El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: HOMICIDIO AGRAVADO / PORTE DE ARMA DE FUEGO / RETRACTACIÓN DEL TESTIGO DE CARGOS / NO DESVIRTÚA POR SÍ SOLA SU DECLARACIÓN INICIAL / PRINCIPIO DE COHERENCIA / DEFINICIÓN Y ALCANCES.**

… por regla general los elementos materiales probatorios recopilados por las partes durante la etapa de investigación, V.gr. entrevistas, interrogatorios de indiciados, opiniones periciales, etc… por contrariar los principios de inmediación, contradicción y confrontación , per se no tienen ningún valor probatorio en la fase del juicio, muy a pesar que los mismos, en el devenir de la actuación procesal, puedan servir de fundamento para la toma de ciertas decisiones, tales como la imposición de una medida de aseguramiento, la preclusión del proceso, la práctica de medidas cautelares, etc...

Pero dicha regla general tiene como excepción la consistente en que en aquellos eventos en los cuales se garanticen y respeten la eficacia de los principios de inmediación, contradicción y confrontación, es posible que al proceso pueden ser allegados los elementos materiales probatorios que las partes tengan en su poder, los cuales en tales eventos si tendrían la vocación de convertirse en medios de prueba. (…)

Estando claro que en el presente asunto se presentó el fenómeno de la retractación del principal testigo de cargos, es menester que se tenga en cuenta que la presencia del fenómeno de marras en momento alguno de manera automática anula o aniquila las declaraciones del testigo que decidió desdecir o infirmar de lo que había dicho en una declaración anterior. Por lo que a fin de determinar a cuál de esas versiones contrapuestas se le debe otorgar credibilidad, o si ambas son falaces o complementarias entre sí, al Juzgador de instancia le asiste la obligación de: a) Indagar o hacer todo lo posible para averiguar sobre las razones por las cuales el testigo decidió cambiar de versión; b) Confrontarlas y cotejarlas con el resto del acervo probatorio.

Sobre lo anterior, de vieja data, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

“La retractación no es por sí sola causal que destruye, de inmediato, lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que ataque a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación, y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo verdad…

… necesariamente la Sala debe tener en cuenta en que consiste el principio de la coherencia, el cual propende por la correspondencia que debe existir entre la imputación y la acusación en lo que tiene que ver con el componente fáctico de los hechos jurídicamente relevantes, los que deben ser en esencia los mismos o afines, lo que nos quiere decir que lo fácticamente establecido en la formulación de la imputación limitaría significativamente los hechos que puedan incluirse en la acusación. Tal situación implicaría que la imputación «se constituye en condicionante fáctico de la acusación, o del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados…»

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**MAGISTRADO PONENTE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

Aprobado por acta No. 406

Hora: 8:30 a.m.

Procesado: LAPB

Delitos: Homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego

Radicado: 66-045-31-89-001-2.018-00033-01

Procede: Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía

Asunto: Apelación interpuesta por la Defensa y la representante del Ministerio Público en contra de la sentencia condenatoria

Temas: Credibilidad del testimonio de la persona que se retracta; Principio de coherencia frente a la causal especifica de agravación punitiva consagrada en el numeral 7º del artículo 104 C.P.

Decisión: Confirma y modifica parcialmente el fallo opugnado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar los sendos recursos de alzadas interpuestos respectivamente por la Defensa y la representante del Ministerio Público en contra de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía en las calendas del diecisiete (17) de junio del 2.019 dentro del proceso que se adelantó en contra de **LAPB**, quien fue acusado de incurrir en la presunta comisión de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**ANTECEDENTES:**

Del contenido de los medios de conocimiento allegados a la actuación, se extrae que los hechos tuvieron ocurrencia a eso de las 19:30 horas del 1º de febrero de 2.018 en el barrio *“el Cinto”* del corregimiento de Santa Cecilia, jurisdicción del municipio de Pueblo Rico, y están relacionados con el violento deceso de quien en vida respondía por el nombre de MARÍA YOLANDA MATURANA, la cual fue asesinada por un sujeto que furtivamente ingresó a su domicilio para luego sorprenderla en el momento en el que Ella se encontraba descuidada ingiriendo unos alimentos para así descerrajarle en el cráneo varios impactos proferidos por un arma de fuego, lo que le ocasionó el inmediato deceso de la víctima.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Ante el Juzgado 1º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, en turno de disponibilidad, en las calendas del 21 de febrero del 2.018, se llevaron a cabo las correspondientes audiencias preliminares, en las cuales, después de legalizarse la captura del entonces indicado LAPB, la que estuvo precedida de una orden, la Fiscalía procedió a enrostrarle cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de homicidio agravado, (# 7º del artículo 104 C.P.) y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (Artículo 365 C.P.). Posteriormente al procesado le fue definida la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 10 de abril del 2.018, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, ante el cual el 1º de mayo de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía le enrostró cargos al procesado LAPB por los mismos reatos que le fueron endilgados en su contra en la audiencia de formulación de la acusación.
3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 6 de agosto de 2.018, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró en sesiones efectuadas los días: 17 y 18 de octubre de 2.018; 1º de noviembre de 2.018; 13 y 14 de febrero de 2.019. Una vez agotadas la fase probatoria y de alegaciones, se emitió el sentido del fallo el que resultó ser de carácter condenatorio. Posteriormente, el 17 de junio del 2.019 se profirió la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida el 17 de junio del 2.019 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado LAPB por haber incurrido en la comisión de los delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el procesado LAPB fue condenado a purgar una pena de 244 meses de prisión, e igualmente se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, por no cumplirse con los requisitos legales para la procedencia de los mismos.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgador de primer nivel para poder proferir un fallo de condena en contra del procesado LAPB, se fundamentaron en aducir que con las pruebas allegadas al proceso por parte de la Fiscalía se logró derrumbar la presunción de inocencia que le asistía al encausado, e igualmente con esas pruebas el Ente Acusador consiguió demostrar la responsabilidad criminal del acusado por los delitos por los cuales fue llamado a juicio, por lo siguiente:

* El deceso de quien en vida respondía por el nombre de MARÍA YOLANDA MATURANA, se encontraba demostrado con los testimonios y albúmenes fotográficos efectuados por los miembros de la Policía Judicial que acudieron al sitio de los hechos en calidad de primeros respondientes, sumado con el contenido de la necropsia realizada por el médico forense CAMPO ELÍAS OCHOA CUCALEANO. De esas pruebas se desprendía que las causas del deceso de la víctima se debieron a un par de heridas que le fueron infligidas en el cráneo con un arma de fuego.
* Con el testimonio del perito en balística BISMARCK DE JESÚS GÓMEZ, quien analizó unos proyectiles que fueron encontrados en el sitio de los hechos, se demostró que dichos proyectiles fueron accionados con un revólver calibre .38 *special.*
* Acorde con el contenido del certificado expedido por el sistema nacional de control, comercio de armas de fuego, municiones y explosivos (SIAEM), se estableció que el Procesado carecía de permisos para portar armas de fuego.
* Principalmente con lo declarado por la joven “*M.Y.E.M”.* se demostró que el Procesado fue el causante del homicidio de quien en vida respondía por el nombre de MARÍA YOLANDA MATURANA.
* Sí bien era cierto que cuando la joven “*M.Y.E.M.”* acudió al juicio desdijo de lo que había dicho en una declaración que rindió ante la Policía Judicial en la que afirmaba que cuando se encontraba por el puente *“el Cinto”,* se dio cuenta del preciso momento en el que el acusado, a quien conocía de antelación, ingresaba a la casa de la víctima con un arma de fuego, de la cual salió luego de escucharse unos disparos; pero de igual manera el Juzgado *A quo* le concedió absoluta credibilidad a lo que la testigo declaró en esa entrevista en detrimento de la retractación que hizo de la misma, cuando adveró que fue presionada por los investigadores de la Policía Judicial para que dijera lo que dijo, lo que no era cierto ya que en verdad no vio al asesino, porque cuando sonaron los disparos se asustó y salió a corriendo.
* Las razones por las cuales el Juzgado de primer nivel le concedió credibilidad a lo declarado por “*M.Y.E.M”.* en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial, se fundamentaron en que: a) En el proceso se demostró que el acto de retractación resultó ser una consecuencia de los comentarios que se hacían en el pueblo en los que a Ella la señalaban de ser la responsable del encarcelamiento del acriminado, lo que le ocasionó un estado de miedo y de temor que la embargaba de sufrir retaliaciones por parte del Procesado o de sus allegados; b) Los dichos de la testigo de encontrarse en el puente *“el Cinto”* cuando ocurrieron los hechos y de lo que Ella hizo luego de que se escucharon los disparos, se encuentran corroborados, entre otros, con los testimonios absueltos por BERTHA LUZ ESCARPETA; LIRINSON CÓRDOBA MOSQUERA y ROSA NELLY MURILLO; c) Con los testimonios absueltos por JORGE ARLEX AGUIRRE; BLAZ ANTONIO CÁRDENAS; FRANCISCO ANTONIO BOBADILLA y ANDRÉS FELIPE BLANCO, se demostró que la óbito residía en un inmueble cercano al puente *“el Cinto”*, y que desde el sitio en donde se encontraba la testigo “*M.Y.E.M”.* se podía ver con facilidad hacia dicho inmueble porque este se encontraba en un nivel más elevado que el de la carretera; d) Según el testimonio de la Sra. ROSA NELLY MURILLO, se tiene que la difunta en dos ocasiones le comentó de los temores que sentía por unas amenazas que le profirió LAPB porque supuestamente Ella había estado hablando de más sobre la participación de LAPB en el asesinato del ciudadano GUSTAVO MACHADO; e) El testigo JOSÉ MARTÍNEZ MATURANA adveró que 15 días antes de los hechos, a eso de las 14:30 o las 15:00 horas, cuando se encontraba en un billar, escuchó una conversación que LAPB sostenía con su suegro, en la que le decía a este último *que tenían que deshacerse de la señora del puente.*
* No se le podía conceder credibilidad al testimonio de la Sra. ÁNGELA PATRICIA SIAGAMA, compañera permanente del Procesado, cuando adujo que su marido llegó a eso de las 16:00 horas la finca en donde residían y que no volvió a salir, porque se trataba de una testigo que tenía un interés en los resultados del proceso, sumado a la orfandad probatoria de sus dichos.

Por otra parte, el Juzgado de primer nivel, pese a que el Procesado fue acusado por homicidio agravado, acorde con la causal consagrada en el # 7º del artículo 104 C.P. decidió declarar la responsabilidad criminal del encausado por el delito de homicidio simple, porque en su opinión la Fiscalía había conculcado el principio de coherencia debido a que en la acusación se presentó una variación de los hechos que en la imputación sirvieron de soporte a la aludida causal de agravación punitiva, ya que en la formulación de la imputación se dijo que la razón de ser del agravante radicaba en que el asesino ingresó intempestivamente al domicilio de la víctima a la cual sorprendió sin darle oportunidad para defenderse. Lo que no se sostuvo en la acusación, cuando se adujo que la víctima fue asesinada en el preciso momento en el que se encontraba sentada e indefensa presta a ingerir unos alimentos.

**LAS APELACIONES:**

**- El recurso de apelación interpuesto por la Defensa:**

Censura el apelante el fallo opugnado porque en su sentir el Juzgado de primer nivel desconoció la presunción de inocencia que le asistía al procesado LAPB al no apreciar de manera correcta las pruebas habidas en el proceso, de las cuales solo manaban dudas razonables sobre la responsabilidad criminal endilgada al acusado, dudas estas que debieron haber sido capitalizadas en su favor como lo ordena el principio del *in dubio pro reo.*

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el recurrente adujo lo siguiente:

* El Juzgado *A quo* se equivocó cuando descartó la credibilidad que ameritaba la retractación que la testigo “*M.Y.E.M”.* hizo de la declaración que inicialmente absolvió ante la Policía Judicial, porque en el fallo confutado se desconocieron los motivos que la testigo invocó para proceder a desdecir de las incriminaciones efectuadas en el pasado contra del acusado, las cuales consistieron en el remordimiento de conciencia que sentía, lo que le impedía el poder conciliar el sueño, por señalar falsamente al Procesado como el asesino, razón por lo que precedió en tal sentido a fin que se hiciera justicia y de esa forma impedir que un inocente pagara por un crimen que no cometió.

