

República de Colombia



Tribunal Superior de Cúcuta

Sala Penal

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA SALA PENAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente:
LUIS GUIOVANNI SÁNCHEZ CÓRDOBA

Aprobado según Acta No. 454

San José de Cúcuta, septiembre nueve (9) de dos mil diecinueve (2019)

1. ASUNTO POR RESOLVER

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la doctora Claudia Cecilia Bautista Salazar, en calidad de Fiscal 142 Especializada, contra la sentencia fechada diciembre 19 de 2018 que absolvió a la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, por los cargos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

2. SINOPSIS FÁCTICA

Los hechos son fijados en la sentencia de alzada, de la siguiente manera:

"Se extrae de la investigación que el 21 de julio de 2004, en horas del mediodía, el señor SALOMÓN FREITE MUÑOZ, escolta de la Fiscalía General de la Nación adscrito al CTI, retiró de su cuenta personal con la entidad CONAVI, la suma de TRES MILLONES NOVENTA Y CINCO MIL PESOS (\$3.095.000).

Posteriormente, luego de realizar el retiro, salió del Centro Comercial Bolívar hacia la residencia ubicada en la Av. 9e # 9-30 del barrio La Riviera a entregar el dinero a una funcionaria de la Fiscalía General de la Nación, según encargo de otro funcionario de la misma entidad, siendo perseguido en este trayecto por sujetos que se movilizaban en un vehículo Renault 12 de color oscuro, con rines de lujo, y en una motocicleta.

En el momento en que se encontraba timbrando en la puerta de la residencia mencionada, sujetos desconocidos lo abordaron, lo despojaron del dinero, de su arma de dotación y le dispararon ocasionándole la muerte inmediata."

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 7 de junio de 2018 la Fiscalía 142 Especializada, profirió resolución de acusación¹ en contra de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, como coautora del delito de homicidio agravado en concurso con hurto calificado y agravado, teniendo en cuenta los hechos ocurridos el 21 de julio de 2004 en los que falleció el señor Salomón Freite Muñoz, dicha decisión no fue recurrida.

El 12 de julio de 2018 se avocó la etapa de la causa por parte del Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Funciones Mixtas de Cúcuta y se dispuso correr a los sujetos procesales, el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

El 19 de septiembre de 2018, se realizó la audiencia preparatoria.

El día 31 de octubre de 2018 se dio inicio a la audiencia pública, culminado el debate probatorio el mismo día, y emitió sentencia la instancia absolviendo a la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno por los cargos endilgados.

Inconforme con la determinación, la doctora Claudia Cecilia Bautista Salazar, en su condición de delegada fiscal interpuso recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad.

4. DECISIÓN DE LA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cúcuta absolvió de los cargos a la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno en aplicación del principio *in dubio pro reo*, y los fundamentos de la decisión fueron los siguientes:

Que si bien es cierto las pruebas permiten señalar que los señores Frandy Palomino Torrado y Dumas Alexander Romero Villamizar, fueron las personas responsables de la muerte del señor Salomón Freite, no obstante se desconoce la participación de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno en tales hechos.

Que sólo se tiene un reconocimiento fotográfico realizado por el señor Pérez el 30 de agosto de 2012, donde se señala a la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, como aquella mujer que se encontraba en la escena delictiva, pero en la ampliación de la entrevista de éste testigo, se realiza un nuevo reconocimiento con vulneración al debido proceso comoquiera que no se siguieron las pautas del artículo 304 de la Ley 600 de 2000, por lo que esta prueba debe ser excluida.

Que el ente acusador hizo referencia en algunos apartes de la investigación a unos registros fílmicos de cámaras de seguridad, pero este material no pudo ser ubicado y allegado al proceso.

No se corroboraron los señalamientos sobre la participación de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, en la banda delincuencia que operaban los señores Dumas y Palomino.

¹ Folios 62 del cuaderno original. No. 4

Que no existen pruebas determinantes para concluir la contribución de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, en los hechos endilgados, máxime cuando los testigos presenciales se contradicen sobre la presencia de una mujer dentro de los causantes del homicidio.

Que no existen elementos de convicción que permitan asegurar que la señora Restrepo Moreno, participó en los hechos punibles por los que se acusa, dado que el único señalamiento directo se encuentra plagado de irregularidades que ponen en tela de juicio la legalidad procesal.

Que en esa medida, la Fiscalía no logró demostrar con suficiente certeza la responsabilidad de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, por ende cobra fuerza la duda razonable para absolver a la procesada de los cargos endilgados.

5. APELACIÓN

Recurrente

5.1 La doctora Claudia Cecilia Bautista Salazar, en su condición de fiscal delegada 142 Especializada solicita² se revoque la determinación de la instancia y se condene a la acusada, exponiendo los siguientes argumentos:

Las labores de indagación desarrolladas por la Policía Judicial, y en especial la recolección de los testimonios de Jorge Enrique Pérez Flórez, Jean Carlos Fernández Contreras, Jesús Antonio Palomino y María Aide Torres Puerta, dan cuenta de la existencia de una banda criminal dedicada a cometer delitos de hurto en la modalidad fleteo, cuyos integrantes eran Frandy de Jesús Palomino Torrado, Dumas Alexander Romero e Ivon Maritza Restrepo, entre otros.

Cada integrante de la organización cumplía una labor, y se estableció que en el hecho endilgado participaron cinco personas, entre ellas una mujer que fue identificada como Ivon Maritza Restrepo.

Establecidos los testigos presenciales del atentado en contra del señor Salomón Muñoz, se vislumbró que existían dos enfoques visuales que se complementaban para establecer la realidad de lo acaecido.

El señor Edwin Bolívar, quien expuso como fue abordado e intimidado por los agresores, así mismo las acciones que desplegaba la víctima antes de ser ultimada.

Y el señor Jorge Pérez, quien detalló el número de personas que participaron en los hechos, y la presencia de una femenina a quien identificó en álbum fotográfico como Ivon Maritza Restrepo.

De las narraciones se confirma que el atentado contra el señor Salomón, fue cometido por una banda delincencial, organizada y con división de trabajo,

² Folio 1 cuaderno No. 6.

pues incluso contaban con vehículos que permitían asegurar los fines propuestos.

Se tienen pruebas inequívocas, entre ellas un cotejo de ADN, que demuestran la participación del señor Frandy Palomino Torrado, en el homicidio y hurto de la víctima, así mismo de la participación del señor Dumas Alexander Romero, quien convivía con la señora Restrepo, y formaban una banda de delincuencia organizada.

La Policía Judicial desde el informe rendido el 27 de diciembre de 2004, aportó a la investigación la identificación e individualización de los presuntos autores del homicidio de Salomón Muñoz, reseñando que Ivon Maritza Restrepo Moreno, convivía con Dumas Alexander Romero Villamizar, hacía parte de la banda de asaltantes y de acuerdo a los rasgos físicos y morfológicos conocidos, se encontró coincidencias con los retratos hablados elaborados con el testigo Jorge Pérez.

Que de acuerdo con la información recaudada, la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, fue la persona que momentos antes a la comisión del homicidio cambió de ubicación, de la motocicleta al vehículo Renault Negro, rodante estuvo parqueado en la esquina mientras se perpetraba el atentado, y después de los hechos, se tuvo conocimiento que tanto Dumas, como Ivon, huyeron de la ciudad de Cúcuta.

En diligencia de reconocimiento fotográfico el 30 de agosto de 2012, el señor Jorge Enrique Pérez Flórez, reconoce a la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, y al señor Dumas Alexander Romero Villamizar, como los miembros de la banda que intercambiaron lugares entre la motocicleta y el vehículo.

Del relato del testigo se observa que estuvo atento al desarrollo de lo que sucedió, explicando la ubicación geográfica para evidenciar los hechos, y la buena memoria para efectuar un retrato hablado el 29 de julio de 2004, y el reconocimiento el 30 de agosto de 2012.

El 14 de febrero de 2018 se practicó una diligencia de ampliación de declaración al señor Pérez, y allí se indagó sobre el reconocimiento fotográfico y en fila de personas realizado, precisando el testigo que la persona que reconocía como aquella que se bajó de la motocicleta era la situada en la fotografía 4 del folio 134 del cuaderno No. 3, y que no logró reconocer en fila de personas pues el aspecto físico cambió con el paso del tiempo.

El reconcomiendo en fila de personas practicado en diciembre de 2017 con el testigo Pérez, ocurrió 13 años después de los hechos, y 5 años después de la diligencia de reconocimiento fotográfico donde señaló a la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, luego es obvio que en la última oportunidad falló la capacidad para recordar, y transmitir el recuerdo, máxime cuando el aspecto físico de la procesada varió notoriamente.

EL testigo carece de interés en las resultas del proceso, su participación dentro de la investigación obedeció al cumplimiento de su deber frente al llamado de una autoridad judicial.

No se hizo alusión a la diligencia de reconocimiento fotográfico realizado por el señor Jean Carlos Fernández Contreras, donde informa que el día de los hechos capturaron a tres sospechosos del homicidio, y reconoció a dos personas.

