**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta # 487 del 2 de junio de 2016 H: 3:45 pm

Pereira (Risaralda), tres (3) de junio de dos mil Dieciséis (2.016).

Hora: 8:45 a.m.

Procesados: EDWIN ALBERTO ARBOLEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS

Delitos: Homicidio y Porte ilegal de armas de fuego

Radicación Nº: 6617060000201201677

Procede: Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de sentencia absolutoria.

Decisión: Revoca fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia absolutoria proferida en las calendas del diez (10) junio del 2.014 por parte del entonces Juzgado Único Penal Único Penal del Circuito de Dosquebradas, dentro del proceso que se le siguió a los Señores EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ, quienes fueron llamados a juicio por incurrir en la presunta comisión del delito de Homicidio en concurso con Tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos tuvieron ocurrencia a eso de las 20:00 horas del 8 de octubre del 2.012 en un sector de la vía pública ubicado entre los barrios *“Venus”* y *“Los Alpes”* del municipio de Dosquebradas, y están relacionados con el deceso violento de quien en vida respondía al nombre de JORGE ANDRÉS ZAPATA GONZÁLEZ.

Según se desprende del contenido de la actuación procesal, el hoy occiso JORGE ANDRÉS ZAPATA GONZÁLEZ, al parecer por cuestiones relacionadas con el tráfico de estupefacientes, sostuvo una especie de rifirrafe con dos individuos, los que posteriormente fueron identificados ante la Policía Judicial por un informante como EDWIN ALBERTO ARBOLEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ, de la cual salió mal librado en atención a que las personas con quien discutía sacaron a relucir un arma de fuego la que accionaron inicialmente en el cuello, y no conforme con ello, cuando el herido yacía en el pavimento clamando ayuda, uno de los asesinos se regresó para rematarlo propinándole varios disparos en el pecho.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 11 de enero del 2.013 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas con funciones de control de garantías, en las cuales, además de legalizarse la captura de los entonces indiciados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA Y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ, se les endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de Homicidio y Porte ilegal de armas de fuego, e igualmente se les impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en Establecimiento de reclusión.
2. Posteriormente el 6 de marzo del 2.013 la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al entonces Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas, ante el cual el 22 de abril de esa anualidad se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación, la cual se hizo en similares términos a los consignados en la audiencia preliminar de formulación de la imputación.
3. Después de múltiples aplazamientos deprecados por la Defensa, el 27 de enero del 2.014 se realizó la audiencia preparatoria, mientras que la audiencia de juicio oral se llevó a cabo en sesiones celebradas los días 25 y 25 de marzo; 19 de mayo y 6 de junio del 2.014.
4. Agotada las fases pertinentes del juicio oral, se anunció el sentido del fallo el cual resultó ser de carácter absolutorio. Posteriormente la sentencia se emitió el 10 junio del 2.014, en contra de la cual se alzó de manera oportuna el Ente Acusador.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del 10 junio del 2.014 por parte del entonces Juzgado Único Penal Único Penal del Circuito de Dosquebradas, en la que se absolvió a los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ de los cargos por los cuales fueron llamados a juicio por la Fiscalía General de la Nación, los que estaban relacionados con la presunta comisión de los delitos de Homicidio en concurso heterogéneo con tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Los argumentos invocados por la Jueza A quo en la sentencia confutada para absolver a los acusados, se basaron en establecer que la principal prueba llevada al juicio por parte de la Fiscalía para soportar su teoría del caso: lo aseverado en una entrevista absuelta por HÉCTOR FABIO DUQUE, se debía catalogar como una prueba de referencia admisible en atención a que el testigo por su condición de adicto a los estupefacientes y de habitante de la calle no acudió a declarar al juicio. Según la *A quo,* dicha prueba de referencia como consecuencia de su valor menguado, aunado a una serie de inconsistencias extraídas de lo dicho por el testigo en su entrevista que quedaron sin explicación, repercutieron para que no fuera posible llegar al grado de conocimiento más allá de toda duda razonable, que se requiere para poder dictar una sentencia condenatoria, por lo que ante la existencia de un estado de dudas, la Jueza de primer nivel concluyó que las mismas debían ser capitalizadas en favor de los Procesados mediante una sentencia absolutoria.

Es de anotar que en el fallo confutado, la falladora de primer nivel fue de la opinión que a pesar de detentar la condición de prueba de referencia todo lo dicho por HÉCTOR FABIO DUQUE, no habían razones para desacreditar o descalificar de buenas a primera lo narrado por parte del susodicho en una entrevista rendida ante la policía judicial, en atención a que sus dichos obtenían visos de credibilidad con base en las siguientes pruebas:

* Del contenido del acta de inspección a cadáveres, del registro fotográfico y el plano topográfico, aunado a lo dicho por las Sras. LILIANA PATRICIA POSADA y GLORIA JEANETH SALAZAR[[1]](#footnote-1), se tiene que los hechos ocurrieron en el sitio indicado por el testigo de referencia.
* Es un hecho cierto que como lo dijo el testigo, el óbito, JORGE ANDRÉS ZAPATA GONZÁLEZ era un adicto a las sustancias psicotrópicas, como bien lo ratificó en el juicio el padre del difunto, es decir, el señor JUSTO PASTOR ZAPATA.
* La descripción física de los Procesados coincide con la suministrada por el testigo de referencia, máxime cuando este último aseguró que conocía desde antes a los acusados en atención a que ellos le vendían estupefacientes en una *“olla”* a la cual frecuentaba.
* La forma como dice el testigo de referencia de como ocurrió el asesinato del hoy difunto, en especial como le propinaron los disparos mortales, obtiene eco en el testimonio de LILIANA PATRICIA POSADA, así como en el informe pericial del experto en balística y la descripción de las heridas consignadas en el acta de necropsia.

Pero a pesar de lo anterior, la Jueza de primera instancia arguyó que como consecuencia del carácter excepcional de la prueba de referencia y de su poco valor probatorio, y como quiera que del contenido de lo dicho en la entrevista absuelta por parte de HÉCTOR FABIO DUQUE se observaban una serie de cabos sueltos que no fueron debidamente explicados, tal situación daba lugar a un margen de dudas razonables que bien pudieron haber sido dilucidados en el evento en el que el testigo hubiese comparecido al juicio.

Entre los temas no dilucidados que generaban dudas, según la A quo se encontraban los siguientes:

* ¿Qué pasó con las vainillas que el testigo dice haber recuperado de la escena del crimen?
* ¿Dónde estaba ubicado el testigo silente en el momento en el que tuvieron ocurrencia los hechos?
* ¿Cuál era la posición de los agresores cuando le produjeron el primer disparo a la víctima?
* ¿Cuál fue la ruta tomada por los presuntos homicidas?

Con base en los anteriores argumentos, la Jueza A quo llegó a la conclusión consistente en que si bien es cierto que en el presente asunto se satisfacían los requisitos para que la Fiscalía pudiera acusar a los Sres. EDWIN ALBERTO ARBOLEDA Y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ en calidad de presuntos coautores del delito de homicidio de quien en vida respondía por el nombre de JORGE ANDRÉS ZAPATA GONZÁLEZ, también era cierto que al estar soportada la teoría del caso del Ente Fiscal en un testigo de referencia, de cuyos dichos se vislumbraban dudas, no se cumplían con los requisitos para poder proferir un fallo de condena.

En consecuencia de lo anterior, la *A quo* procedió a absolver a los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ de los cargos por los cuales fueron llamados a juicio por la Fiscalía General de la Nación.

