máxime que este no concurrió al juicio oral a someterse a la contradicción respectiva.

Áfirmaciones que igualmente evidencian el afán de los procesados por



sostener que llegaron a San José del Guaviare por motivos diferentes, no se conocían entre sí, ni a William Ramírez Roa y se encontraban solos para el momento en que fueron requeridos por los policiales en una desafortunada coincidencia que se extiende a la incautación de efectivo que todos escondían en sus genitales.

De otro lado, la defensa pretendió aplicar tarifa legal, al señalar que era necesario localizar a Eliud Morales Mancera, alias "Eliecer" y constatar lo afirmado por William Ramírez Roa, en el sentido que fue una de las personas con las que perpetró el delito, pues con claridad el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, contempla el principio de libertad probatoria, en el entendido que los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso se pueden probar por cualquiera de los medios establecidos en dicha norma procedimental o cualquier otro medio técnico o científico que no vulnere los derechos humanos.

En ese orden, a juicio de la Sala con las pruebas allegadas por la Fiscalía logró demostrar la responsabilidad de Nelson Antonio Díaz Guacarapare y Albeiro Gómez Díaz en el delito de hurto calificado y agravado.

Finalmente, debe señalarse que aunque la Juzgadora condenó a los procesados en calidad de cómplices, lo cierto es que de las pruebas anteriormente valoradas surge que se trataba de coautores, empero, en razón del principio de prohibición de reforma en disfavor del apelante único, contenido en el artículo 31 de la Constitución Política, no es viable agravar la situación de los procesados<sup>25</sup>.

Así las cosas y por las razones expuestas, encuentra la Sala que no asiste razón al recurrente en su inconformismo y por ende, confirmará la sentencia impugnada.

<sup>25</sup> Ver sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado SP2168-2016 del 24 de febrero de 2016. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

#### 4.3. De las medidas sustitutivas de privación de la libertad.

En razón del tránsito legislativo, la Sala analizará la situación de los procesados bajo la óptica de las modificaciones introducidas por los artículos 23 y 29 de la Ley 1709 de 2014, a los artículos 38 y 63 del Código Penal, respectivamente.

De este modo, el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, establece los siguientes requisitos para la concesión de esta medida sustitutiva: i). que la pena impuesta no sea superior a cuatro (4) años, ii). Que la persona condenada carezca de antecedentes penales y no se proceda por uno de los delitos contemplados en el inciso segundo del artículo 68 A del Código Penal y iii). Que en el evento de que existan antecedentes penales, las condiciones personales, sociales y familiares del sentenciado permitan concluir que no existe necesidad de ejecutar la pena en establecimiento carcelario.

En el presente caso, no se cumple el primer presupuesto, pues la sanción impuesta a los implicados supera el límite de cuatro (4) años señalado por el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014; a lo que se suma que el artículo 68 A del Código Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, prohíbe la concesión de subrogados penales cuando se trata, como en este caso, del delito de hurto calificado.

*No es la vigente en el año 2008.*

De manera que, al no reunirse el requisito objetivo y encontrarse el delito de hurto calificado en la lista de conductas excluidas de la concesión de subrogados penales, no hay lugar a otorgar esta medida sustitutiva y surge, por ende, innecesario ahondar en el requisito relativo al arraigo familiar y social de los sentenciados.

En lo relacionado con la prisión domiciliaria, el artículo 38 B del Código Penal, que adicionó al estatuto represor el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, se

tiene que establece como requisitos para su concesión: i) que la pena mínima prevista para el delito por el que se procede sea de ocho (8) años o menos; ii) que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso segundo del artículo 68A de la ley 599 del 2000 y, iii) se demuestre arraigo familiar y social del sentenciado.

En ese orden, aunque se cumple el presupuesto objetivo pues la pena mínima no supera los ocho (8) años de prisión, lo cierto es que, tal y como se indicó se trata de una conducta incluida expresamente en el artículo 68 A del Código Penal modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, razón por la que no resulta procedente su concesión y por ello se confirmará la determinación adoptada por el a quo.

Finalmente la Sala compulsará copias para que se investigue la conducta de los testigos Rómulo Niño Torres y William Ramírez Roa, en razón de sus afirmaciones bajo juramento en el juicio oral que pueden constituir el delito de falso testimonio.

En consecuencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en Sala de Decisión Penal, "Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley",

#### RESUELVE:

**Primero. Confirmar integralmente** el fallo condenatorio proferido el veintinueve (29) de agosto de dos mil trece (2013), por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare - Guaviare, en contra **Nelson Antonio Díaz Guacarapare y Albeiro Gómez Díaz** por el delito de hurto calificado y agravado.

**Segundo. Compulsar** copias para que se investigue la conducta de los testigos Rómulo Niño Torres y William Ramírez Roa, en los términos señalados en precedencia.

**Tercero:** Contra la presente sentencia procede el recurso de casación en la forma y términos establecidos por los artículos 180 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

**Notifíquese y Cúmplase,**

  
**PATRICIA RODRÍGUEZ-TORRES**

Magistrada

**EN USO DE PERMISO**

**FROILAN SANABRIA NARANJO**

Magistrado



**MANUEL ADOLEO RINCÓN BARREIRO**

Magistrado