Igualmente dejó de valorarse la declaración rendida por la señora María Aide Torres Puerta, madre de crianza del señor Frandy de Jesús Palomino, quien expone la vida de su hijo, el cambio en el comportamiento social, y la actividad delincencial que ejecutaba con Dumas, al punto de relatar que el día de los hechos arribaron a la vivienda, y observó lavaban las manos de Frandy con orines para quitar rastros de pólvora, y la discusión suscitada por la pérdida de una gorra en el lugar de unos hechos delictivos.

Los reconocimientos fotográficos de la señora María Aide Torres Puerta, son pruebas de la existencia de la banda criminal que conformaban Frandy de Jesús Palomino, Dumas Alexander Romero Villamizar, Ivon Maritza Restrepo Moreno y Miguel Antonio Mendoza.

María Aide Torres Puerta fue citada para realizar reconocimiento en fila de personas, sin embargo fue abordada por los familiares de Ivon Maritza Restrepo Moreno, para que no efectuara la diligencia.

La señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, si estuvo radicada en Venezuela, pero cuatro años antes a la captura, y no para el 21 de julio de 2004.

Adicional al indicio de mentira deducido de las manifestaciones de la implicada en sus intervenciones, se extraen otro indicio de la intimidación ejercida sobre los familiares de la señora Ivon, para que no fuese reconocida por la señora María Torres.

Conforme a lo anterior, emerge prueba directa de carácter testimonial clara y coherente, que acreditan la vinculación de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, a título de coautora en el homicidio y hurto del señor Salomón Freite Muñoz.

No Recurrentes:

5.2 El doctor Alexi Rafael Sandoval Orozco, abogado de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, por medio de un extenso escrito, solicitó confirmar la sentencia recurrida, para ello transcribió de forma literal lo expuesto por la gran mayoría de los testigos dentro del presente proceso penal.

Señaló de especial relevancia lo referido por el señor Jean Carlos Fernández Contreras, testigo presencial que no identificó a la procesada, y menos a los señores Dumas Alexander Romero Villamizar y Frandy de Jesús Palomino Torrado.

Que no se siguió la línea investigativa relacionada con los alias de "cañuto", "caliche", "palomo" y "pato", donde se relacionaba la participación de una mujer, alias "la flaca".

Que no se valoró la confesión realizada por alias Caliche a alias "Cañuto", de allí se desprende que el homicida es Carlos Saúl Bautista Reatiga, y posiblemente la mujer que participó en los hechos sea la señora Ludy Alexandra Delgado, esposa de alias Caliche.

El señor Jean Carlos Fernández Contreras, reconoce en el video a uno de los autores de los hechos, adicionalmente identifica a alias "Caliche", pero no a la procesada, ni al señor Dumas Alexander Romero Villamizar.

Que la Fiscalía realizó una errónea valoración del testimonio del señor Jorge Enrique Pérez Flórez, quien efectuó reconocimientos disparejos, insertando eventos fantasiosos para hacer creíble su relato.

Los reconocimientos en fila de personas que efectuó el señor Pérez Flórez, arrojaron resultados negativos, pese a que el testigo enaltecía su capacidad de rememoración.

Señaló un presunto aleccionamiento al testigo Jorge Enrique Pérez Flórez.

Que las fotos anexadas al álbum de reconocimiento del 30 de marzo de 2013, fueron acondicionadas para lograr similitudes a la imagen original allegada.

No existe reconocimiento fehaciente del señor Pérez Flórez, sobre la señora Ivon Martiza Restrepo Moreno.

La última diligencia de reconocimiento fotográfico, se encuentra afectada de ilicitud, pues se realizó con sólo dos fotografías, y sin la citación del abogado defensor.

Agregó que las características morfológicas dadas por testigo Pérez, sobre la mujer que participó en los hechos, no se compaginan con las de la procesada.

Que es contradictorio lo expuesto por el señor Jorge Enrique Pérez Flórez, en sus múltiples declaraciones, máxime cuando el testimonio de la dueña del negocio supermercado "la económica", refuta el dicho de éste testigo.

Que las muestras de ADN determinan que hay una probabilidad de 1 en 9.405.180.000.000 de que pertenezca la gorra encontrada al señor Frandy de Jesús Palomino Torrado.

Indicó que la testigo María Aide Torres Puerta, trae a colación un hecho imposible relacionado con la exhibición de una gorra, lo que genera perdida credibilidad, así mismo lo expuesto revela falta de pertinencia respecto los hechos endilgados, de allí que resulte increíble la presunta amenaza recibida para no realizar un reconocimiento en fila de personas.

Que se debe tener en cuenta la declaración del señor Jorge Iván Laverde Zapata, alias "el iguano", quien relata de forma significativa que la muerte del señor Freittes Muñoz, es atribuida como determinador a alias "el gato".

Que es un hecho cierto y notorio aceptado en justicia y paz, que todas las muertes de funcionarios del CTI fueron causados por las autodefensas de Norte de Santander.

La señora Ivon Maritza Moreno Restrepo, desde la indagatoria ha señalado que para la época de los hechos se encontraba en Venezuela, y desliga cualquier tipo de vínculo con alguna organización delincriminal.

Que se encuentra probado la ubicación de la señora Ivon Maritza Moreno Restrepo, en el país de Venezuela, por ende no puede atribuírsele responsabilidad penal.

Que se deben analizar los testimonios de descargos que acudieron a la audiencia pública, y que señalan tajantemente que el día de los hechos Ivon Maritza Moreno Restrepo, se encontraba en Venezuela.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la Fiscalía, siendo competente conforme el artículo 76.1 de la ley 600 de 2000.

La Sala abordará el estudio de la presente apelación de conformidad con el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal de 2000, que indica:

"Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la situación. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado".

6.1 Contexto General

Del acervo probatorio, surge la realidad irrefutable de la muerte del señor Salomón Freite Muñoz, tal como se evidencia en el informe pericial de necropsia, donde se consignó como conclusión su muerte violenta por proyectil de arma de fuego.

De igual modo, que éste fue asesinado mientras se encontraba ubicado en la Av. 9e # 9-30 del barrio La Riviera, y le fue hurtado un dinero retirado a priori en una entidad bancaria.

En efecto, sobre las concomitantes del hecho, y temas de prueba que no fueron objeto de discusión durante la actuación, se tiene que el día 21 de julio de 2004, el señor Salomón Freite Muñoz, retiró una suma de dinero en la entidad bancaria Conavi, y se dirigió a entregarlo en la vivienda situada en la Av. 9e # 9-30 del barrio La Riviera, lugar en el que fue interceptado, hurtado y asesinado por sujetos que lo perseguían desde el banco y que se desplazaban en una motocicleta y un vehículo automóvil.

En el lugar de los hechos, se situaban dos personas que de forma directa presenciaron los siguientes eventos:

El señor Jean Carlos Fernández Contreras, en declaración rendida el 21 de julio de 2004³, refirió que en virtud de su trabajo como conductor de vehículo de Bavaria, logró percibir:

"Eran como las 11:30 de la mañana y nos encontrábamos junto con el compañero EDWIN BOLIVAR estábamos parqueados frente al Colegio Domingo Sabio y el resto de negocios que quedan ahí, entonces el compañero se fue para el Colegio Domingo Sabio, yo me quedé sentado, entonces el compañero me gritó que le hiciera la factura al señor del Colegio, yo empecé a hacerla, y de repente vi venir un muchacho a pie que venía medio caminando y medio corriendo, y en seguida, llegó se atravesó un motorizado, que se parqueó frente al camión, luego se vino encima el de la moto y sacó un revólver y me lo colocó en la cintura, el metió la mano por la ventana, yo lo único que le dije es no tengo plata, porque pensé que me iba a robar, así siempre nos han atracado, el muchacho me dice con usted no es nada, y yo agache la cabeza, y cuando oí fue que sonaron disparos y el muchacho me dijo ahora sí escóndase, yo me metí en una casa, ahí donde venden muebles."-Sic-.

Adicionalmente, sobre las características de las personas que visualizó, se reseñó:

"PREGUNTADO: Sírvase informar las características físicas del sujeto que vio corriendo. CONTESTO: Él era bajito traía una gorra negra, era como gomelo, porque traía el pelo medio larguito, era como de unos 26 años, él era delgado, no le vi el color de piel, él iba corriendo pero no vi para donde se fue ni donde se estuvo, apenas pasó el muchacho llegó el muchacho de la moto, pero no pude ver que se hizo el que iba corriendo. Él iba corriendo hacia donde el señor, el señor, el muerto estaba parado en un murito, estaba timbrando. PREGUNTADO. Sírvase informar las características físicas del individuo que le apunto con el arma. CONTESTO: Él era delgadito, alto, color de piel blanquito, tenía gorra azulita decía NIKE, ojos castaño, no tenía bigote ni barba, tendría como de 19 a 20 años. La moto él la dejó ahí prendida, en la moto, él iba solo."

Agregó:

"El policía se encontró una gorra debajo del carro. Esa gorra la tenía el muchacho que venía corriendo.