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, se fundamente en proponer la tesis consistente en que en el juicio la Fiscalía con las pruebas aducidas al mismo sí pudo demostrar de manera indubitable el compromiso penal de los acusados con base en una prueba de referencia admisible, la cual se encontraba acompañada de otras pruebas que la complementaban, entre ellas los testimonios de la Defensa.

* Para demostrar la tesis de su inconformidad, el recurrente argumenta que en efecto la teoría del caso de la Fiscalía se soportó en una prueba testimonial de referencia como lo es todo lo dicho en una entrevista absuelta por parte de HÉCTOR FABIO DUQUE, que fue introducida al juicio como prueba de referencia, la cual se debe considerar como creíble, en atención a que los dichos del testigo de referencia son corroborados por el resto del acervo probatorio, con los que válidamente se pueden llegar a las siguientes conclusiones:
* El testigo sí estuvo en el sitio de los hechos, ya que se dirigía hacia ese lugar con la finalidad de comprar estupefacientes -en atención a que HÉCTOR FABIO DUQUE es una persona adicta a esas sustancias- cuando le tocó presenciar el momento en el que los Procesados segaban la vida a JORGE ANDRÉS ZAPATA GONZÁLEZ.
* A pesar del valor menguado de la prueba de reconocimiento fotográfico, no existe duda alguna que el testigo conocía de vieja data a los Procesados, debido a que ellos eran las personas que le vendían narcóticos.
* Respecto de la forma como el testigo de referencia afirma que los homicidas agredieron con un arma de fuego del hoy óbito y los sitios de su cuerpo en donde fue herido, todo ello obtiene respaldo en los testimonios de los testigos de la defensa, así como en los resultados de los informes periciales de la necropsia y de balística sobre la trayectoria de los disparos. Todo eso quedo corroborado con otras pruebas que acreditan que el testigo estuvo en el sitio de los hechos. Los testigos de la defensa que salieron a auxiliar a la víctima corroboran la teoría del caso de la Fiscalía.
* De las pruebas habidas en el proceso, quedó plenamente establecido que los homicidas huyeron hacia los Libertadores después de perpetrar el asesinato.

Con base en lo anterior, concluye el apelante que contrario a lo aseverado por la A quo de lo dicho por HÉCTOR FABIO DUQUE no se afloraba ningún tipo de dudas respecto a que los Procesados fueron los autores del homicidio ni de las circunstancias en virtud de las cuales el reato tuvo ocurrencia, y como quiera que existían otras pruebas que respaldaban todo lo dicho por el testigo de referencia, válidamente se podía proferir un fallo de condena.

En consecuencia de todo lo argumentado, el recurrente solicita la revocatoria del fallo opugnado y la subsecuente declaratoria de responsabilidad criminal de los acusados acorde con los delitos endilgados en su contra.

**LAS RÉPLICAS:**

Durante el término para actuar como no recurrentes, los apoderados de los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA Y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ ejercieron el correspondiente derecho de réplica en virtud del cual se opusieron a las pretensiones del apelante y en consecuencia al unísono clamaron por la confirmación del fallo confutado.

El letrado que representa los intereses del Procesado EDWIN ALBERTO ARBOLEDA, expuso que lo perseguido por el recurrente es pretender una condena con base en una prueba de referencia, la cual en el presente asunto vendría siendo lo dicho en una entrevista absuelta por parte del Sr. HÉCTOR FABIO DUQUE, el cual además de ser adicto a los estupefacientes es un habitante de la calle y no acudió al juicio a rendir testimonio.

Tal doble condición que detenta el testigo de referencia de adicto a los estupefacientes y de habitante de la calle, le sirvió de fundamento al no recurrente para cuestionar y poner en tela de juicio que el Sr. HÉCTOR FABIO DUQUE haya sido la persona quien rindió y signó la entrevista que fue aducida por la Fiscalía al juicio como prueba de referencia, debido a que los términos, el vocabulario y el lenguaje empleado por el entrevistado no corresponde a la jerga que es propia de un adicto a los estupefacientes o de un habitante de la calle, lo que da pie para pensar que la entrevista bien pudo ser elaborada por una persona que maneja un léxico jurídico.

De igual forma el no recurrente cuestiona que el testigo HÉCTOR FABIO DUQUE no haya comparecido al juicio a pesar de estar bajo el amparo de la Fiscalía en calidad de testigo protegido, lo cual le resultaba extraño debido a que en todo aquello que le convenía al Ente persecutor siempre procuró la comparecencia del testigo, pero que ello no aconteció en el juicio, razón por la que alega el recurrente que en el presente asunto no son válidos los reproches efectuados en contra de la Defensa en el sentido que actuó de manera desleal debido a que a la Defensa no le asistía el deber de traer o llevar al juicio a los testigos de la Fiscalía para de esa forma poder ejercer en contra de ellos los derechos a la contradicción y confrontación.

Finalmente, el no apelante solicita que al momento de desatar la alzada se tengan en cuenta lo resuelto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 9 de octubre de 2.013, Rad. # 36518, en la que se trató un caso similar basado en una condena proferida con base en pruebas de referencia y en un reconocimiento fotográfico efectuado por una persona que no compareció al juicio para ratificarlo, por lo que en su opinión se constituye en un precedente jurisprudencial que es de obligatorio cumplimiento.

De igual forma, el Togado que representa al Procesado NELSON GIOVANNI CUBILLOS, fue de la opinión que en el presente asunto no se cumplían con los requisitos exigidos en el artículo 381 C.P.P. debido a que la Fiscalía pretendía edificar un juicio de responsabilidad criminal con base en pruebas de referencia, aunado a que con lo debatido y probado en el juicio no se acreditó responsabilidad de los Procesados.

Razón por la cual el no recurrente concluye que en el caso en estudio la Fiscalía con las pruebas aducidas al juicio no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, debido a que con la única prueba incriminante, el testimonio de referencia de HÉCTOR FABIO DUQUE, no era suficiente como para declarar la responsabilidad penal de los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA Y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte del recurrente como de los no recurrentes, considera la Sala que se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían o no con los presupuestos probatorios necesarios para que con base en una prueba de referencia admisible, acorde con lo requerido por el inciso 4º del artículo 7º C.P.P. y el articulo 381 ibídem, se pudiera proferir una sentencia condenatoria en contra de los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA Y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ?

**- Solución:**

Para poder resolver el antes enunciado problema jurídico que nos ha sido propuesto, la Sala tendrá como hecho cierto e irrebatible el consistente en que en efecto la teoría del caso planteada por el Ente Acusador en el juicio oral prácticamente se cimentó en una prueba de referencia admisible como lo es todo lo dicho en una entrevista absuelta ante la Policía Judicial el 4 de diciembre del 2.012 por parte de HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ, quien, al parecer por su doble condición de adicto a los estupefacientes y de habitante de la calle, no pudo ser ubicado para que acudiera al juicio a rendir testimonio a pesar de los esfuerzos que en tal sentido se desplegaron por parte de la Fiscalía y de la Judicatura.

Entonces, siendo el punto medular de la controversia suscitada en la alzada el tema relacionado con la prueba de referencia y su valor probatorio, la Sala procederá a efectuar un breve y somero análisis de ese tipo de pruebas, sus características, así como la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto de su valor probatorio, lo que a su vez será confrontado con el acervo probatorio, para de esa forma determinar si estuvo acertada la decisión tomada por la Jueza *A quo*, la cual es respaldada por los Togados Defensores, o si por el contrario le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada.

Como punto de partida, tenemos que acorde con la definición consignada en el artículo 437 C.P.P. se debe entender como prueba de referencia como todas aquellas declaraciones rendidas por una persona determinada, que fueron efectuadas en un escenario ajeno o extraño al juicio oral, las cuales, las partes e intervinientes pretenden aducir al proceso con la intención de acreditar o apalancar sus teorías del caso o de desvirtuar las hipótesis propuestas por su contraparte.