Asimismo se ignoró que la testigo en su declaración fue clara en aseverar que lo que dijo en la entrevista en contra del Procesado fue producto de unas presiones a las que fue sometida por parte de la Policía Judicial, cuyos miembros la indujeron a que dijera cosas que no correspondían con la realidad porque, como bien lo atestó en el juicio, Ella no vio al asesino, ya que salió corriendo apenas se oyeron los disparos, como bien lo corroboró el testigo LIRINSON CÓRDOBA MOSQUERA.

Ahora, en lo que tenía que ver con el estado de miedo que aquejaba a la testigo, el que supuestamente incidió para que Ella desdijera de todo lo que inicialmente declaró en contra del Procesado, ello es producto de un despropósito en el que incurrió la representante del Ministerio Público, quien al momento de interrogar a la testigo actuó como si fuera una especie de Fiscal de apoyo, porque le formuló unas preguntas sugestivas con las cuales consiguió que la joven respondiera lo que la Sra. Procuradora Judicial quería, o sea sobre el supuesto miedo que embargaba a la declarante.

Respecto del miedo que también aquejaba a la madre de la testigo “*M.Y.E.M”.* o sea la Sra. BERTHA LUZ ESCARPETA, el Juzgado de primer nivel distorsionó lo que esa testigo declaró, quien en verdad lo que dijo es que Ella, desde mucho antes que ocurriera el crimen, sentía era miedo de residir en el corregimiento de Santa Cecilia porque es un *municipio* peligroso. Lo que en sentir del apelante es cierto, porque históricamente ese *municipio* ha estado inmerso en conflictos protagonizados por grupos armados ilegales.

De igual manera, no se tuvo en cuenta que en el juicio se demostró que nunca jamás la testigo “*M.Y.E.M”.* fue víctima de intimidaciones o de amenazas de muerte efectuadas por parte de la cónyuge del acusado, porque los único que Ella le ha pedido a la testigo ha estado circunscrito a que se haga justicia.

* El Juzgado *A quo* no tuvo en cuenta que la testigo ROSA NELLY MURILLO y su cónyuge mintieron con la finalidad de perjudicar al Procesado, cuando inicialmente afirmaron que entre los Sres. GUSTAVO MACHADO y ELIAS PARRA no existía ningún problema, para luego contradecirse cuando señalaron que el asesinato de la Sra. MARÍA YOLANDA MATURANA había sido producto de una retaliación generada porque ELIAS PARRA le ordenó a un tal *(A) “Tula”* que asesinará a GUSTAVO MACHADO.
* No existía razón plausible alguna para descalificar el testimonio de la Sra. ÁNGELA PATRICIA SIAGAMA, quien en su calidad de cónyuge del Procesado adveró que el día de los hechos su marido llegó temprano a la finca donde Ellos residían y que de ahí no volvió a salir.
* De igual manera, en el fallo confutado no se tuvo en cuenta la existencia de ciertas circunstancias que indicaban que el comportamiento asumido por el Procesado no era el propio de una persona que hubiese cometido un crimen, porque luego de ocurrido los hechos nunca huyo de Santa Cecilia, en donde siempre estuvo hasta cuando fue capturado.

Con base en los anteriores argumentos el recurrente solicitó la revocatoria del fallo confutado, y que en consecuencia se absuelva al Procesado de los cargos endilgados en su contra.

**- El recurso de apelación interpuesto por la** **Agente del Ministerio Público.**

La inconformidad de la recurrente básicamente está centrada con la decisión del Juzgado de primer nivel de declarar la responsabilidad criminal del Procesado por incurrir en la comisión del delito de homicidio simple y no por el reato de homicidio agravado como se adujo en la acusación, porque en sentir de la apelante en momento alguno se incurrió en una vulneración del principio de la coherencia, ya que en la acusación se conservó el núcleo de las circunstancias fácticas consignadas en la formulación de la imputación que dieron lugar para que al Procesado se le endilgaran las circunstancias de agravación punitiva del delito de homicidio consagrada en el # 7º del artículo 104 C.P. cuando se adujo que el Procesado tomó por sorpresa a la víctima al ingresar furtivamente a su residencia, lo que factualmente en nada varió en la acusación en donde se dijo que el perpetrador asesinó a la víctima, la que se encontraba indefensa en el momento en el que la mataron debido a que Ella estaba presta a ingerir unos alimentos, como bien se pudo demostrar con las pruebas allegadas al juicio.

De igual manera la apelante expresó su inconformidad con la dosificación de la pena, porque en su opinión no era factible que al Procesado se le impusiera las penas mínimas, ya que con ello se desconocieron ciertas circunstancias que incidían en un mayor reproche punitivo del comportamiento por el cual se declaró el compromiso penal del Procesado, entre las cuales se encontraban: a) La existencia de un móvil, como se probó con la declaración de la Sra. ROSA NELLY MURILLO, de cuyo testimonio se desprende que el asesinato fue producto de unas amenazas que el Procesado había proferido en contra de la óbito, por lo comentarios que Ella hacia respecto a que LAPB se encontraba implicado en el homicidio de otra persona; b) El aprovechamiento del homicida de las condiciones de adulta mayor de la difunta, quien cuando la asesinaron tenía 60 años de edad, a lo que se le debía sumar la mayor alarma social que ese asesinato género en la comunidad porque la víctima era una conocida líder social en asuntos relacionados con la ecología y el medio ambiente.