El señor Jorge Enrique Pérez Flórez, en declaración del 21 de julio de 2004⁴, refirió:

Después de las 11:30 me encontraba dentro del negocio de la Esquina que se llama Microeconomía, estaba con la que atiende, ella es como la hija de la señora que figura en el listado, ahí estaban esa señora que atiende y el empleado, yo estaba hablando con la señora, yo vi a través de la ventana que da a la calle, vi un Renault – 12 negro, Rin de lujo de triángulos, en ese carro venían como cuatro tipos, de ahí se bajó uno y se montó a la moto y detrás llegó una moto Yamaha RX-115 color azul,

³ Cfr. Carpeta Original No. 1 a folio 11.

⁴ Cfr. Carpeta Original No. 1 a folio 13.

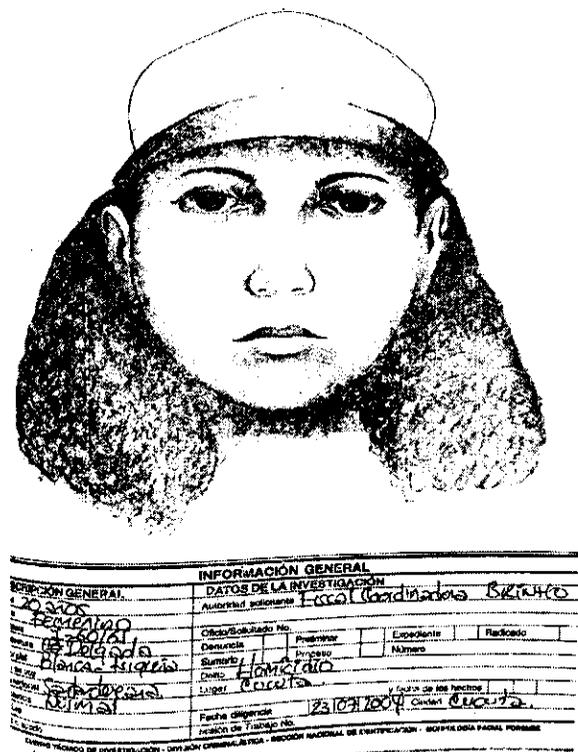
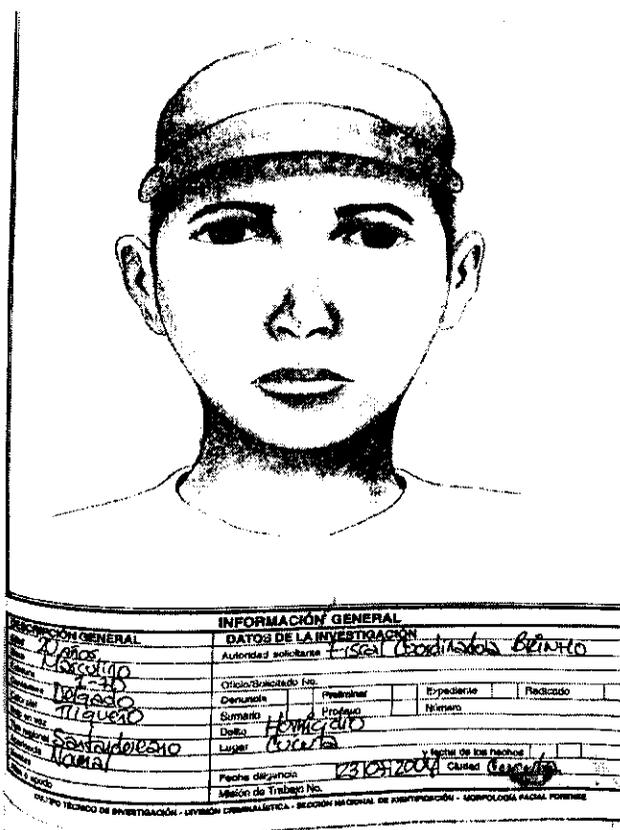
y traía una joven de parrillera, ella se bajó y se montó al carro, y del carro como dije montó uno a la moto, todos, incluyendo la muchacha llevan gorras, eso fue rapidito, eso no duro ni un minuto, yo le advertí a la señora del peligro de un atraco al negocio, la señora lo que hizo fue cerrar el negocio. Ella lo cerró con un seguro eléctrico que es demorado. El carro quedó ahí en la calle en ese momento, aorilladito, los de la moto se devolvieron en contravía donde estaba el señor de la camioneta y ahí mismo sonaron los disparos, pero no pudimos ver por la casa de al lado del negocio es con porche salido, escuchamos tres tiros, yo pensé en el de Bavaria, pero al mismo instante la señora quedó en la zona de la caja, yo estaba en la mitad del negocio, apenas sonaron los tiros el carro arrancó...

Sobre las características de las personas que logró visualizar, el testigo señaló:

"La mujer es una Sardina, es jovencita, tiene como 20 a 22 años, bajita, delgada, peli negro, hasta simpática, tez blanca, cara redonda, ella también llevaba gorra, iba en jean y franela, la franela era blanca, pero no recuerdo bien el color, todos iban en franelas y jean más bien vestidos, con apariencia de barrida. El otro que vi, era joven como de 22 años, de jean y franela, de gorra, delgado, sin bigote, tez trigueño claro, un poco más alto que yo como de 1,70 de estatura."

En esa medida, como pesquisas recopiladas en el lugar de los hechos, los policiales advirtieron la huida de los autores en una motocicleta y un vehículo marca Renault, con participación de una femenina, adicionalmente se halló una gorra, cuyo uso era atribuido por la ciudadanía a uno de los agresores - folio 216 y 217 Cuaderno 01 de la causa.

Conforme la anterior información, se obtuvieron las características de los presuntos autores de los hechos, y el **23 de julio de 2004** se realizaron los siguientes retratos hablados:



Ahora, en aras de establecer el móvil del homicidio del señor Salomón Freite Muñoz, se ejecutó una investigación retrospectiva sobre las actividades desplegadas por la víctima el día 21 de julio de 2004, y el motivo de su presencia en la Av. 9e # 9-30 del barrio La Riviera, sitio donde fue asesinado.

En esa óptica, se encontró que el señor Salomón Freite Muñoz, en las horas de la mañana del 21 de julio de 2004, se situaba en el corresponsal bancario denominado CONAVI, y allí retiró la suma de tres millones noventa y cinco mil pesos.

Tan pronto la víctima abandonó la entidad bancaria, se dirigió a la Av. 9e # 9-30 del barrio La Riviera, para entregar el dinero retirado a la doctora María Teresa Araujo, al llegar al lugar fue hurtado y asesinado por sujetos que huyeron en una motocicleta y en un vehículo marca Renault con rines de lujo.

Trazadas las actividades desplegadas por la víctima antes del deceso, se observó con apoyo de material video-gráfico, que mientras el señor Freite realizó la operación bancaria, a su alrededor se situaban unos sujetos –entre ellos una mujer- que de forma común vigilaban el retiro de dinero⁵.

Así mismo, se estableció que el señor Salomón tan pronto abandonó el Banco Conavi, se dirigió al parqueadero para abordar su vehículo, y en un punto del recorrido de la salida vehicular, la víctima se cruzó con un vehículo Renault oscuro que se movilizaba en dirección contraria.

Vehículo Renault en el que ingresaron tres sujetos⁶, y que junto con una motocicleta, siguieron al señor Salomón Freite, antes de ser interceptado y asesinado.

Mediante puesto de control vehicular, el día de los hechos la Policía Nacional logró ubicar un automóvil con las características dadas por el testigo Pérez Flórez, y que correspondían a un vehículo de marca Renault, de placas ADH-25J origen Venezolano, con rines de lujo, y de propiedad del señor Miguel Antonio Mendoza Avendaño, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.479.611 de Cúcuta, vehículo que fue vendido en días posteriores a la muerte del señor Freite.

Adicionalmente, por fuente anónima se tuvo conocimiento que el señor Miguel Antonio Mendoza Avendaño, lideraba una banda delinencial dedicada a cometer delitos de hurtos bajo la modalidad “fleteo”, de igual modo que Frandy Palomino Torrado, Dumas Alexander Romero Villamizar, e Ivon Maritza Restrepo Moreno, participaron en la muerte del señor Salomón Freite Muñoz, información que sirvió de base para encausar la investigación respecto estas personas.

En esa medida, se practicó entrevista al señor Jesús Antonio Palomino, quien comunicó sobre la muerte de su hijo Frandy Palomino Torrado, y afirmó la participación de éste en la muerte de un funcionario del CTI, por ende se

⁵ Cfr. Cuaderno original No. 2, a folio 80 o Cuaderno original No. 3, a folio 66.

⁶ Ibidem.

dispuso realizar un cotejo de ADN entre los restos moleculares encontrados en la gorra dejada en el lugar de los hechos por el sujeto que disparó en contra de la víctima, y las muestras de contenido genético obtenidas del cadáver del señor Frandy Palomino.