Sobre el concepto de prueba de referencia y de los elementos que la integran, de vieja data la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

*“En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).*

***Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)****…….”[[2]](#footnote-2).*

Es de anotar que por contrariar la prueba de referencia varios de los principios más básicos que rigen al sistema penal acusatorio y al derecho probatorio, entre ellos los principios de contradicción, inmediación, confrontación y publicidad[[3]](#footnote-3), se tiene que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia sea considerada como admisible, su poder suasorio o de convicción debe ser catalogado o apreciado como ínfimo o precario, siendo esa la razón por la que en el inciso 2º del artículo 381 C.P.P. se consagró una especie de tarifa probatoria negativa, en virtud de la cual no es posible dictar un fallo de condena cimentado únicamente en pruebas de referencia. Pero es de anotar, como bien lo ha reconocido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[4]](#footnote-4), que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia no se encuentre huérfana y más por el contrario esté acompañada de otros medios probatorios, ya sean estos de naturaleza directa o indirecta, que ratifiquen o abonen lo dicho en una prueba testimonial de referencia, con dichas pruebas, en caso que tengan la contundencia o la relevancia para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, válidamente se puede proferir un fallo de condena.

Acorde con lo anterior, vale precisarse que tal línea de pensamiento jurisprudencial ha servido de soporte la denominada teoría de “la prueba de corroboración periférica”, la cual llevada al escenario de la prueba de referencia consiste en lo siguiente:

*“No obstante lo anterior, la Corte quiere reiterar que el citado artículo 381 de la Ley 906 de 2004, consagra una tarifa legal negativa al reglar la improcedencia de dictar fallo de naturaleza condenatoria, basado únicamente en prueba de referencia.*

***Empero, en la labor de apreciación probatoria el juzgador puede arribar al grado de conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad del acusado, utilizando la mencionada prueba de referencia, bajo el supuesto que al juicio oral, público y concentrado se allegaron otros elementos de conocimiento que confirman su contenido, en relación con los mencionados aspectos.***

*Es decir, que cuando se trata de la prueba de referencia, la actividad probatoria compete estar centrada, en orden a realizar una corroboración periférica, en torno al contenido de aquella y que comprometa la responsabilidad del acusado.*

*En la labor verificadora y con sustento en el principio de libertad probatoria que regla el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, los hechos y circunstancias de interés “para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos”, entre ellos, los indicios, el operador puede basar el juicio de responsabilidad del acusado, siempre y cuando se arribe al grado de conocimiento más allá de toda duda.*

***En síntesis, la sistemática procesal contenida en la Ley 906 de 2004, establece que el fallo de condena no se puede soportar en prueba de referencia, a menos que los hechos incriminantes para el acusado se puedan corroborar con otros elementos de juicio allegados al debate público y hubiesen sido susceptibles de confrontación****……”[[5]](#footnote-5).*

Al aplicar el anterior marco teórico-conceptual al asunto que concita la atención de la Sala, se tiene, como bien lo dijimos al introito del presente proveído, que el debate surgido entre las partes giraba en torno al valor probatorio que se le debería dar a la entrevista absuelta por HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ, la cual ingresó válidamente al juicio como prueba de referencia admisible, ya que mientras la Defensa respaldaba lo decidido por la *A quo* en el fallo confutado, quien fue de la opinión que con una prueba de esa naturaleza, aunadas las dudas que la misma ofrecía, no se podía edificar un fallo de condena; la Fiscalía aseveraba todo lo contrario, al argumentar que lo dicho por el testigo de referencia se encontraba respaldado con otras pruebas, las que al ser analizadas de manera conjunta cumplían con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria.

Para dilucidar el anterior debate, sea lo primero dejar en claro que en el presente asunto no procede la tarifa probatoria negativa consignada en el aludido inciso 2º del articulo 381 C.P.P., porque en efecto si bien es cierto que estamos en presencia de una prueba de referencia admisible, la misma no se puede catalogar como de única en atención a que lo dicho por el testigo de referencia, HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ, acorde con la teoría de la *“prueba de corroboración periférica”*, de una u otra forma obtuvo eco en la gran mayoría de las pruebas aducidas por las partes al juicio.

Para poder llegar a la anterior conclusión, la Sala hará un examen de lo dicho por HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ en la entrevista que absolvió ante el policial YUBER ALEXANDER RAMIREZ el 4 de diciembre del 2.012, la que a su vez será confrontada y cotejada con el resto del acervo probatorio, a fin de verificar si lo dicho por el entrevistado se encuentra relacionado con el resto del haber probatorio.

Ahora bien, en lo que atañe con la entrevista rendida por el aludido DUQUE FLÓREZ, del contenido de la misma se tienen los siguientes aspectos que en opinión de la Sala se pueden considerar como de relevancia para el proceso:

*“Afirma el entrevistado que es adicto a los estupefacientes y por eso el día de los hechos, a eso de las 19:50 horas, se dirigía al barrio Villa María a comprar unos baretos de marihuana. Pero cuando transitaba por un sector ubicado entre los barrios Venus y los Alpes, los cuales son colindantes, en un andén presenció una especie de discusión protagonizada entre un muchacho, al cual conocía como vicioso porque lo había visto comprando narcóticos en la olla ubicada entre los barrios Villa María y Los libertadores, con 2 sujetos a quienes identificó como BETO y NELSON, a quienes también conocía de antelación porque BETO es el cabecilla de la venta de los estupefacientes en el barrio Venus, mientras que NELSON lo hacía en Villa María, pero que después empezó a ejercer esas funciones en Venus con la gente de BETO.*

*Asevera el testigo que al pasar por el lado de ellos, o sea de quienes se encontraban tranzados en la discusión, se dio cuenta del momento en el que NELSON, quien se encontraba a las espaldas del muchacho drogadicto, procedió a sujetarlo del saco, mientras que BETO aprovechó la ocasión para desenfundar un arma de fuego que tenía en el cinto, la cual se la puso en el cuello y le disparó, y luego se dieron a la huida por la 2ª entrada que del barrio Venus conduce en sentido del barrio Camilo Torres hacia el barrio Los libertadores. Y ahí es cuando la gente se asoma por las ventanas para ver lo que pasaba, pero pocos salieron a atender al herido quien clamaba por ayuda. En esos instantes, expone el testigo, fue que se dio cuenta que BETO regresó corriendo, se acercó al sitio donde yacía el herido y lo remató propinándole 3 tiros más en el pecho, y luego salió huyendo por el mismo lado hacia Venus.*

*Una vez pasó lo que pasó, expone el testigo que se amontonó la gente, llegó la Policía, ayudó a montar al herido en un carro para que lo llevaran al hospital, y después se quedó sentado en un andén cerca del lugar en donde habían tiroteado a la víctima, y ahí fue donde encontró dos vainillas, con las cuales decidió quedarse porque ya no habían policías por ahí[[6]](#footnote-6), aunado a que por el sector había gente de BETO fisgoneando, quienes le pusieron el ojo encima.*

*De igual forma, narra el testigo que días después cuando iba a comprar vicio se encontró con BETO y su combo, quien lo amenazó para que se estuviera callado, lo que le dio un susto que hizo que se fuera corriendo de por ahí, y después varios viciosos le comentaron que BETO y su gente andaban indagando por él, lo que le generó temor por su vida, siendo esa la razón por la cual se presentó a la policía en busca de amparo o protección.”*