Conforme con lo anterior, la apelante solicitó se modifique el juicio de responsabilidad pregonado en contra del procesado LAPB, el cual debería ser por la comisión del delito de homicidio agravado. Igualmente la recurrente deprecó por la redosificacion de las penas impuestas al encausado.

**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 numeral 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizora 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 por parte de los recurrentes, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Incurrió el Juzgado *A quo* en errores en la apreciación del acervo probatorio, que le impidieron darse cuenta que de las pruebas aducidas en el juicio solo afloraban dudas razonables que debieron ser capitalizadas en favor del procesado LAPB acorde con los postulados que oriental el principio del *in dubio pro reo?*

¿Se equivocó el Juzgado de primer nivel en la calificación jurídica dada a los hechos, la que no correspondería al delito de homicidio simple (artículo 103 C.P.) sino al reato de homicidio agravado (numeral 7º del artículo 104 C.P.)?

¿Fueron dosificadas de manera correcta las penas impuestas al procesado LAPB como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal?

**- Solución:**

**1. El recurso de apelación interpuesto por la Defensa:**

A modo de prolegómeno es deber de la Sala explicar el porqué de manera inicial estamos resolviendo el recurso de alzada interpuesto por la Defensa, lo que en un principio podría dar pie para que se dijera que con tal proceder la Colegiatura estaría desconociendo uno de los apotegmas basilares del Derecho a la Defensa, en virtud del cual *«La Defensa siempre tiene el Derecho la última palabra»*[[1]](#footnote-1), lo cual no sería factible en el presente asunto sí acatamos al principio de la economía procesal, por cuanto de darle integral razón a los argumentos del disenso propuestos por la Defensa en la apelación, quien propende por la revocatoria del fallo opugnado y la subsecuente absolución del Procesado, resultaría siendo entonces más que obvio que por sustracción de materia la Sala deba de abstenerse de desatar el recurso de alzada también interpuesto por la agente del Ministerio Público, el que se cimienta para su procedencia en la declaratoria de la responsabilidad criminal del acusado.

1. Esclarecido el por qué la Sala decidió desatar primero el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, vemos que para poder resolver el problema jurídico que nos ha sido propuesto por el recurrente, en un principio se torna necesario tener en cuenta que acorde con la realidad probatoria analizada y debatida en el fallo confutado, se observa que el juicio de responsabilidad criminal edificado en contra del procesado LAPB tuvo como uno de sus pilares fundamentales el total y absoluto grado de credibilidad que el Juzgado de primer nivel le concedió a una entrevista absuelta ante la Policía Judicial, el 11 de febrero de 2.018, por la joven *“M.Y.E.M”*, de 14 años de edad para ese entonces, la cual fue introducida al proceso por parte de la Fiscalía para que fungiera como *testimonio adjunto* como consecuencia de haberse presentado el fenómeno de la retractación, ya que cuando la adolescente *“M.Y.E.M”* acudió al juicio a rendir testimonio, procedió a desdecirse de las incriminaciones que en esa entrevista efectuó en contra del acusado, al aducir que no pudo ver al asesino como consecuencia de la oscuridad que imperaba en el lugar de los hechos, sumado a que cuando se escucharon las detonaciones, se asustó e inmediatamente salió corriendo de ese sitio.

Como es bien sabido, al presentarse el fenómeno de la retractación, el Juzgado de primer nivel se inclinó en concederle credibilidad a las declaraciones extraprocesales rendidas por parte de la menor *“M.Y.E.M”* en detrimento de la retractación que de las mismas efectuó cuando Ella rindió testimonio en el juicio, con base en el argumento consistente en que en el proceso existían pruebas que corroboraban las declaraciones extraprocesales de la testigo, sumado a que Ella procedió a desdecir de lo que dijo en esa entrevista como consecuencia de unas presiones a las que fue sometida, lo que hizo que la agobiara un estado de miedo.

Los argumentos a los que acudió el Juzgado *A quo* para concederle credibilidad a lo declarado por la menor *“M.Y.E.M”* en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial, son refutados por la Defensa en la alzada, quien propuso la tesis consistente en que el Juzgado de primer nivel con su decisión ignoró las validas explicaciones invocadas por la recurrente que justificaban el por qué se retractaba de sus dichos incriminatorios, sumado a que existían pruebas en el proceso, que no fueron apreciadas en debida forma, las cuales corroboraban lo declarado por la testigo en el juicio, en el sentido que no vio a la persona que asesinó a la Sra. MARÍA YOLANDA MATURANA.

Acorde con lo anterior, a fin de determinar si le asiste o no la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, o si por el contrario el Juzgado *A quo* estuvo atinado en el fallo confutado, inicialmente la Sala llevará a cabo un breve y somero estudio del fenómeno de la retractación de los testigos y de la potencial vocación probatoria que pueden tener las entrevistas recopiladas por las partes durante las fases procesales de indagación e investigación.

Como punto de partida para poder resolver los anteriores interrogantes, se hace necesario tener en cuenta que por regla general los elementos materiales probatorios recopilados por las partes durante la etapa de investigación, V.gr. entrevistas, interrogatorios de indiciados, opiniones periciales, etc… por contrariar los principios de inmediación, contradicción y confrontación[[2]](#footnote-2), *per se* no tienen ningún valor probatorio en la fase del juicio, muy a pesar que los mismos, en el devenir de la actuación procesal, puedan servir de fundamento para la toma de ciertas decisiones, tales como la imposición de una medida de aseguramiento, la preclusión del proceso, la práctica de medidas cautelares, etc...

Pero dicha regla general tiene como excepción la consistente en que en aquellos eventos en los cuales se garanticen y respeten la eficacia de los principios de inmediación, contradicción y confrontación, es posible que al proceso pueden ser allegados los elementos materiales probatorios que las partes tengan en su poder, los cuales en tales eventos si tendrían la vocación de convertirse en medios de prueba.