Arrojando la tipificación molecular de ADN y cotejo, que entre el perfil genético masculino obtenido de la gorra color negra F2680 y el perfil obtenido en la muestra de referencia F2739, mancha seca del N.N. Frandy de Jesús Palomino Torrado, es igual para los 13 marcadores moleculares analizados, es decir que el perfil de ADN en las dos muestras corresponden a la misma persona, y la probabilidad de que un individuo en el mundo tenga de forma exacta similar muestra molecular es de 1 en 9.405.180.000.000.⁷

Corroborada mediante prueba científica, que el señor Frandy de Jesús Palomino Torrado, actuó dentro de la ejecución de la muerte del señor Salomón Freite Muñoz, se ratifica lo expuesto por la fuente anónima sobre la participación de uno los autores de los hechos, permitiendo esto avanzar en la individualización de los demás coautores.

En consecuencia, en este punto se encuentra probado el iter criminis del homicidio del señor Salomón Freite Muñoz, esto es, que la víctima fue objeto de vigilancia por parte de unos sujetos desconocidos, entre ellos una mujer, desde que se encontraba en la entidad bancaria.

También que la víctima al abandonar el Banco Conavi, luego de retirar dinero, fue seguido por personas que se movilizaban en un vehículo de marca Renault oscuro, y una motocicleta.

Así mismo, que mientras se situaba en la Av. 9e # 9-30 del barrio La Riviera, fue interceptado, hurtado y posteriormente asesinado, participando en el hecho el señor Frandy de Jesús Palomino Torrado.

6.2 Sobre la participación de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno.

Como se ha expuesto, del contexto general se advierte la participación de una mujer dentro del trámite operativo que la causó la muerte al señor Salomón Freite Muñoz.

Así mismo, se tiene que desde los actos urgentes de investigación, se ubicó al señor Jorge Enrique Pérez Flórez, como testigo presencial de los hechos, quien desde la primera declaración comunicó a las autoridades acerca de la intervención de una mujer en la escena de los hechos, y la posibilidad de describirla morfológicamente.

En esa perspectiva, imperioso se torna para esta Corporación, en primer término analizar el poder suasorio de lo expuesto por el señor Jorge Enrique Pérez Flórez, y conforme el grado de credibilidad otorgado, adecuado se tiene establecer la comprobación de la participación de la procesada en los hechos endilgados.

⁷ Cfr. Cuaderno original No. 2, a folio 175.

6.2.1 Credibilidad del testigo Jorge Enrique Pérez Flórez.

Se tiene que el señor Jorge Enrique Pérez Flórez, rindió declaración inicial el 21 de julio de 2004⁸, es decir el día de los hechos, momento en el que comunicó la posibilidad de percibir hechos jurídicamente relevantes en la muerte del señor Salomón Freite Muñoz.

Ahora, al efectuar un análisis integral de las versiones rendidas por este testigo, encuentra esta Sala que el relato del señor Pérez, además de tener coherencia interna, fluidez y precisión, trae consigo circunstancias tan detalladas que no permiten dudas sobre lo vivenciado y la capacidad del testigo para visualizar el entorno.

Y es que de la fluida narración dada por el testigo, se advierte que ésta viene acompañada de riqueza circunstancial, descriptiva y precisa en los detalles que no permiten argüir alienación de cualquier tipo, nótese:

El señor Pérez es preciso en referenciar el motivo de su presencia cerca al lugar de los hechos, ello a causa del desempeño laboral que desplegaba como vendedor de chocolates LUKER, ofreciendo productos el 21 de julio de 2004 en el supermercado La Economía.

De igual modo, es preciso referir, la posibilidad fenomenológica de percibir, por la ventana del negocio donde se ubicaba, lo acaecido dentro de su rango de visión, esto es, la presencia de un vehículo Renault con rines de lujo, y en cuyo interior se hallaban cuatros sujetos, y que uno de ellos descendió del vehículo e intercambió lugares con una mujer que arribó como parrillera en una motocicleta.

En esa medida, gracias a su ubicación, logró visualizar las características morfológicas de la mujer que llegó al lugar como parrillera de una motocicleta, y del sujeto que intercambió posiciones con ésta femenina, al igual que observó de forma inmediata como la motocicleta emprendió en contravía del flujo vehicular y en dirección a la víctima para ejecutar el hecho.

Estos detalles descriptivos resultan corroborados por las demás pruebas allegadas, véase el oficio remitido por la empresa Casa Luker, donde informa que el señor Jorge Enrique Pérez Flórez, efectivamente se desempeñaba como vendedor para la fecha de los hechos⁹.

A su vez, la dueña del establecimiento comercial denominado La Economía, quien si bien no recuerda las personas que se situaban en el supermercado, gracias a su condición de propietaria del lugar, logra detallar que el negocio contaba con una ventana en dirección a la calle 10, y desde allí el día de los hechos logró visualizar la presencia de un vehículo y una motocicleta, es decir ratifica la posibilidad del testigo Pérez de percibir lo relatado.

⁸ Cfr. Carpeta Original No. 1 a folio 13.

⁹ Cuaderno original No. 5, folio 201.

Ahora, en cuanto el arribo de un vehículo Renault con cuatro sujetos, y la motocicleta en la que se encontraba de parrillera una mujer, además de lo expuesto por estos testigos presenciales, al proceso se allegó el informe No. 2943 - 2945 del 7 de septiembre de 2004, donde se muestra la secuencia de imágenes extraídas del recorrido de la víctima, y el seguimiento realizado por desconocidos -entre ellos una mujer- mediante medios motorizados similares a los referenciados por el señor Pérez, evento que genera mayor grado de confiabilidad a lo expuesto por éste testigo.

De manera que, las pruebas recaudadas demuestran una estructura lógica de la línea cronológica narrada por el señor Jorge Enrique Pérez Flórez, con lo que se ratifica la credibilidad del testimonio principal.

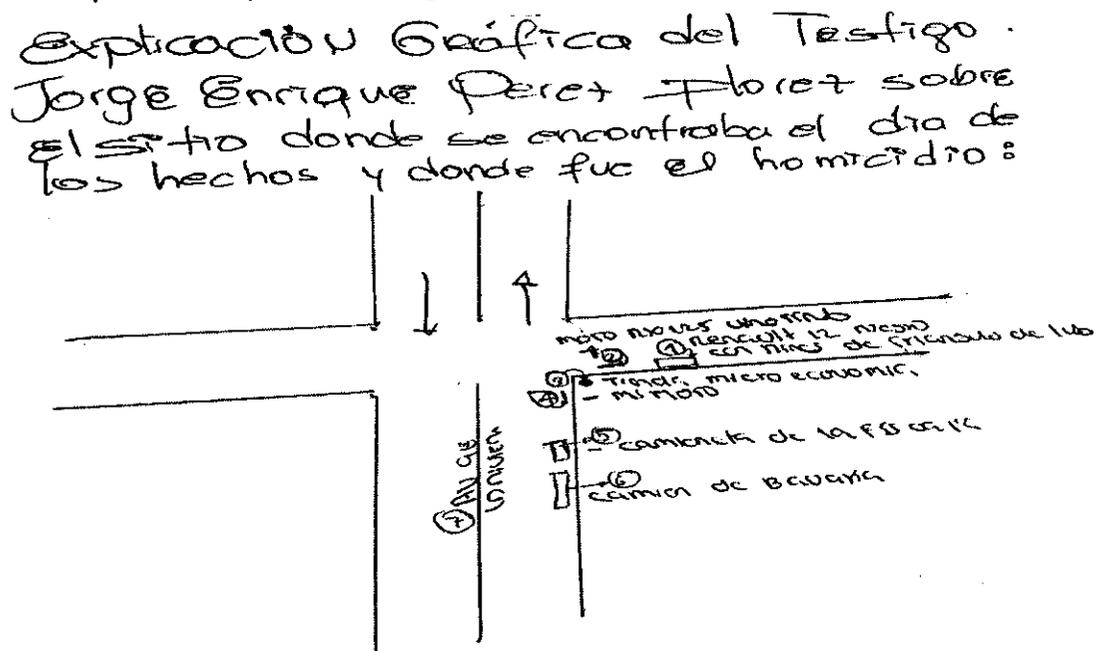
Credibilidad que se refuerza con el testimonio del señor Jean Carlos Fernández Contreras, persona que de forma directa percibió a la persona que disparó en contra del señor Salomón Freite Muñoz, y al hombre que lo esperaba en una motocicleta para la huida, ratificando la línea cronológica dada por el señor Pérez.

Y es que en efecto, el señor Fernández es directo en mencionar que se situaba dentro de un camión de la empresa Bavaria, y parqueado detrás de la camioneta de la víctima, cuando el conductor de una motocicleta lo amedrentó, mientras otro hombre corrió hacia el señor Salomón, y le disparó.

Siendo lógico que éste deponente no pudiese observar la presencia del vehículo referenciado por el señor Pérez -así mismo visualizado en las imágenes extraídas de las cámaras de videos del recorrido de la víctima-, atendiendo el marco limitado de visión, pues se situaba al interior del vehículo parqueado sobre la avenida de los hechos, por ende fenomenológicamente le era imposible percatarse de lo acaecido sobre la calle en que se parqueó el vehículo automóvil.

Restricciones visuales con las que no contaba el señor Pérez, pues éste se encontraba frente a la calle mencionada y podía percibir en un contexto más amplio la conducta delictual ejecutada.