Al cotejar y confrontar lo dicho por el testigo de referencia HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ con el resto del acervo probatorio, se tiene lo siguiente:

* Según lo aseverado por el Sr. JUSTO PASTOR ZAPATA HERNÁNDEZ, padre del occiso JORGE ANDRÉS ZAPATA GONZÁLEZ, se tiene que el difunto era una persona con problemas de adicción a los estupefacientes.
* Acorde con lo dicho por las Testigos LILIANA PATRICIA POSADA RIVERA y GLORIA JEANETH SALAZAR MARÍN, vecinas del sector, lo que a su vez es corroborado por el investigador de la Defensa JUAN MANUEL GONZÁLEZ LÓPEZ, quien elaboró unos planos topográficos, es cierto que en el sitio en donde ocurrieron los hechos confluyen varios barrios, tales como Los Alpes, Venus, Bella Vista, Villa María, Camilo Torres, entre otros.
* Además, de lo narrado por la testigo LILIANA PATRICIA POSADA RIVERA, aunado a lo consignado en el plano topográfico aportado al juicio por parte del investigador de la Defensa, está demostrado que los hechos de sangre ocurrieron en un cercano andén ubicado en frente de la casa habitada por la enunciada testigo.
* Con los testimonios absueltos por los Sres. CARMEN HELENA ECHEVERRI OROZCO y MAURICIO HOYOS LOPEZ, lo que a su vez es confirmado por el investigador de la Defensa JUAN MANUEL GONZÁLEZ LÓPEZ, se demostró que en efecto el testigo de referencia HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ es una persona adicta a los estupefacientes y que por su adicción estuvo recluido en el Hospital Psiquiátrico de Risaralda, *“HOMERIS”*, e igualmente que se encontraba en riesgo de ser considerado como habitante de la calle, lo que en efecto sucedió.
* Según los informes periciales de necropsia y de balística forense, se logró demostrar que a la víctima JORGE ANDRÉS ZAPATA le propinaron 4 balazos, uno de los cuales fue a quemarropa en el cuello ya que presentaba tatuaje[[7]](#footnote-7) en esa zona corporal, mientras que los otros 3 restantes hicieron diana en la región torácica.

La herida en el cuello ocurrió en la cara anterior izquierda de la región infratiroidea con salida en la región escapular derecha, y en su trayectoria lesionó la tráquea. Mientras que las otras heridas fueron infringidas en la cara anterior derecha del tórax con salida en la región paravertebral dorsal derecha, y lesionaron el hígado y el pulmón derecho.

* Acorde con la versión de las Testigos LILIANA PATRICIA POSADA RIVERA y GLORIA JEANETH SALAZAR MARÍN, es posible demostrar que después que tirotearon al hoy fallecido, uno de los agresores se devolvió para rematar a la víctima, a la que le propinaron varios balazos en el momento en el que yacía indefensa en el suelo clamando ayuda.
* Con lo dicho por el testigo YUBER ALEXÁNDER RAMÍREZ CUCHIVAGUEN, quien se desempeña como investigador de la Policía Judicial, se ratifica que en efecto las razones por las cuales HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ acudió a la Policía no fueron otras diferentes que la de buscar protección debido a que por ser testigo presencial del asesinato sintió temor por su vida ante una serie de amenazas y de hostigamientos que le eran propiciadas por parte de (A) *BETO* y sus secuaces*,* quien resultó ser el ahora Procesado EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA, el cual junto con su conmilitón NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ, fueron posteriormente identificados por HÉCTOR FABIO DUQUE como los homicidas en una diligencia de reconocimiento fotográfico[[8]](#footnote-8).

Como consecuencia de la gravedad de las amenazas, afirmó el testigo que el informante fue vinculado al programa de protección de testigos de la Fiscalía General de la Nación, lo que implicó su traslado hacia otra ciudad, del que después HÉCTOR FABIO DUQUE se desafilió porque en una ocasión lo vio deambulando por las calles de Pereira.

Finalmente el testigo expuso que en el devenir de la entrevista, HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ le hizo entrega de las 2 vainillas que según su decir encontró en el sitio de los hechos, las que a su vez remitió a medicina legal para su análisis forense, pero asegura no saber si dicha Entidad le dio algún tipo de respuesta sobre lo consultado a la Fiscalía.

Con base en lo anterior, en opinión de la Sala se desprende que en la actuación existen una serie de pruebas que de manera periférica abonan, avalan o ratifican todo lo dicho por el testigo de referencia HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ, respecto de los siguientes tópicos:

* El por qué de su presencia en el lugar de los hechos, así como de las razones o motivos por los cuales se encontraba en dicho sector en el preciso momento en el que los mismos acaecieron: iba a comprar estupefacientes en una *olla* cercana, cuando por avatares del destino presenció el momento en el que la víctima discutía con sus victimarios.
* La condición de adicto a los estupefacientes y de habitante de la calle que detentaba HÉCTOR FABIO DUQUE, lo que justificaba el por qué se dirigía hacia una *olla* con la finalidad de comprar sustancias psicotrópicas.
* El conocimiento que tenía tanto de la víctima como de los victimarios, a quienes respectivamente conocía por sus condiciones de adicto a los estupefacientes y de expendedores de narcóticos.
* La forma como fue agredido JORGE ANDRÉS ZAPATA por parte de sus atacantes, quienes inicialmente le propinaron un balazo a *quemarropa* por el cuello, y posteriormente, cuando se encontraba yaciendo herido en el pavimento, fue rematado por uno de sus atacantes quien le propinó varios impactos de arma de fuego en el pecho.

Ahora bien, a pesar que en el proceso existen pruebas que ampliamente corroboran lo dicho por HÉCTOR FABIO DUQUE en su calidad de testigo de referencia, se tiene que lo atestado por ese declarante para la *A quo* no fue lo suficientemente contundente como para poder proferir un fallo de condena, en atención a que en opinión de la Jueza de primer nivel su declaración extraprocesal arrojaba un manto de dudas, que debían cobijar a los Procesados, sobre los siguientes aspectos: ***a)*** ¿Qué pasó con las vainillas que el testigo dijo haber recuperado de la escena del crimen?, ***b)*** ¿Dónde estaba ubicado el testigo silente en el momento en el que tuvieron ocurrencia los hechos?, ***c)*** ¿Cuál era la posición de los agresores cuando le produjeron el primer disparo a la víctima? y ***d)*** ¿Cuál fue la ruta de escape tomada por los presuntos homicidas?

Para la Sala no existieron las antes aludidas dudas, las que según el sentir de la *A quo* surgían de la declaración de HÉCTOR FABIO DUQUE, ya que las mismas son producto de simples y meros errores de hecho en los que incurrió la Jueza de primer nivel al momento de la apreciación del testimonio extraprocesal de DUQUE FLÓREZ, en atención a que se castró y limitó todo lo dicho por el testigo de referencia, aunado a que su relato no fue confrontado de manera sistemática con el resto del acervo probatorio, si nos atenemos a lo siguiente:

* En lo que tiene que ver con los cuestionamientos surgidos sobre el destino de las vainillas, para la Sala ello es algo irrelevante y sin ningún tipo de trascendencia en la actuación procesal, ya que si nos atenemos al testimonio del Policial YUBER ALEXÁNDER RAMÍREZ, aunado con lo consignado en la entrevista absuelta el 4 de diciembre del 2.012 por parte de HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ, la A quo desconoce que en la actuación procesal está claramente demostrado que el susodicho testigo de referencia hizo entrega de las vainillas que dice que halló en el lugar de los hechos, las cuales, posteriormente fueron remitidas al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses para ser analizadas, pero, como bien lo aseveró el gendarme, no supo qué tipo de respuesta dicha Entidad le ofreció a la Fiscalía respecto de los análisis efectuados a esas evidencias físicas.