Frente a lo anterior, de vieja data la Corte ha expuesto lo siguiente:

“Los elementos materiales probatorios obtenidos de los actos de investigación, que de acuerdo con el desarrollo traído en el libro II, títulos I y II del código en cuestión pueden ser armas, instrumentos, objetos, dineros, bienes, huellas, etc. (artículo 275), así como entrevistas, declaraciones de eventuales testigos o interrogatorios a indiciados o informes de investigadores de campo o de laboratorio, tienen la potencialidad de convertirse en prueba si son presentados ante el juez de conocimiento en el curso del juicio oral, siempre y cuando en desarrollo del citado principio de inmediación, el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia declare ante el juez (testigo de acreditación) o los testigos o peritos se sometan al interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes……”[[3]](#footnote-3).

Acorde con lo hasta ahora dicho, en lo que atañe con las declaraciones extraprocesales recaudas por las partes, las misma de manera excepcional pueden ser allegadas al proceso, y tendrán vocación probatoria siempre y cuando se respeten los postulados que orientan los principios de inmediación, contradicción y confrontación.

En tal sentido, la Corte ha dicho:

“Excepcionalmente, es viable incorporar al debate oral las entrevistas rendidas con anterioridad al juicio oral, en los supuestos de prueba de referencia, esto es, cuando el testigo no se encuentra disponible, como ocurre en las situaciones descritas en el artículo 438, adicionado por el 3º de la Ley 1652 de 2013, igualmente si las declaraciones previas han sido utilizadas por las partes, bajo las previsiones del interrogatorio cruzado, como instrumento para refrescar la memoria o impugnar credibilidad (cánones 392.d y 393. b ejusdem, en su orden) y, por último, en aquellos eventos en que el testigo comparece a la audiencia pública de juzgamiento y cambia su versión anterior o se retracta de ella, caso en el cual ingresa como complemento del testimonio (CSJ SP606-2017, rad. 44950)…”[[4]](#footnote-4).

De lo hasta ahora expuesto, la Sala válidamente puede llegar a las siguientes conclusiones en lo que atañe con las hipótesis en las que válidamente se puedan allegar al proceso las declaraciones extraprocesales recopiladas por las partes durante la indagación e investigación:

1. Para refrescar la memoria del declarante, en caso que el testigo presente alguna falla en el proceso de rememorización {ordinal d artículo 392 C.P.P.}; Pero es de aclarar que en estos eventos no tiene ocurrencia la introducción al proceso de la entrevista, pues lo único que se persigue con la misma es que el testigo precise o rememore hechos que no recuerda con claridad y precisión.
2. Como herramienta para impugnar la credibilidad del testigo {inciso 3º artículo 347 C.P.P.; ordinal b articulo 393 ibídem y artículo 403 *ejusdem*}, la que se da en aquellos eventos en los que el declarante incurre en contradicciones en sus dichos o cuando se retracta de lo que sobre los tópicos adverados había declarado en una pretérita atestación o de lo que respecto a la misma les dijo a otras personas. En estas hipótesis, o sea cuando la declaración extraprocesal es utilizada para impugnar la credibilidad del testigo, la misma necesariamente debe hacer parte del proceso al encontrarse liada con lo declarado por el testigo mediante la figura conocida como *“testigo adjunto”*[[5]](#footnote-5).

1. Como prueba de referencia admisible, acorde con la hipótesis del ordinal b del artículo 438 C.P.P. lo que sucedería en aquellas hipótesis en las que el testigo, ya sea por rebeldía o por contumacia, no se encuentra disponible, pese el haber sido citado oportunamente para que comparezca al juicio.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala, como ya se sabe, que en lo que atañe con el testimonio de la adolescente *“M.Y.E.M”* tuvo lugar el fenómeno de la retractación, el cual consiste en el *«cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros...»[[6]](#footnote-6)*, lo que exactamente sucedió con esa prueba testimonial a partir del momento en el que la deponente se desdijo de las incriminaciones que en el pasado efectuó en contra del Procesado en una entrevista, en la que adujo que a eso de las 19:00 y 19:30 horas, se dirigía hacia su domicilio y cuando se encontraba en el puente “*el Cinto”,* frente a la casa de la óbito, se dio cuenta del preciso momento en el que LAPB ingresaba furtivamente a la casa de habitación de la víctima con un arma de fuego en las manos, y que luego de que se escucharan varias detonaciones, lo volvió a ver cuando salía de ese sitio. Ante tal situación, la testigo expuso que procedió a esconderse en una volqueta que se utilizaba en unas obras de reparación de la carretera. De igual manera, la testigo adveró en esa entrevista que antes, a eso de las 15:00 horas, cuando transitaba por el puente “*el Cinto”,* para hacerle un mandado a su madre en la plaza del pueblo, se encontró con LAPB, quien se puso a galantearla y a piropearla. Y que luego, a eso de las 18:00 horas, en ese mismo puente se volvió a encontrar con LAPB, quien insistió en sus galanterías, pero Ella lo ignoró al irse para una tienda que queda como a una cuadra del puente.

Es de anotar que cuando la testigo *“M.Y.E.M”* acudió al juicio, procedió a infirmar de todo lo dicho en la entrevista adiada el 11 de febrero del 2.018, al aducir que las cosas que dijo en esa entrevista en contra del Procesado no son ciertas porque las mismas fueron producto de una serie de presiones a las que fue sometida por parte de los funcionarios de la Policía Judicial que le recepcionaron la entrevista, quienes la sugestionaron para que falazmente incriminara a LAPB de un crimen que no cometió. Asimismo adveró que en momento alguno se dio cuenta de quien fue la persona que asesinó a la Sra. MARÍA YOLANDA MATURANA, porque cuando sonaron los balazos por ese sector reinaba la oscuridad y lo único que Ella hizo fue correr presa del susto que la embargaba, y mientras corría, al voltear para atrás se dio cuenta de la presencia de un personaje al cual no pudo identificar porque tenía una especie de capucha y se encontraba a oscuras.