Para brindar mayor claridad al argumento, pueden apreciarse los componentes gráficos aportados por el testigo Jorge Enrique Pérez Flórez:



En ese escenario, se logra comprender las restricciones de observación de cada deponente, pero al mismo tiempo apreciando que eran campos complementarios entre sí, pues el señor Pérez Flórez, gracias a la ubicación, presenció de forma directa cuando un vehículo Renault con pasajeros, y una motocicleta en la que se hallaba de parrillera una mujer, arribaron sobre la calle cerca de los hechos.

Luego del intercambio de lugares dentro de los vehículos entre la femenina y un ocupante del automóvil, presenció cómo en contravía se dirigió la motocicleta hacia donde se encontraba la víctima.

Momento en que el señor Fernández, observó a dos personajes en posición sospechosa, el primero de ellos quien de forma imprevista abordó a la víctima y le disparó luego de hurtarlo, y el segundo quien amedrentó al testigo con un arma para que se ocultara, y así una vez ejecutado el homicidio huir del lugar.

De manera que, la versión dada por el señor Jorge Enrique Pérez Flórez, además de tener una línea consistente y congruente, se encuentra respaldada por las demás pruebas, y es que debe hacerse hincapié que éste deponente desde su primera declaración fue conciso en mencionar la presencia de un vehículo Renault, una motocicleta y la participación de una mujer en los hechos, información corroborada por las imágenes tomadas del recorrido efectuado por la víctima desde la entidad bancaria, por ende éste medio de conocimiento visual sirvió de base para coadyuvar el relato de un testigo presencial.

6.2.2 De la individualización e identificación de la mujer que participó en los hechos endilgados.

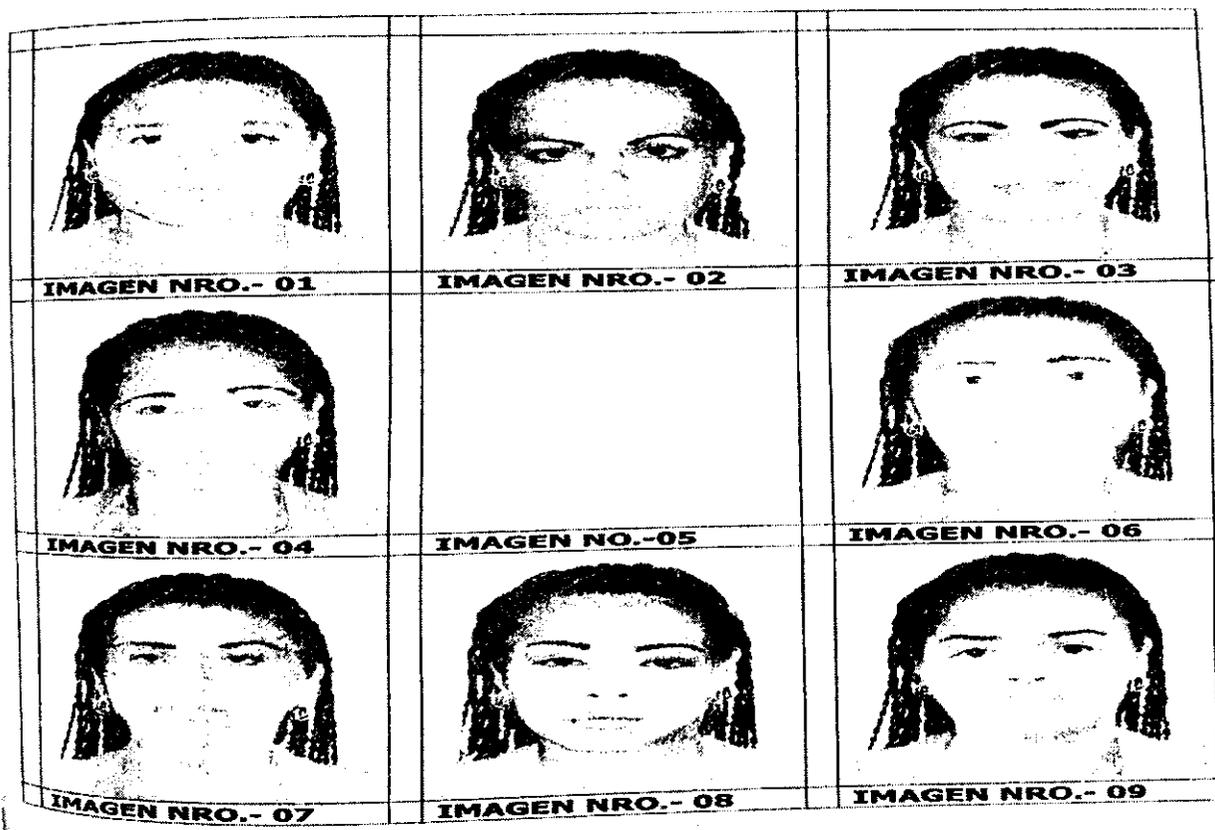
Como actividad preliminar de investigación, y atendiendo el conocimiento del señor Jorge Enrique Pérez Flórez, sobre las características morfológicas de los autores de los hechos, el **23 de julio de 2004** se realizó el siguiente retrato hablado, de la mujer que participó en los hechos:



Conforme la información dada por el testigo presencial, se iniciaron labores de identificación e individualización, arrojando los siguientes resultados respecto la presunta mujer que participó en los hechos:

A) Reconocimiento fotográfico realizado por el testigo Jorge Enrique Pérez Flórez, respecto el álbum No. 0160/09, que obra en el folio 151 del cuaderno original No. 3 de la actuación.

ÁLBUM DE RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO No.0160/09

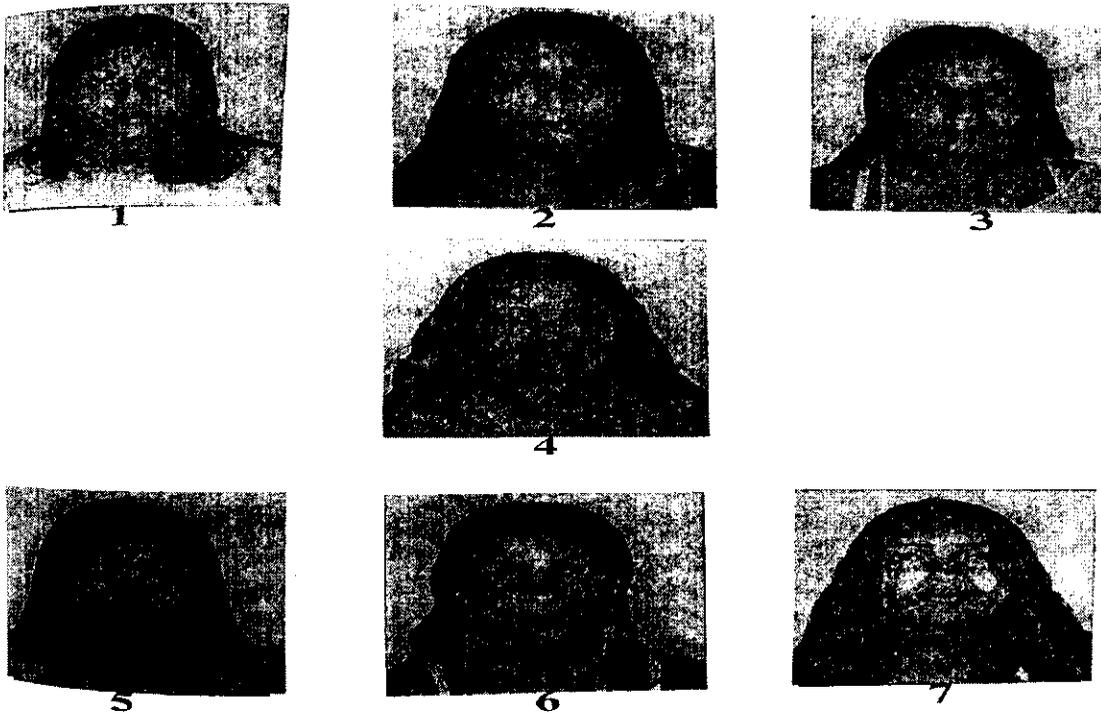


Sobre las imágenes el testigo, señaló: "es difícil, todas tienen trenza, así por la forma de la cara se parece a la nueve".

Comoquiera que la persona que aparece en la en la fotografía no correspondió a la procesada, se determinó que no existió reconocimiento.

B) Reconocimiento fotográfico realizado por el testigo Jorge Enrique Pérez Flórez, respecto el álbum que obra en el folio 134 del cuaderno original No. 3 de la actuación.

FORMATO PARA RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO



Sobre las fotografías exhibidas, el testigo mencionó: "Por la forma de la cara se parece a la cuatro (4). Ella se parece a la muchacha que venía de parrillera en la moto se bajó, intercambió y pasó para el carro".

Atendiendo que la fotografía señalada por el señor Pérez, correspondía a la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, se determinó que existió reconocimiento.

Adicionalmente, en las diligencias practicadas el 30 de agosto de 2012, el testigo logró reconocer al señor Dumas Alexander Romero Villamizar, como la persona que intercambió de posición con la mujer de la motocicleta referenciada en la comisión del delito.