Además, si tenemos en cuenta las circunstancias en virtud de las cuales el testigo de referencia encontró esas evidencias físicas, el tiempo que se quedó con ellas en su poder, y su condición de habitante de la calle[[9]](#footnote-9), válidamente se podría decir que la legalidad del hallazgo de esas evidencias se encontraba seriamente cuestionada ante las dudas que surgirían sobre el cumplimiento de los protocolos de cadena de custodia y la afectación de los postulados que orientan el principio de la mismisidad o mismidad de la prueba.

Por lo tanto, no entiende la Sala el por qué la *A quo* le pretendió dar relevancia a lo acontecido con unas evidencias físicas que por las razones ya aludidas nada útil le aportarían al proceso.

* En lo que tiene que ver con los cuestionamientos hechos por la jueza de primer nivel respecto del lugar en el cual se encontraba el testigo de referencia en el momento en el que ocurrieron los hechos y cuál era la posición de los agresores cuando le infligieron el primer disparo a la víctima, solo bastaba con confrontar lo dicho por el testigo de referencia con en el resto del acervo probatorio, en especial con lo aseverado por la testigo LILIANA PATRICIA POSADA RIVERA en consonancia con el plano topográfico y el álbum fotográfico elaborado por el investigador de la Defensa JUAN MANUEL GONZÁLEZ LÓPEZ, pues de dichas pruebas se desprendía que los hechos ocurrieron en un andén de la carrera 20 ubicado casi frente de la casa de habitación identificada con la nomenclatura urbana # 70-121 del barrio Los Alpes, la cual para ese entonces era habitada la Sra. LILIANA PATRICIA POSADA RIVERA, sitio por donde transitaba el Testigo de referencia.
* En lo que corresponde con la posición u ubicación de los victimarios respecto de la víctima cuando esta última fue agredida por primera vez, de un simple análisis de lo dicho por HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ, en consonancia con informes periciales de necropsia y de balística forense, se tiene que el agresor prácticamente se hallaba en frente de la víctima, y que el arma de fuego fue accionada cuando la misma se encontraba cerca del cuello, o sea a quemarropa, razón por la que en esa parte del cuerpo se encontraron residuos de disparos.
* Finalmente, en lo que tiene que ver con la ruta de escape utilizada por los homicidas, se hace necesario anotar que acorde con lo dicho por los testigos LILIANA PATRICIA POSADA RIVERA; GLORIA JEANETH SALAZAR MARÍN y el investigador de la Defensa, JUAN MANUEL GONZÁLEZ LÓPEZ, quien con base en la información suministrada por las aludidas testigos elaboró un plano topográfico y un álbum fotográfico, se tiene que en el sitio donde ocurrieron los hechos confluyen varios barrios colindantes, por lo que existía la probabilidad que el testigo de referencia HÉCTOR FABIO DUQUE se haya confundido respecto de la ruta tomada por los homicidas después de perpetrar el asesinato.

Pero es de anotar que el anterior panorama de incertidumbres se disiparía si la Jueza de primer nivel hubiera cotejado lo dicho por el Testigo de referencia con el testimonio de la Sra. GLORIA JEANETH SALAZAR MARÍN, puesto que HÉCTOR FABIO DUQUE en su declaración extraprocesal aseveró que los asesinos huyeron por la 2ª entrada que del barrio Venus conduce, en sentido del barrio Camilo Torres, hacia el barrio *“Los libertadores”*, lo cual obtiene eco en lo testificado por GLORIA JEANETH SALAZAR MARÍN, quien afirmó que en efecto el asesino huyó con destino hacia el barrio *“Los Libertadores”*.

De lo antes expuesto, se concluye que los cuestionamientos aludidos por la *A quo* para poner en tela de juicio la credibilidad que merecería todo lo dicho por arte del testigo de referencia HÉCTOR FABIO DUQUE, son producto de simples y meros errores en los cuales incurrió la Jueza de primer nivel al momento de la apreciación de dicha prueba.

Ahora bien, se podría pensar que de todas maneras la credibilidad de lo dicho por HÉCTOR FABIO DUQUE se encuentra socavada por: a) su condición de adicto a los estupefacientes; b) el haber sido beneficiario del pago de una recompensa; y c) porque el núcleo esencial de sus dichos es parcialmente infirmado por lo declarado por la testigo GLORIA JEANETH SALAZAR MARÍN.

Como respuesta a los anteriores interrogantes, se tiene que si bien un hecho cierto que HÉCTOR FABIO DUQUE es un habitante de la calle que padece de adicción a las sustancias psicotrópicas, tanto es así que como consecuencia de dicha adicción estuvo en tratamiento en el *“HOMERIS”[[10]](#footnote-10)*, para la Sala tal condición de buenas a primera en nada afectaría la credibilidad de sus dichos, y para ello nos atenemos a lo testificado en el juicio por parte del médico siquiatra MAURICIO HOYOS LOPEZ, quien expuso que los adictos, aun cuando padecen del síndrome de abstinencia, tienen coherencia mental al conservar el contacto con la realidad pero que pierden la atención de la misma.

Ahora, por el simple hecho que el testigo de referencia supuestamente fue remunerado con el pago de una recompensa, como al parecer se desprende de lo dicho por el testigo JULIÁN ALBERTO TABORDA RÍOS, quien aseguró que de los gastos reservados de la Policía Nacional le consignó al investigador la suma de $2.000.000, para que se los entregara a una fuente humana, de la cual desconocía quien era, como remuneración por la información suministrada que condujo a la captura de los presuntos implicados en el homicidio. Para la Sala ello *a prima facie* en nada minaría la credibilidad del testimonio rendido por el aludido Testigo de referencia, debido a que en aquellos eventos en los cuales el Juzgador de instancia se encuentra en presencia de testigos que han sido remunerados, la única consecuencia que generaría tal situación es que los dichos del testigo no deben ser descalificados de manera automática sino que al ser confrontados con el resto del acervo probatorio, lo aseverado por el testigo debe ser apreciado con mucho mayor rigor.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el Testimonio rendido por la Sra. GLORIA JEANETH SALAZAR MARÍN, de cuyos dichos se desprende que en efecto contradice todo lo aseverado por HÉCTOR FABIO DUQUE, puesto que mientras que la testigo asevera que los Procesados no cometieron el delito debido a que el mismo fue perpetrado por una sola persona; el testigo de referencia a su vez expone que los Procesados, actuando de consuno, fueron quienes asesinaron a quien en vida respondía por el nombre de JORGE ANDRÉS ZAPATA GONZÁLEZ.

Para la Sala lo dicho sobre este tópico por parte de la testigo GLORIA JEANETH SALAZAR MARÍN no merece credibilidad, porque su relato, además de resultar contradictorio e inconsistente, no se encuentra en consonancia con el acervo probatorio, por lo siguiente:

* La testigo asevera que desde las ventanas de su casa logró ver cuando la víctima era agredida por un individuo, lo que para la Sala no es posible si nos atenemos al contenido del álbum fotográfico y el plano tipográfico habidos en el proceso, los que nos enseñan que acorde con la distancia y las condiciones de iluminación habidas en ese sector, desde la ubicación donde dice la testigo que ella se encontraba se tornaba difícil que pudiera presenciar los hechos de la forma como ella dice que ocurrieron.
* Según el decir de la testigo, se desprende que el homicida actuó de una cuando perpetró el asesinato, lo cual no se compadece con lo consignado en los informes periciales de necropsia y de balística forense, los que respaldan todo lo dicho por el testigo de referencia cuando expuso que el homicida, aprovechando que alguien sujetaba a la víctima, procedió a accionar en su contra el arma de fuego a quemarropa o a boca de jarro.
* La testigo en su relato asume una posición ambivalente y un tanto contradictoria, lo que repercutiría de manera negativa en la credibilidad de sus dichos, porque inicialmente de lo narrado por ella se tiene que solo se asomó para averiguar sobre lo que pasaba cuando escuchó el inicial disparo, y ahí fue cuando pudo ver a una vecina, LILIANA PATRICIA POSADA, en el instante en que pretendía auxiliar al herido, lo que fue impedido por el asesino a partir del momento en el que se devolvió para rematar a la víctima. Pero posteriormente en su relato, de manera contradictoria, aseveró que desde la ventana si pudo ver cuando el asesino tiroteo a la víctima por primera vez.