No sobra decir que una vez que la testigo “M.Y.E.M” se retractó de lo declarado en el pasado, la Fiscalía de manera atinada impugnó la credibilidad de sus dichos, para lo cual se valió de la entrevista que Ella absolvió el 11 de febrero de 2.018, con la que procedió a confrontar a la testigo con lo que atestó en el juicio. Posteriormente dicha entrevista fue válidamente allegada al proceso para que de esa forma pudiera obrar a modo de complemento del testimonio de la joven “M.Y.E.M”, por cuanto con la misma se respetaron los presupuestos requeridos por los principios de la confrontación y de la contradicción.

Tal procedimiento al que acudió la Fiscalía para introducir al proceso la declaración extraprocesal absuelta por la adolescente *“M.Y.E.M”,* se debe considerar como respetuoso de las reglas jurisprudenciales trazadas por la Corte para que al proceso se alleguen ese tipo de evidencias:

“(iii) cuando el testigo está disponible para declarar en el juicio oral y se retracta o cambia su versión, la parte puede pedir la incorporación de la declaración anterior para que sea valorada en su integridad por el juez, siempre y cuando se agoten los procedimientos orientados a garantizar el debido proceso (ídem); y (iv) tal y como se expresa en el referido fallo, en esos eventos la parte debe suministrarle al juez los insumos suficientes para establecer cuál de las dos versiones merece credibilidad, sin perjuicio de que ambas puedan ser desestimadas...”[[7]](#footnote-7).

Estando claro que en el presente asunto se presentó el fenómeno de la retractación del principal testigo de cargos, es menester que se tenga en cuenta que la presencia del fenómeno de marras en momento alguno de manera automática anula o aniquila las declaraciones del testigo que decidió desdecir o infirmar de lo que había dicho en una declaración anterior. Por lo que a fin de determinar a cuál de esas versiones contrapuestas se le debe otorgar credibilidad, o si ambas son falaces o complementarias entre sí, al Juzgador de instancia le asiste la obligación de: a) Indagar o hacer todo lo posible para averiguar sobre las razones por las cuales el testigo decidió cambiar de versión; b) Confrontarlas y cotejarlas con el resto del acervo probatorio.

Sobre lo anterior, de vieja data, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

“La retractación no es por sí sola causal que destruye, de inmediato, lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que ataque a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación, y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir, ordinariamente, en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas tal como sucedieron; o un interés propio o ajeno que lo lleva a negar o alterar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace, y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso…”[[8]](#footnote-8).

Al aplicar lo anterior en el caso en comento, considera la Colegiatura que al confrontar y cotejar dichas declaraciones disimiles con el resto del acervo probatorio, válidamente, como atinadamente lo hizo el Juzgado de primer nivel, se puede llegar a la conclusión consistente en que se debe tener como creíble y cierto lo declarado por la joven *“M.Y.E.M”* ante la Policía judicial, en detrimento de lo que Ella posteriormente atestó en el juicio, lo cual puede ser catalogado como una mendacidad.

Las razones que inciden para que la Colegiatura pueda llegar a la anterior conclusión son las siguientes:

* En el proceso está demostrado que el miedo a sufrir un daño en su integridad física por haber declarado en contra del acusado fue el móvil que incidió para que la testigo *“M.Y.E.M”* decidiera retractarse de lo que declaró en la entrevista adiada el 11 de febrero de 2.018, como bien Ella lo expresó desde un principio cuando adujo que se sentía mal por la acusación que hizo en contra de LAPB, quien podría salir de la cárcel y hacerle un daño a Ella o a su madre[[9]](#footnote-9). Temor que en términos similares reiteró cuando fue interrogada de manera complementaria por la Agente del Ministerio Público, en donde adujo que como consecuencia del pánico que la aquejaba, ni siquiera se atrevía a salir a la plaza del pueblo ni a ninguna otra parte[[10]](#footnote-10).

El estado de miedo o de temor que afectaba a la testigo es corroborado por lo depuesto por la también testigo BERTHA LUZ ESCARPETA MOSQUERA, quien expuso que después que su hija absolviera la entrevista, Ella, o sea la testigo, fue víctima de una serie de presiones a las que fue sometida por parte de una de las compañeras del ahora Procesado, que la aterrorizaron y la dejaron en un estado de nervios, ya que esa persona le exigía que para evitar problemas debía retirar la denuncia, porque en caso que condenaran a LAPB, Ella tenía que responder por todas las cosas que LAPB les suministraba a sus mujeres[[11]](#footnote-11).

Aunque en el proceso está más que demostrado que fue el miedo o el temor a sufrir un daño el motivo que incidió para que la testigo *“M.Y.E.M”* decidiera desdecir de las incriminaciones que efectuó en contra del procesado LAPB, vemos que la Defensa en la alzada adujo que ello no es correcto, porque lo que incidió para que la testigo se retractara fue el remordimiento de conciencia que la aquejaba por haber implicado falazmente a un inocente de un crimen que no cometió. Lo que para la Sala no puede ser de recibo porque tales excusas en momento alguno se desprenden del contenido del testimonio absuelto por *“M.Y.E.M”*, quien expuso que lo que dijo en contra del encausado fue producto de una serie de presiones y de sugestiones a las que fue sometida por parte de los funcionarios de la Policía Judicial que le recepcionaron la entrevista.

Pese a lo anterior, la Sala no puede ignorar que la persona que en verdad habló de reatos de consciencia fue la madre de la testigo *“M.Y.E.M*, o sea la Sra. BERTHA LUZ ESCARPETA MOSQUERA, quien aseveró que su hija, a los pocos días de haber absuelto la entrevista, le comentó que no podía dormir porque se encontraba asustada y no se sentía bien, por lo que tenía que retractarse debido a que la persona a quien señaló como el autor del crimen no lo era.

Pero es de anotar que para la Sala lo atestado en tal sentido por la Sra. BERTHA LUZ ESCARPETA MOSQUERA tiene poco o ningún valor probatorio por tratarse de un típico testimonio de oídas que en momento alguno fue corroborado por la fuente de dónde provino esa información, por cuanto cuando la joven “M.Y.E.M” declaró, como ya se dijo con antelación, no hizo expresa alusión a los supuestos remordimientos de conciencia que la martirizaban por haber declarado en contra del acriminado.