C) Reconocimiento en fila de personas efectuado el 6 de diciembre de 2017 por el señor Jorge Enrique Pérez Flórez, sin que pudiese identificar a la procesada.

D) A la actuación acudió la señora María Aide Torres, quien refirió ser la madre de crianza del señor Frandy de Jesús Palomino Torrado, y gracias a ello conoció de forma personal a la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, pues ésta arribaba en oportunidades a su casa en compañía de los señores Dumas Alexander Romero Villamizar, y Miguel Antonio Mendoza Avendaño.

Y en virtud de dicho conocimiento personal, la señora Torres luego de exhibírsele las fotografías anexadas sobre las personas que siguieron a la víctima antes de ser asesinada, mencionó: "en el video No. 2 fotografía No 6082-08 – 6082-09 F.84 y fotografía No 6982-12 F.85 aparece una mujer con blusa de tiritas color entre rojo y naranja que se parece mucho a IVON" sic.¹⁰

¹⁰ Cfr. Cuaderno Original No. 4, a folio 42.

Contrario a ello, la razón suficiente para que del álbum que obra en el folio 134 del cuaderno original No. 3 de la actuación, el testigo Pérez lograra identificar a la procesada como la mujer que participó en la escena delictual, obedece a que en la fijación fotográfica se utilizaron imágenes sin accesorios para trenzar el cabello de las mujeres de referencia.

En efecto, véase:

RETRATO DE LA PROCESADA



RETRATO HABLADO



De allí que resulte lógico, que el testigo Pérez Flórez no reconociera a la procesada en uno de los álbumes presentados, pues ante las notorias diferencias que presentaba el cabello de las mujeres exhibidas en el álbum No. 0160/09, con las esbozadas por el deponente desde el retrato hablado, razonable se tornaba una identificación fallida.

Caracterización –cabello trenzado- que al no estar presente en el siguiente reconocimiento, permitió al testigo señalar a la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, como la mujer que participó en los hechos materia de juzgamiento, incluso cuando el retrato de la procesada se hallaba junto con otras seis imágenes que presentaban rasgos similares, como se exige en éste tipo de diligencias.

Evento que refuerza el reconocimiento sobre la procesada, y la credibilidad del testigo, dado que la falta de acierto cuando se exponen imágenes que no corresponden a los criterios dados desde la elaboración del retrato hablado, llevan a evidenciar la sinceridad del deponente, y corroborar que la mujer señalada en el álbum que obra en el folio 134 del cuaderno original No. 3 de la actuación, se correlaciona a la imagen que el testigo logró guardar gracias al conocimiento personal vivenciado el día de los hechos.

Dicho de otro modo, el hecho que el testigo en la imagen con características similares a las dadas desde un primer estadio de la investigación, logre la identificación de la procesada, y éste evento no suceda cuando se le coloca una foto con peculiaridades adversas a las mencionadas, indica la sinceridad del deponente y que éste no se encuentra aleccionado para incriminar a la

señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, sino que el ejercicio de colaboración con la justicia lo realizó de forma desprovista de adiestramiento alguno.

En tal medida, y ante la posibilidad del testigo Pérez Flórez para visualizar señales específicas de la mujer que participó en la escena delictual, se tiene que el señalamiento realizado sobre la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, se fundamentó en la retentiva, percepción y memoria del testigo directo.

Máxime cuando las demás pruebas respaldan el poder suasorio del testigo, y acreditan las particularidades del hecho, los vehículos utilizados, y la intervención de una mujer, quien además fue identificada por la señora María Aide Torres, en las imágenes que se extrajeron de las cámaras de seguridad de la entidad bancaria donde se hallaba la víctima antes de ser asesinado.

En conclusión, una vez realizado el análisis probatorio concreto, se encuentra que la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno participó en los hechos enrostrados, sin que las pruebas allegadas por la bancada defensiva, gocen de fuerza suficiente para desvirtuar la teoría del caso de la fiscalía, conforme las siguientes razones:

Los deponentes de la defensa en su afán de alejar a la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno del lugar de los hechos, tratan de sobreponer un poder de memorización absoluto para hacer creer que tienen presente lo acaecido hace más de 12 años, y limitan sus respuestas a mencionar literalmente que los días 21, 22, 23 y 24 de julio de 2004 la procesada se encontraba en Venezuela en un proceso de regularización de cédula de ciudadanía.

Lo que resulta totalmente extraño, pues se argumenta una estadía de varios días, pero los testigos ni siquiera fueron capaces de explicar las concomitantes de la presencia de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, en el lugar mencionado, lo que lleva a concluir que los relatos más que ser un proceso fluido de contar el conocimiento personal, son testimonios preparados y ambiguos con la pretensión ostensible de favorecer a la procesada con una coartada, por lo que no puede dárseles credibilidad alguna.

Y es que reséñese de las declaraciones provenientes de Willian José Rivera Corredor, y María Jacqueline Hernández Hernández¹², que estas personas de forma símil declaran un mismo hecho, incluso bajo las mismas formas gramaticales, lo que se aproxima más a un guion o libreto, que a una declaración que pueda gozar de credibilidad.

Máxime cuando analizadas estas versiones bajo el principio de tercero excluido, se tiene que ambos testigos tratan de situar a la procesada junto con ellos en el País de Venezuela, pero en ningún momento se relacionan entre sí, es decir ambos mencionan estar con la procesada, pero ninguno de los dos se menciona recíprocamente en el relato, la señora Hernández jamás menciona al señor Rivera, y el señor Rivera jamás menciona a la señora Hernández, no obstante de señalar situarse en el mismo momento con la procesada.

¹² Cfr. Cuaderno Original No. 4, a folio 220 y 223.

Contradicción de especial relevancia atendido el contexto de hechos, pues los dos declarantes manifestaron estar en el mismo espacio de tiempo con la procesada, pero curiosamente excluyen sus presencias mutuamente, lo que a la postre les resta total credibilidad a sus dichos, y evidencia el interés de favorecer a la procesada con sus falacias.

Ahora, del testimonio de la señora Ivon Maritza Restrepo, lejos de fundamentar la presunta coartada argüida, ésta dirige sus declaraciones en distraer la atención del juzgador, nótese que con precisión trae a colación datos acerca de trabajo, de sitios laborales, y de un supuesto proceso de regularización de cédula de terceras personas, empero divaga cuando se le cuestiona sobre las actividades desplegadas siquiera el mes de los hechos.

Incluso, se encuentra de las intervenciones de la procesada, que evita mencionar cualquier tipo de vínculo que la pueda ligar con los coautores de los hechos enrostrados, para ello en un primer estadio exterioriza desconocer al señor Palomino, y luego, cambia su versión para achacar la relación de amistad al señor Dumas, así mismo trata de exponer una funesta relación sentimental con el señor Dumas.

No obstante, en la actuación se comprobó, que la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, permanecía dentro del círculo social de Frandy de Jesús Palomino¹³, que convivía y laboraba con el señor Dumas Alexander Romero Villamizar¹⁴, inclusive que se transportaba en el vehículo del señor Miguel Antonio Mendoza Avendaño, el cual fue identificado como el automotor utilizado para efectuar seguimiento a la víctima antes de asesinarlo¹⁵, premisas que restan credibilidad al dicho de la procesada, pues los relatos sólo exhiben la clara intención de desentenderse tanto geográficamente de los hechos, como de los vínculos con los demás coautores.

En esa medida, se itera que los testigos de descargos, carecen de fuerza suasoria para restarle credibilidad al relato del señor Jorge Enrique Pérez Flórez, quien desde el inicio de la investigación señaló la participación de una mujer en los hechos materia de juzgamiento, y la identificó como Ivon Maritza Restrepo Moreno, información corroborada por imágenes recolectadas de cámaras de videos, y ratificada la identificación por medio de un testigo que de forma personal conocía a la procesada, y la asemejó con la mujer captada en el iter criminis de la muerte de la víctima.

Tópicos que permiten probar más allá de toda duda razonable el conocimiento y la voluntad en la elaboración del resultado típico por parte de la aquí procesada, **en la calidad de coautora.**

Sobre dicha forma de participación, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación, en providencia SP4904-2018, señaló:

¹³ Véase las declaraciones de María Aide Torres Puerta, y Jesús Antonio Palomino.

¹⁴ Véase las declaraciones de María Aide Torres Puerta, Jesús Antonio Palomino, Daile Carime Moreno Villamizar, y las notas civiles que aparecen en la sentencia del 13 de diciembre de 2004, emitida por el juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva a folio 92 Cuaderno original No. 3.

¹⁵ Véase las declaraciones de María Aide Torres Puerta, Carmen Alicia Pérez Guarnizo,

Acerca del concurso de personas en la comisión delictiva se ha precisado que existen diferencias entre la coautoría material propia y la impropia. La primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante, realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el artículo 29-2 del Código Penal, al disponer que son coautores quienes, "*mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte*"; se puede deducir, ha dicho la Sala¹⁶, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar el delito.