Lo anterior incide para que la Sala purgue lo atestado por la testigo GLORIA JEANETH SALAZAR MARÍN, cuya declaración que será escindida en dos partes: 1) Una a la que se le concederá credibilidad, la cual está relacionada con lo dicho por la testigo respecto a que después que oyó el primer disparo, salió para ver lo que pasaba, y ahí se dio cuenta de cómo una vecina pretendía auxiliar al herido, pero en ese preciso momento uno de los asesinos regresó para rematar al herido, para luego darse a la fuga por la vía que conduce hacia el barrio *“Los Libertadores”.* 2) Otra la que no se le creerá por ser mendaz, la cual tiene que ver con las afirmaciones efectuadas por la testigo de haber presenciado el momento en el que un único agresor atacaba a la víctima por primera vez.

Sobre lo anterior, se podría decir que la Sala no está actuando correctamente, en atención a que cuando la versión de un testigo ha sido permeada por la mendacidad, como bien ocurrió en el presente asunto, eventualmente dicha mácula afectaría toda la declaración, lo cual no es correcto, porque el Fallador de instancia, acorde con las reglas de la sana crítica y de la lógica, válidamente al momento de apreciar una prueba testimonial puede diseccionar lo dicho por el testigo para así escoger todo aquello a lo que se le debe creer y desechar lo que no merece credibilidad.

Sobre lo anterior, la Corte se ha expresado de la siguiente forma:

*“Pero al margen de lo anterior, no sobra recordar al censor que la doctrina de la Corte ha insistido en afirmar que las simples contradicciones en las versiones vertidas por determinado testigo no son suficientes para restarles todo mérito, gozando el sentenciador de la facultad de determinar, siguiendo las reglas de la sana critica, que son verosímiles en parte, o que todas son increíbles o que alguna o algunas de ellas tienen aptitud para mostrar la verdad……”[[11]](#footnote-11).*

A modo de recapitalización, se tiene que a pesar que la teoría del caso de la Fiscalía se cimentó en una prueba de referencia admisible, como lo son las manifestaciones que HÉCTOR FABIO DUQUE hizo en una entrevista respecto que los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ fueron las personas que mediante el ilícito empleo de un arma de fuego[[12]](#footnote-12) asesinaron a quien en vida respondía por el nombre de JORGE ANDRÉS ZAPATA GONZÁLEZ; para la Colegiatura dicha prueba de referencia no se podría considerar como huérfana, por lo que no procedería la tarifa probatoria negativa, en atención a que el relato del testigo de referencia se encontraba respaldado y avalado por muchas de las pruebas habidas al proceso, lo que a su vez apalancaba la credibilidad de todo lo dicho extraprocesalmente por parte del testigo HÉCTOR FABIO DUQUE FLÓREZ.

Lo antes expuesto nos hace concluir que en el presente asunto el acervo probatorio habido en el proceso satisfacía integralmente los requisitos exigidos por el inciso 4º del artículo 7º C.P.P. y el articulo 381 ibídem para poder proferir un fallo de condena, en atención que estaba plenamente demostrado el compromiso penal que le asistía a los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ.

Ante tal situación, la Sala considera que le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente, porque en efecto, como bien se pudo acreditar, la Jueza *A quo* incurrió en manifiestos errores al momento de la apreciación del acervo probatorio, los cuales le impidieron darse cuenta que en el presente asunto, a pesar de la existencia de una prueba de referencia, la misma se encontraba acompañada de otras pruebas, las cuales, al ser apreciadas de manera conjunta, de manera indubitable desvirtuaban la presunción de inocencia que amparaba a los aludidos Procesados.

Siendo así las cosas, la Colegiatura revocará el fallo confutado en todo aquello que fue objeto de impugnación, y en consecuencia declarara la responsabilidad criminal de los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ, por incurrir en la comisión de los delitos de Homicidio en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**LA PUNIBILIDAD:**

Desvirtuada la presunción de inocencia que le asiste los enjuiciados, puesto que en el proceso se demostró, más allá de toda duda razonable, el compromiso penal que les asistían, le corresponde ahora a la Sala, acorde con lo decidido y resuelto en el presente proveído, redosificar la correspondiente pena a imponer, la cual deberá respetar los principios de necesidad; proporcionalidad y razonabilidad, consagrados en el artículo 3º C.P. y estar acorde con las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, establecidas en el artículo 4º del Código Penal.

Los delitos por los cuales se declaró la responsabilidad criminal de los encausados corresponden a los reatos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, los cuales respectivamente se encuentran tipificados en los artículos 103 y 365 C.P. siendo sancionados con unas penas de 208 a 450 meses de prisión y de 108 a 144 meses de prisión.

Al aplicar el sistema de cuartos, como quiera que la Fiscalía en contra de los Procesados no les endilgó circunstancias genéricas de mayor punibilidad, a pesar de estar acreditada la consagrada en el # 10º del artículo 58 C.P. por haber actuado en coparticipación criminal, y aunado a que al parecer en favor de los acriminados existe una circunstancia de menor punibilidad como es la carencia de antecedentes penales, en atención a lo consignado en el inciso 2º del artículo 61 ibídem, se partirá del primer cuarto mínimo, el cual oscilaría dentro del siguiente ámbito de punibilidad:

* Para el delito de homicidio, el comprendido entre 208 hasta 268,5 meses de prisión.
* Para el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, el comprendido entre 108 hasta 117 meses de prisión.

Como quiera que estamos en presencia de un concursos de conductas punibles, al momento de la individualización de las penas, acorde con lo consignado en el artículo 31 C.P. se tomará como delito base el sancionado con la pena más alta, que este caso sería el delito de homicidio, mientras que en lo que tiene que ver con la pena del otro delito concursante, esta se incrementará en otro tanto, *el cual no debe ser superior a la suma aritmética de las penas imponibles para los demás delitos individualmente considerados, ni superar el doble de la sanción en concreto de la conducta más grave[[13]](#footnote-13)*.

Luego, al individualizar la pena por el delito de homicidio, se tiene que los Procesados, quienes según lo dicho por el testigo de referencia se dedican al expendio de sustancias psicotrópicas, actuaron mostrando un total desprecio por la vida humana, lo cual además de haber generado un mayor juicio de reproche también ha causado una gran alarma social respecto de lo acontecido, si tenemos en cuenta que Ellos no conformes con haber agredido a la víctima de manera ventajosa, uno de ellos decidió regresar para rematarla cuando la víctima se encontraba yaciendo en el pavimento herida e indefensa clamando por ayuda, lo cual da pie para pensar que la Fiscalía se equivocó con la calificación jurídica dada a los hechos, la que no correspondería con la del reato de homicidio simple sino con la del delito de homicidio agravado por el aprovechamiento de las condiciones de indefensión en las que se encontraba la víctima[[14]](#footnote-14).