Además, sí analizamos más a fondo la declaración de la Sra. ESCARPETA MOSQUERA, se tiene, sin hesitación alguna, que el estado de nerviosismo y de temor que aquejó a su hija, tuvo como una de sus fuentes la visita que a Ella le hizo una de las compañeras del acusado, quien le exigió que su hija debía retractarse de todo lo dicho en contra de LAPB.

Ahora bien, en lo que corresponde con las supuestas presiones y sugestiones a las que fue sometida la testigo “M.Y.E.M” para que declarará en contra de LAPB, observa la Sala que en la actuación no existe prueba alguna que corrobore ese acontecer, tanto es así, como bien lo aseveró la Sra. BERTHA LUZ ESCARPETA MOSQUERA, quien en calidad de madre de la entrevistada la estuvo acompañando y asistiendo en esa diligencia, que su hija, pese a estar asustada, absolvió las preguntas que se le formulaban y que el escribano consignó en el documento todo lo que la joven le decía[[12]](#footnote-12). Lo que a su vez encuentra eco en el testimonio absuelto por el detective DUVIER ANDRÉS UREÑA VARGAS, quien expuso que fue el encargado de recepcionarle la declaración a la joven “M.Y.E.M”, la que fue señalada por uno de los hijos de la difunta como testigo presencial de los hechos. El testigo adveró que la diligencia se practicó con la presencia de la madre de la menor y de la Comisaria de Familia, y que cuando la joven declaró, no la presionaron ya que de manera tranquila y calmada procedió a narrar todo lo acontecido.

* En la actuación existen medios de conocimiento que corroboran la versión absuelta por la joven “M.Y.E.M” en la entrevista que absolvió el 11 de febrero de 2.018 ante la Policía Judicial, en detrimento de la versión que posteriormente atestó en el juicio cuando falazmente se retractó de lo que depuso en esa entrevista.

Así tenemos que:

* Con los testimonios absueltos por BERTHA LUZ ESCARPETA MOSQUERA y LIRINSON CÓRDOVA MOSQUERA, se ratifica que la adolescente “M.Y.E.M” se encontraba en el puente *“el Cinto”*, en el momento en el que ocurrieron los hechos.
* Del testimonio rendido por el policial JORGE ARLEX AGUIRRE BLANDÓN, quien estuvo en el sitio de los hechos en calidad de primer respondiente, se establece que en la vía que pasa por el puente se encontraban unas maquinarias pesadas que eran utilizadas para llevar a cabo una serie de obras civiles. Lo cual a su vez abona lo atestado por “M.Y.E.M” cuando expuso que después de escuchar los disparos buscó refugio en una volqueta que esta estacionada por ese sector.
* Acorde con lo atestado por los policiales ANDRÉS FELIPE BLANCO; JONATÁN SALAZAR ROBLEDO, y por los particulares BLAZ ANTONIO CÁRDENAS y ROSA NELLY MURILLO, sumado a los registros fotográficos del sitio de los hechos, en especial las fotografías # 3 y 4[[13]](#footnote-13), se tiene por demostrado que el cuerpo de la difunta yacía sentado en una silla que se encontraba junto a una mesa en la que estaban unos alimentos. Lo que a su vez corrobora lo dicho por la testigo en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial, en la cual adujo que desde el lugar en donde se encontraba, pudo ver el preciso momento en el que el perpetrador le descerrajó unos disparos con un arma de fuego a la Sra. MARÍA YOLANDA MATURANA, en el preciso momento en el que Ella se encontraba ingiriendo unos alimentos.
* La existencia en contra del Procesado del indicio de “*manifestaciones anteriores al delito”*, en virtud del cual es probable que el Procesado LAPB haya sido la persona quien asesinó a la Sra. MARÍA YOLANDA MATURANA, como consecuencia de una serie de expresiones y de amenazas en las que dio a conocer su deseo de atentar en contra de la vida de la hoy difunta.
* Para poder llegar a ese hecho indicado, la Sala tendrá en cuenta como sus hechos indicadores los siguientes:
* La acreditación del deceso de la Sra. MARÍA YOLANDA MATURANA, quien fue ultimada con unos disparos proferidos por un arma de fuego.
* La demostración de que la Sra. MARÍA YOLANDA MATURANA residía en un inmueble aledaño al puente *“el Cinto”.*
* El testimonio absuelto por JOSÉ MARTÍNEZ MATURANA, quien adveró que en una ocasión, 15 días antes que ocurrieran los hechos, un domingo a eso de las 14:30 horas cuando se encontraba en un billar ubicado en la plaza principal del corregimiento de Santa Cecilia, pudo escuchar una conversación que sostenía LAPB con su suegro LIBARDO[[14]](#footnote-14), en la que LAPB decía *«que tenían que deshacerse de la señora del puente…»[[15]](#footnote-15)*, porque esa mujer lo estaba perjudicando y por ende debían deshacerse de Ella.
* Es de resaltar que pese a que el testigo admitió que quienes sostenían esa conversación nunca dijeron el nombre de la persona de quien Ellos pensaban deshacerse. De igual manera expresó que luego de que pasó lo que pasó, dedujo que los contertulios se referían a MARÍA YOLANDA MATURANA como a la *señora del puente.*
* El testimonio rendido por ROSA NELLY MURILLO MACHADO, quien expuso que desde hacía mucho tiempo sostenía una relación de amistad con la hoy difunta, y que en una ocasión su amiga le contó sobre algo que le preocupaba, porque había sido víctima de unas amenazas que le profirió LAPB para que se estuviera callada, porque Ella se había puesto a hacer comentarios relacionados con la participación de LAPB en el asesinato de GUSTAVO MACHADO, crimen en el cual, según la testigo, participó un hijo de la difunta de nombre VLADIMIR, pero que es conocido con el remoquete de *(A) “Tula”*, y que el motivo del mismo fueron los celos*.* De igual manera la testigo adveró que su amiga le dijo que si Ella aparecía muerta, señalaba como el responsable de su homicidio a LAPB, y que la causa de su deceso seria por *soltar la lengua[[16]](#footnote-16).*
* Acorde con lo anterior, no está de más resaltar que en el proceso se demostró que LAPB convivía maritalmente con la Sra. ÁNGELA PATRICIA SIAGAMA RESTREPO, quien en el pasado sostuvo una relación sentimental con GUSTAVO MACHADO, a quien, según su testimonio, lo abandonó por su condición de viejo que no le servía en asuntos sexuales.