Ha indicado la Corte¹⁷ que la figura de la coautoría comporta el desarrollo de un plan definido para la consecución de un fin propuesto, en el cual cada persona involucrada desempeña una tarea específica, de modo que responden como coautores por el designio común y los efectos colaterales que de él se desprendan, así su conducta individual no resulte objetivamente subsumida en el respectivo tipo penal, pues todos actúan con conocimiento y voluntad para la producción de un resultado¹⁸.

También se ha puntualizado que en dicha modalidad de intervención criminal rige el *principio de imputación recíproca*, según el cual, cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores se extiende a todos los demás conforme al plan acordado, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito¹⁹.

Si bien el acuerdo previo o concomitante que se precisa para configurar la coautoría material impropia puede acontecer en el marco de una reunión, la suscripción de un documento, una decantada preparación ponderada del delito, también puede ocurrir de manera intempestiva, sin una formalidad especial, pues basta por ejemplo, un gesto, un ademán, una mirada, un asentimiento, en suma, la expresión clara en la coincidencia de voluntades orientada a la realización de un mismo objetivo delictivo, lo cual debe ser apreciado en cada caso concreto al constatar la forma en que se desarrollaron los hechos en sus momentos antecedentes, concomitantes y posteriores.

No en vano el acuerdo puede ser expreso, como cuando cada uno de los coautores hace explícita su voluntad, por antonomasia propia del pacto previo y la preparación ponderada del atentado al bien jurídico, pero también puede ser tácito, como ocurre en el caso de un grupo de asaltantes entre los cuales algunos llevan armas letales cuyo porte es consentido por los otros, todos en procura de sacar adelante la lesión al patrimonio económico.

Bajo esos derroteros, ha de indicarse que en el caso particular se probó que el señor Salomón Freite Muñoz, desde que se encontraba retirando dinero en el corresponsal bancario denominado CONAVI, fue asechado por un grupo de personas –entre ellos una mujer–, que vigilaban los movimientos bancarios.

¹⁶ Cfr. CSJ, SP, 22 ene. 2014. Rad. 38725.

¹⁷ Cfr. CSJ SP, 25 jul. 2018. Rad. 50394.

¹⁸ Cfr. CSJ SP, 27 may. 2004. Rad. 19697 y CSJ SP, 30 may. 2002. Rad. 12384.

¹⁹ Cfr. CSJ SP, 2 jul. 2008. Rad. 23438.

Tan pronto la víctima abandonó la entidad bancaria, fue perseguido por medio de un vehículo automóvil Renault, y una motocicleta, hasta llegar a la Av. 9e # 9-30 del barrio La Riviera.

Sobre la calle de los hechos, es decir desde un lugar donde visualmente la víctima no se podía percatar del seguimiento, descendió de la motocicleta la señora que fue identificada como Ivon Maritza Restrepo Moreno, e intercambió posición con un tripulante del vehículo automóvil, para a posteriori sorprender al señor Freite Muñoz, disparar en contra de la humanidad y lograr el hurto planeado.

Por lo que evidencia esta Corporación, que durante la ejecución de la conducta existió un mancomunado acuerdo para vulnerar el patrimonio económico de una persona, es decir se probó la explícita voluntad para ejecutar un delito particular, así mismo el consentimiento para perfeccionar el actuar criminal sin importar el daño a otros bienes protegidos, entre ellos la vida.

Y es que en efecto, para concretar el hurto, los coautores dividieron las formas de participación significativamente, desde el asecho para establecer las sumas de dineros retiradas, como también el seguimiento por medio de dos vehículo automotores, entre ellos una motocicleta en la que se transportaba Ivon Maritza Restrepo moreno, hasta el punto de abordar a la víctima y dispararle intempestivamente para lograr apoderarse con la cosa mueble ajena.

Siendo el aporte funcional de la procesada, una acción de vital importancia en el homicidio y el hurto, dado que si muestra desacuerdo en el porte de armas de fuego, o si omite la función de ir de tripulante en la motocicleta, podría hacer fracasar, molestar o variar el desarrollo de la actividad ilegal, ya fuese advirtiendo a la víctima o a las autoridades durante el seguimiento, o frustrando la huida del sujeto agresor en el medio automotor intercambiado.

Teniendo total relevancia para el derecho penal las conductas desplegadas, pues los actos ejecutados se dirigieron inequívocamente para contribuir con la vulneración de los bienes jurídicos de la vida y patrimonio económico del señor Salomón Freite Muñoz, sin que de los presupuestos fácticos de la conducta desplegada por la sindicada, se encuentre la carencia de alguna causal que justifique el actuar delictual.

Por tanto, el reproche que debe efectuar esta Corporación a la señora Ivón Maritza Restrepo Moreno, se relaciona a la capacidad que tenían para auto-determinarse y regirse conforme a la ley, respetando los derechos de las demás personas.

De manera que, al no evidenciarse que la conducta desplegada fuese el resultado de una situación extrema para realizar un injusto penal que afectó los bienes jurídicos de la vida y patrimonio económico del señor Freite Muñoz, la decisión será REVOCADA, para en su defecto condenar a la procesada del reproche punitivo contemplado en el régimen penal.

6.3 Dosificación de la pena de prisión

Declarada penalmente responsables la señora Ivón Maritza Restrepo Moreno, conforme a las consideraciones anteriores, se procede a la dosificación punitiva atendiendo las dos fases de tal procedimiento, esto es la legal y la judicial, para cada punible enrostrado.

6.3.1 Sobre el delito de hurto calificado y agravado

Sería del caso entrar a desarrollar el estudio de fondo del asunto, no obstante, tras revisar los hechos por los cuales se profirió resolución de acusación a la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, se concluye que la configuración jurídica aplicable al caso motiva el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

Cabe mencionar que el artículo 83 del Código Penal (Ley 599 de 2000), establece como término de prescripción de la **acción penal**, un lapso temporal igual al máximo de la pena fijada en la ley -si fuere privativa de la libertad- sin que en ningún caso fuere inferior a 5 años, ni exceda de 20 años.

Adicionalmente, el texto original del canon 86 de la codificación penal, señala que *"la prescripción de la acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada"*, comenzando a correr de nuevo por el término igual a la mitad del máximo de la pena fijada en la ley, que no podrá ser inferior a cinco años, ni superior a diez.

En tal medida, el asunto bajo revisión se surte por el delito de hurto calificado y agravado, y éste para la fecha de la comisión de los hechos, se encontraba regulado conforme los siguientes artículos del Código Penal:

Texto original de la Ley 599 de 2000:

ARTICULO 239. HURTO. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Texto modificado por la Ley 813 de 2003:

ARTICULO 240. HURTO CALIFICADO. La pena será de prisión de tres (3) a ocho (8) años, si el hurto se cometiere:

1. Con violencia sobre las cosas.

Texto original de la Ley 599 de 2000:

ARTÍCULO 241. La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de una sexta parte a la mitad si la conducta se cometiere:

10. Con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo; o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto.

De modo que, el delito endilgado contempla una pena máxima de 12 años, siendo éste término, el baremo máximo para la ejecutoria de la Resolución de Acusación en cabeza del Estado, no obstante se encuentra en el caso particular que la Fiscalía profirió acusación en contra de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, sólo hasta el 7 de junio de 2018, y ésta quedó ejecutoriada el 21 de junio siguiente, es decir más de 14 años después a la comisión del delito, y cuando inexorablemente el Estado había perdido la posibilidad de perseguir penalmente por éste cargo a la señora Restrepo.

Ante tal realidad, se declarará la extinción de la acción penal, por prescripción y, en consecuencia, se impone extinguir la acción por el delito de hurto calificado y agravado, a favor de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno.

La anterior determinación se adopta, siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁰, conforme a la cual cuando la prescripción de la acción ocurre encontrándose el expediente en trámite ante el Tribunal Superior, debe ser dicha instancia quien la declare. Así, lo señaló el alto Tribunal:

“Ahora bien, como el fenómeno jurídico de la prescripción se presentó cuando el proceso se encontraba en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, lo viable era que esta autoridad hubiera procedido ipso facto a dar aplicación al artículo 83 de la Ley 599 de 2000, pues, una vez se presenta la prescripción, el único camino a seguir es su declaración por parte del funcionario judicial que tiene el proceso, y no continuar con el trámite que se esté surtiendo en ese momento, para que finalmente sea la Corte, en este caso, la que proceda a decretar la extinción de la acción penal.

Un tal proceder va en contravía del principio de celeridad consagrado en el artículo 4º de la Ley 270 de 1996 -pronta y cumplida administración de justicia-, lo que de suyo genera congestión judicial y que los superiores jerárquicos dediquen tiempo a ese tipo de situaciones, en lugar de utilizarlo en resolver más rápidamente los asuntos sometidos a su consideración”.

De otro lado, cabe indicar que artículo 85 del Estatuto Punitivo es del siguiente tenor:

Renuncia a la prescripción. El procesado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal. En todo caso, si transcurridos dos (2) años contados a partir de la prescripción no se ha proferido decisión definitiva, se decretará la prescripción.