Ante tal situación, la Sala no partirá del límite inferior del cuarto mínimo, o sea el de 208 meses, el que se incrementará en un 50% respecto de su ámbito de punibilidad[[15]](#footnote-15) para de esa forma arrojar una pena de 238,25 meses de prisión.

En lo que tiene que ver con el delito concursante, o sea el reato de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, la Sala observa nuevamente que la Fiscalía erró en la calificación jurídica dada a los hechos, si partimos de la base que se estaba en un delito de autores plúrimos, ya que en el mismo participaron dos personas, lo que tornaba el reato en agravado acorde con la causal específica de agravación punitiva del # 5º del inciso 2º del articulo 365 C.P. ante tal situación, aunado con la mayor amenaza social que genera respecto a que personas dedicadas al tráfico de estupefacientes porten armas de fuego, la Sala es de la opinión que ese otro tanto debe corresponder a la mitad de la pena mínima con la que es sancionado el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, el que equivaldría a 54 meses de prisión.

Por lo tanto, acorde con lo dicho en los párrafos anteriores, la pena principal a imponer a los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ sería la de 292,25 meses de prisión, la cual equivaldría a 24 años, 4 meses y 6 días de prisión.

En el tema relacionado con la dosificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, acorde con lo consignado en el inciso 3º del artículo 52 C.P. ésta en un principio correspondería a un tiempo igual al de la pena de prisión, pero sin que exceda de los 20 años - según las voces del inciso 1º del artículo 51 ibídem- y como quiera que la pena de prisión impuesta a los Procesados rebasa con creces dichos limites, ello quiere decir que la misma deba corresponder a 20 años.

En lo que tiene que ver con la indemnización de perjuicios, tanto la Fiscalía como quien funja en calidad de representante de los intereses de la víctima, pueden iniciar el correspondiente incidente de reparación integral dentro de los treinta (30) días subsiguientes después de haber quedado en firme la presente sentencia.

**SUBROGADOS PENALES:**

Respecto del tema de los subrogados y demás sustitutos penales, considera la Sala que los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS no pueden hacerse merecedores del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, consignado en el artículo 63 C.P. puesto que brillan por su ausencia los elementos que deben concurrir para la concesión de tal derecho, entre ellos el elemento objetivo, el cual exige que la pena impuesta no deba rebasar los 4 años de prisión, lo que no ocurre en el *subexamine*, en atención que los acriminados han sido condenados a purgar una pena 24 años, 4 meses y 6 días de prisión, la cual excede con creces esos límites punitivos.

Lo antes aludido también se aplicará en todo aquello que tiene que ver con la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria, de la cual también brillaría por su ausencia el factor objetivo requerido por el articulo 38B del C.P.

Finalmente, teniendo en cuenta el monto de las penas impuestas a los Procesados como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad criminal, aunado a que ellos se encuentran en libertad y como quiera que no se les reconoció ningún tipo de subrogado o de sustitutos penales, lo que daría pie para pensar que nos encontremos en presencia de un eventual riesgo de fuga[[16]](#footnote-16), la Sala, a fin de hacer efectivo lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia y de esa manera conjurar esa amenaza de no comparecencia, procederá a librar las correspondientes órdenes de captura en contra de los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS.

**ANOTACIONES FINALES:**

En lo que tiene que ver con los eventuales recursos que procederían en contra de lo resuelto en sede de 2ª instancia, en cumplimiento de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 del veintinueve (29) de octubre de 2014, en la cual se declaró la inconstitucionalidad con efectos diferidosde las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 del C.P.P. y, como quiera que en la actualidad se encuentra vencido el plazo de un (1) año que se le concedió al Congreso de la Republica para que legislara sobre esos tópicos, la Sala es del criterio que en contra del presente proveído de segunda instancia, el que acorde con los términos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia aludida debe ser considerada como una primera sentencia condenatoria, procede el recurso de apelación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

Sobre lo anterior, a fin de ofrecer una mejor claridad sobre lo decidido en el tema de los recursos, la Sala considera de utilidad traer a colación apartes de lo resuelto por la Corte Constitucional en la enunciada sentencia C-792/2014:

*“Lo anterior sugiere que a la luz de la jurisprudencia constitucional, existe un derecho a controvertir el primer fallo condenatorio que se expide en el marco de un proceso penal.*

*Con fundamento en este precedente, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de preceptos legales que limitan, restringen o anulan la facultad de impugnación de fallos condenatorios o adversos a una de las partes en el marco de procesos penales de única instancia (sentencia C-019 de 1993), de procesos disciplinarios de única instancia (sentencias C-017 de 1996, C-345 de 1993 y C-213 de 2007), o de procesos única instancia de otra naturaleza.*

*De igual modo, reconociendo la existencia de tal derecho, este tribunal ha declarado la exequibilidad de normas que permiten que en sede de casación se revoquen fallos absolutorios de primera y de segunda instancia y se imponga una condena por primera vez en esta etapa (sentencia C-998 de 2004), de disposiciones que establecen procesos penales de única instancia para los aforados (sentencias C-142 de 1993, C-411 de 1997 y C-934 de 2006), o de normas que establecen procesos de única instancia en otras materias (sentencias C-280 de 1996, C-040 de 2002, C-254 de 2012 y C-718 de 2012). En todos estos casos la Corte dejó a la salvo la constitucionalidad de los preceptos legales, pero no porque considerase que el derecho a controvertir el primer fallo que se impone en un proceso penal puede ser exceptuado, sino sobre la base de otro tipo de consideraciones: (i) en principio, los estándares derivados del derecho a la impugnación no son aplicables a materias distintas al derecho penal; (ii) la oposición a fallos condenatorios se puede ejercer a través de mecanismos alternativos a la apelación, aunque no den lugar a una nueva instancia; (iii) los sujetos que cuentan con fuero constitucional en materia penal o con una garantía equivalente, no son titulares de este derecho.*

*En definitiva, los artículos 29 de la Carta Política, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP consagran el derecho a controvertir las sentencias condenatorias que se dictan dentro de un proceso penal. Aunque ninguna de estas disposiciones establece expresamente que esta prerrogativa comprende la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia, e imponen por primera vez una condena en la segunda instancia, esta regla sí constituye un estándar constitucional, por las siguientes razones: (i) los enunciados anteriores tienen un contenido general y no hacen ninguna salvedad para la hipótesis anterior, por lo cual no existe ninguna base normativa para excluirla de la referida facultad constitucional; (ii) como la prerrogativa anterior se otorga en función del contenido del fallo y no en razón de la etapa en la cual se dicta la providencia, es decir, por su connotación condenatoria, y no por haber sido expedida en la primera instancia de un juicio, no resulta admisible la tesis de que la impugnación opera únicamente respecto del fallo absolutorio de primera instancia, y no de la sentencia condenatoria de la segunda instancia; (iii) dado que mediante el derecho a la impugnación se pretende brindar una herramienta calificada y reforzada de defensa a las personas que son objeto del poder punitivo del Estado, y dado que esta defensa sólo se puede ejercer si existe la posibilidad de controvertir aquella decisión judicial que materializa esta facultad sancionatoria, la prerrogativa constitucional se debe poder ejercer, al menos, frente al primer fallo que declara la responsabilidad penal, incluso cuando esta se dicta en la segunda instancia; (iv) de entenderse que el derecho a la impugnación se agota con la posibilidad de controvertir la sentencia judicial de primera instancia, se subsumiría este derecho en la garantía de la doble instancia, en contravía del principio hermenéutico del efecto útil; (v) esta línea hermenéutica es consistente con la de los operadores jurídicos encargados de la interpretación y aplicación de los instrumentos normativos que consagran el mencionado derecho, y en particular, con la que ha acogido el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (vii) por su parte, aunque hasta el momento la Corte Constitucional no ha abordado directamente este problema jurídico, y sus reflexiones en torno a la derecho a la impugnación se han hecho en el marco de la garantía de la doble instancia, por lo que no existen consideraciones autónomas en este sentido, la jurisprudencia sí reconoce el derecho a atacar las providencias que imponen por primera vez una condena en el marco de un juicio penal.*