Canon del cual se concluye que no se está estableciendo una pauta procesal a disposición del Estado, sino una facultad en cabeza del procesado, único habilitado para autorizar la continuación del proceso, o en otras palabras, sin su anuencia, no queda más camino que dar por concluido el trámite por la referida pérdida de competencia, al respecto refirió la Corte Suprema de Justicia²¹:

²⁰ Auto del 20 de mayo de 2009. Radicación 31482. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

²¹ Corte Suprema de Justicia, radicado No. 40034 de noviembre 5 de 2013, M.P. Dra. María del Rosario González Muñoz

Debe decirse que la anterior regla, esto es, aquella según la cual producida la prescripción debe procederse a su declaratoria, solo tiene dos excepciones, la primera cuando la sentencia de segundo grado es carácter absolutorio ... La segunda excepción se presenta cuando el procesado, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 85 del código penal renuncia a la prescripción.

En tal medida, ante la ausencia de manifestación de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno de renunciar a la prescripción, no se cumple la exigencia para dar cabida a la excepción.

Tampoco sería lógica la interpretación de habilitar dos años más el trámite procesal a la espera de tal pronunciamiento, cuando la realidad es que la implicada no tiene obligación de asistir o hacer indicación alguna, ni puede suponerse que así lo hará, pues lo único cierto, es que cumplido el término decae el poder punitivo del Estado.

6.3.2 Sobre el delito de homicidio agravado

Una vez establecido que la señora Ivón Maritza Restrepo Moreno, es **COAUTORA** del punible de **homicidio agravado**, establecido en los artículos 103, y 104 numeral 7º del Código Penal, se procede a la dosificación punitiva.

6.3.2.1. Fijación de los límites, dosificación legal:

Acorde con el artículo 60, inciso primero del código penal, la Sala fijará como primera medida, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover la sanción penal.

Los límites punitivos para el delito de homicidio agravado se establecen conforme lo señalado en los artículos 103, y 104 numerales 2º y 7º del Código Penal que contemplan las siguientes previsiones:

Texto original de la Ley 599 de 2000:

ARTICULO 103. HOMICIDIO. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años.

Texto original de la Ley 599 de 2000:

ARTICULO 104. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

2. Para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla,

7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación.

Al dividirse en cuartos los extremos punitivos en el caso concreto, conforme la previsión del artículo 61 de la misma codificación, estos quedan:

Prisión:

Cuarto mínimo	Primer cuarto medio	Segundo cuarto medio	Cuarto máximo
300 a 345 meses	345,1 a 390 meses	390,1 a 435 meses	435,1 a 480 meses

Ahora el inciso segundo de la norma antes referida, señala que al no encontrarse circunstancias genéricas de mayor punibilidad de las previstas en el artículo 58 *Ibidem*, deberá efectuarse la asignación de pena dentro del cuarto mínimo punitivo, al caso concreto de 300 a 345 meses de prisión.

Determinación concreta de la pena, dosificación judicial:

Establece para este ejercicio el artículo 61 del Código Penal las siguientes pautas:

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

En relación a la gravedad de la conducta debe atenderse que el legislador ya incluyó dentro del reproche las acciones desplegadas por la señora Ivón Maritza Restrepo Moreno, empero los hechos que ejecutó la procesada ameritan que esta Sala se aparte del mínimo de la pena por cuanto:

Mayor o menor gravedad de la conducta: Se trata de una modalidad de alta gravedad pues el hurto bajo la denominada conducta de fleteo, demuestra la decadencia social donde el patrimonio económico tiene predominio sobre la vida humana.

Y es que en el caso concreto, la procesada junto con los demás coautores, se valieron del descuido de una persona para seguirlo, asecharlo y quitarle la vida en estado de indefensión con la finalidad de hurtar un dinero, todo ello reprochable desde cualquier punto de vista, por ende el quantum de la pena se incrementará en **12 meses**.

Daño real o potencial creado: Se trata de un delito de mayor gravedad, y se considera que la afectación del bien jurídico en el caso particular comportó una contusión enorme, pues no sólo se le quitó la vida a una persona, sino que también se desestabilizó a toda una familia, y una entidad como lo es el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, tal y como lo expuso la compañera permanente de la víctima, por lo que se aumentará la pena por este ítem en **12 meses**.

Intensidad del dolo: Encuentra la Sala que la intensidad del dolo fue mayor en la medida de que se trató de una acción premeditada en contra de la víctima, nótese el proceso de vigilancia efectuado en la entidad bancaria, el seguimiento realizado hasta que la víctima descendiera del vehículo y se encontrara desprevenido, para disparar en varias ocasiones en contra de la víctima hasta el punto de quitarle la vida, por tanto la pena debe aumentarse en **6 meses**.

Bajo las anteriores condiciones se le impondrá a la procesada Ivón Maritza Restrepo Moreno, **la pena de prisión de 330 meses -27 años y 6 meses**, advirtiendo:

Que aumentar el mínimo de pena, resulta una medida idónea a la teleología de la sanción penal, teniendo en cuenta la manera en que se ha socavado el bien jurídico de la vida de una persona indefensa.

Que incrementar la pena se torna necesario con relación a la función social, bajo la óptica de prevención general negativa, "a través de la cual se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible"²², enviando un mensaje disuasivo con relación a las consecuencias jurídicas que conlleva el atentar en contra de la vida de un ser humano para apropiarse de un dinero.

Ahora bien, ha de señalarse que el artículo 52 del código penal dispone que "*en todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que acceda...*", por lo tanto la procesada Ivón Maritza Restrepo Moreno, se le impondrá la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un período de 20 años, atendiendo la limitante establecida en el artículo 51²³ de la misma codificación.

6.4 Subrogados Penales.

Visto la sanción impuesta, y el delito materia de condena, se tiene que el particular caso no reporta los presupuestos objetivos para la concesión de subrogados o sustitutos penales, por ende no hace procedente la concesión de los mismos.

Lo anterior, atendiendo que se impuso una sanción superior a cuatro años de prisión -requisito para la suspensión condicional de la ejecución de la pena-, y que la sentencia se impone por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sobrepasa los 8 años de prisión -requisito para la prisión domiciliaria.

Por tanto habrá de expedirse la respectiva orden de captura para que se surta el cumplimiento de la pena impuesta en centro carcelario.

7. OTRAS DETERMINACIONES -Compulsa de copias-

²² Corte suprema de justicia, sala de casación penal, sentencia del 09 de julio de 2002 (14660) M.P. Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar.

²³ Código Penal, Ley 599 de 2000, artículo 51. DURACIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE OTROS DERECHOS. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52.

Atendiendo el análisis probatorio se hace necesario compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación a fin de que se evalúe las versiones rendidas por los testigos de descargos, en punto de determinar si incurrieron en el delito de falso testimonio.

De igual modo, no puede pasar por alto la Sala que los elementos de conocimiento vislumbran la participación en los hechos por parte del señor Miguel Antonio Mendoza Avendaño, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.479.611 de Cúcuta, no obstante se desconoce si existió o no la investigación correspondiente sobre ésta persona, por tanto, considera la Sala, debe compulsar copias ante la Fiscalía General de la Nación, para que en el evento que no se haya dado inicio a la investigación en contra del señor Miguel Antonio Mendoza Avendaño por estos hechos, se proceda en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA, SALA PENAL DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cúcuta de fecha 19 de diciembre de 2018, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECRETAR LA EXTINCIÓN de la acción penal por prescripción respecto el delito de hurto calificado y agrado, en consecuencia, se impone cesar el procedimiento por éste delito a favor de la señora Ivon Maritza Restrepo Moreno, conforme se expuso en el presente proveído.

TERCERO: DECLARAR penalmente responsable a la señora **IVON MARITZA RESTREPO MORENO** como COAUTORA del delito de homicidio agravado y por ende **CONDENARLA** a la pena principal de **330 meses (27 años y 6 meses) de prisión**, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 20 años, conforme se expuso en el presente proveído.

CUARTO: NO CONCEDER la prisión domiciliaria, ni la suspensión condicional de la ejecución de la pena por las razones expuestas.

Por lo mismo se **ORDENA** expedir la respectiva orden de captura con fines de cumplimiento de pena.

QUINTO: POR SECRETARÍA DE LA SALA, DESE cumplimiento a lo ordenado en esta decisión, en relación con las compulsas de copias referidas.

SEXTO: INFORMAR esta determinación a las autoridades competentes para que se efectúen las respectivas anotaciones y actualizaciones de registros conforme lo dispuesto en el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la decisión, **REMITIR** el trámite al Juez de Ejecución de Penas Correspondiente para efectos del cumplimiento de la pena impuesta,

tramite a desarrollar por intermedio del centro de servicios, previas las constancias de rigor.

OCTAVO: INFORMAR que conforme la Corte Constitucional según sentencia C-792 de 2014, y reciente providencia SP5290-2018 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, procede impugnación especial ante el superior.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE



LUIS GUIOVANNI SÁNCHEZ CÓRDOBA
Magistrado



EDGAR MANUEL CAICEDO BARRERA
Magistrado



JUAN CARLOS CONDE SERRANO
Magistrado



Olga Enid Celis Celis
Secretaria Sala Penal