*(::::)*

*De acuerdo con este planteamiento, la Corte concluye que el legislador tiene el deber constitucional de diseñar e implementar un recurso que materialice el derecho a controvertir los primeros fallos condenatorios que se dictan en un juicio penal, el cual debe otorgar amplias potestades al juez de revisión para analizar y evaluar las cuestiones fácticas, probatorias y normativas que inciden en el contenido de la decisión judicial objeto del recurso.*

*(:::)*

*Por esta circunstancia, el mecanismo idóneo para subsanar el déficit normativo no es un fallo de exequibilidad condicionada, porque se requiere de la intervención directa del órgano legislativo para este efecto. En este orden de ideas, la Corte adoptará las siguientes decisiones: (i) Declarará la inconstitucionalidad de los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias; (ii) declarará la exequibilidad de los preceptos anteriores, en su contenido positivo, por los cargos analizados; (iii) la declaratoria de inconstitucionalidad será diferida a un año, contado a partir de la notificación por edicto de la sentencia; (iv) se exhortará al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias; (v) se dispondrá que en caso de que el legislador incumpla el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de los referidos fallos ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena……”[[17]](#footnote-17).*

Precedente jurisprudencial que ha sido ratificado por esa alta corporación de la siguiente forma:

*“De tal suerte, la interpretación constitucional efectuada por la Corte en la sentencia C-998 de 2004, hoy debe revisarse a la luz de las consideraciones efectuadas en la sentencia C-792 de 2014, y que constituyen para asuntos como el presente doctrina constitucional (CP art 230). El caso bajo examen está gobernado por la sentencia C-998 de 2004, pero hacia futuro, y en los términos y bajo las condiciones de la sentencia C-792 de 2014, la cosa juzgada de esa decisión se ha de ver afectada por la Constitución viviente.59 En virtud de esa interpretación viviente, el derecho a impugnar las condenas impuestas por primera vez en un proceso penal ordinario no se limita a los fallos de primera instancia, sino que incluye las estatuidas por primera vez en casación. Es una garantía orientada a proveer para los procesados el mayor nivel posible de defensa en la persecución criminal, de tal suerte que se predica también de las condenas emitidas por primera vez luego de la primera instancia. La Corte considera entonces que resultaría irrazonable impedir la impugnación de las sentencias condenatorias impuestas por vez primera en casación, tras instancias absolutorias. El sentido de esta garantía es asegurar la corrección de las condenas judiciales, por la vía de exigir “la doble conformidad judicial”. Lo cual presupone que incluso las condenas dictadas por primera vez en casación penal sean susceptibles de un recurso integral. Si bien la Sala de Casación Penal es un órgano especializado y colegiado, cuya conformación asegura que varios jueces coincidan en la decisión, lo que se busca con el derecho a impugnar la sentencia condenatoria es que en los procesos penales ordinarios la conformidad judicial se dé en dos momentos distintos, y por autoridades jurídicamente diferenciables. Las condenas en casación que se imponen por primera vez, en los procesos penales ordinarios regulados por la Ley 600 de 2000, no satisfacen estas exigencias……..”[[18]](#footnote-18).*

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Revocar la sentencia proferida en las calendas del 10 junio del 2.014 por parte del entonces Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, en la que se absolvió a los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ de los cargos por los cuales fueron llamados a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación.

**SEGUNDO:** En consecuencia de lo anterior se declarará la responsabilidad criminal de los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ por incurrir en la comisión de los delitos de Homicidio y fabricación tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

**TERCERO:** Condenar a los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ a purgar una pena de prisión de 292,25 meses, la cual equivaldría a 24 años, 4 meses y 6 días de prisión.

**CUARTO:** Condenar a los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años.

**QUINTO:** Declarar que los Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ no pueden hacerse acreedores del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la sustitución de la ejecución de la pena de prisión en establecimiento carcelario por prisión domiciliaria.

**SEXTO:** Librar las correspondientes órdenes de captura en contra de Procesados EDWIN ALBERTO ARBOLEDA PINEDA y NELSON GIOVANNI CUBILLOS GONZÁLEZ, a fin de que se haga efectivo lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia.

**SÉPTIMO:** Declarar que tanto la Fiscalía como quien funja en calidad de representante de los intereses de la víctima, pueden iniciar el correspondiente incidente de reparación integral dentro de los treinta (30) días subsiguientes después de haber quedado en firme la presente sentencia.

**OCTAVO:** Declarar que contra de la presente decisión procede el recurso de apelación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Es de anotar que la *A quo* en el fallo confutado puso en tela de juicio por mendacidad la credibilidad que merecía apartes del relato vertido por parte de la Testigo GLORIA JEANETH SALAZAR, razón por la cual ordenó que se compulsaran copias en su contra por incurrir en la presunta comisión del delito de falso testimonio. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del seis de marzo de 2.008. Proceso # 27477. M.P. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMAN. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 8º, ordinales J y K, 16 y 18 C.P.P. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver entre otras: Sentencia del treinta (30) de marzo de 2006. Rad. # 24468; Sentencia del seis (6) de marzo de 2.008. Rad. # 27477; Sentencia del 21 de septiembre de 2011. Rad. # 36023; Providencia del 4 de junio 2013. Rad. # 40893. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del junio cuatro (4) de 2013. Rad. # 40893. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-5)
6. Es de anotar que en dicha entrevista se consignó que el testigo hizo entrega de un par de vainillas. [↑](#footnote-ref-6)
7. Según el perito en balística el arma debió estar entre 0 a 20 centímetros de distancia del cuerpo de la víctima. [↑](#footnote-ref-7)
8. La cual también ingresó válidamente a la actuación como prueba de referencia admisible. [↑](#footnote-ref-8)
9. Esta afirmación la hacemos debido a que acorde con las reglas de la experiencia, en muchas ocasiones los habitantes de la calle se dedican a la recolección de basuras y al reciclaje como medio de supervivencia. [↑](#footnote-ref-9)
10. Siglas que corresponden a la de Hospital Siquiátrico de Risaralda. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del seis (6) de abril de 2.005. Rad. # 23154. M. P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. [↑](#footnote-ref-11)
12. Lo cual fue objeto de la estipulación probatoria # 3, en la cual las partes daban por probado el contenido del oficio del 23 de febrero del 2.013 expedido por el Departamento de Control de Comercio de armas, municiones o explosivos, del Comando General de las Fuerzas Militares. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver entre otras, la sentencia del dieciséis (16) de abril de 2008. Rad. # 25304 y la Sentencia del quince (15) de mayo de 2003. Rad. # 15868. [↑](#footnote-ref-13)
14. #7º del articulo 104 C.P. [↑](#footnote-ref-14)
15. El que corresponde a 60.5, siendo 30,25 el equivalente a su 50%. [↑](#footnote-ref-15)
16. Articulo 312 C.P.P. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Constitucional: Sentencia C-792 del veintinueve (29) de octubre de 2014. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte Constitucional: Sentencia # SU215 del veintiocho (28) de abril de 2016. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA [↑](#footnote-ref-18)