Por lo tanto, sí en el proceso existían pruebas que demostraban que el acusado se había puesto a lanzar manifestaciones en las que expresaba su deseo de deshacerse de la señora del puente, quien a todas luces era la Sra. MARÍA YOLANDA MATURANA, sumado a las amenazas que le profirió por los comentarios que Ella hizo sobre la participación del acusado en el asesinato de quien en vida respondía por el nombre de GUSTAVO MACHADO, es factible inferir que ante el homicidio de la Sra. MARÍA YOLANDA MATURANA, el procesado LAPB haya hecho realidad las manifestaciones previas que hizo en contra de la hoy difunta.

* No es cierto, como lo alega el recurrente que el testimonio absuelto por LIRINSON CÓRDOVA MOSQUERA desvirtúa lo declarado por “M.Y.E.M” en la entrevista y corrobora todo lo dicho en su testimonio cuando procedió a retractarse de lo que declaró ante la Policía Judicial.

Para poder llegar a la anterior conclusión, solo basta con cotejar y confrontar lo que atestaron esos dos testigos:

* “M.Y.E.M” expuso que a eso de las *«siete y pedazo»* se encontraba en el puente en compañía de LIRINSON CÓRDOVA MOSQUERA, pero que ambos estaban separados, con quien solo se saludó, y que cuando oyó las detonaciones empezó a correr.
* LIRINSON CÓRDOVA MOSQUERA, adveró que a eso de las 19:00 horas se encontraba en el puente en compañía de “M.Y.E.M”, pero que Él estaba concentrado jugando con el teléfono móvil celular y que no sabía lo que hacía su amiga, cuando se oyeron las detonaciones que provenían de la casa de la Sra. MARÍA YOLANDA MATURANA, por lo que ambos salieron corriendo, pero que “M.Y.E.M” se quedó atrás rezagada. Luego, pasado unos 5 o 10 minutos regresó y encontró en ese sitio a su amiga.

De lo antes expuesto se desprende que ambos testigos, pese a encontrarse en el puente *“el Cinto”*, pudieran tener una percepción diferente de lo acontecido, debido a que LIRINSON CÓRDOVA MOSQUERA por encontrarse entretenido jugando con el teléfono móvil celular, es factible que no haya podido ver lo que la testigo “M.Y.E.M” dijo en la entrevista que pudo atisbar en el preciso momento en el que el perpetrador ingresaba furtivamente al domicilio de la víctima.

De todo lo antes expuesto, para la Sala no existe duda alguna que en el proceso había suficientes elementos de juicio que demostraban: a) El motivo por el cual la testigo “M.Y.E.M” decidió desdecirse de las primigenias declaraciones que había efectuado en contra del Procesado, el cual radicaba en el estado de miedo y temor que la aquejaba como consecuencia de las presiones a las que Ella y su señora madre, BERTHA LUZ ESCARPETA MOSQUERA, fueron sometidas para que se retractaran; b) La existencia de pruebas que corroboran y abonaban todo lo declarado por la joven “M.Y.E.M” en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial, en la que adujo haber visto el preciso momento en el que LAPB asesinaba a balazos a la Sra. MARÍA YOLANDA MATURANA; c) No existen pruebas que ratifiquen la versión dada por “M.Y.E.M” en su testimonio cuando pretendió retractarse de sus inicial declaración.

Ahora, en lo que tiene que ver con los reproches formulados por apelante respecto de las razones o motivos por las cuales el Juzgado de primer nivel descalificó la credibilidad que ameritaría el testimonio absuelto por Sra. ÁNGELA PATRICIA SIAGAMA RESTREPO, con el cual la Defensa pretendía demostrar la coartada consistente en que el Procesado se encontraba en otro sitio en el preciso momento en el que ocurrieron los hechos, la Sala es de la opinión consistente en que el Juzgado de primer nivel estuvo atinado en esa determinación, porque la Sra. ÁNGELA PATRICIA SIAGAMA RESTREPO, al fungir como cónyuge o compañera permanente del acusado, era obvio que tenía un interés en los resultados del proceso, lo que conspiraba de manera negativa en la imparcialidad de sus dichos, a lo que se debe sumar que las atestaciones de la Sra. SIAGAMA RESTREPO se encuentran huérfanas de pruebas que las corroboren.

Finalmente, en lo que atañe con las críticas que el apelante formuló en contra del desempeño de la representante del Ministerio Público, a quien acusa, cuando interrogó a las testigos “M.Y.E.M” y BERTHA LUZ ESCARPETA MOSQUERA, de haberse excedido en sus funciones y de fungir como un Fiscal de apoyo, considera la Sala que ello no es cierto porque cuanto la Sra. Procuradora Judicial Penal procedió a interrogar de manera complementaria a las testigos de marras, lo hizo dentro de los limites trazados por el artículo 397 C.P.P. los cuales tienen como finalidad *«el cabal entendimiento del caso…».* Lo que sucedió cuando la Agente del Ministerio Público le formuló una serie de preguntas a la Sra. BERTHA LUZ ESCARPETA MOSQUERA, para que esclareciera sobre cuál era la verdadera fuente de sus miedos y temores, las que no radicaban en el hecho de residir en el corregimiento de Santa Cecilia, como erradamente lo afirmó el apelante. Mientras que cuando interrogó a la joven “M.Y.E.M”, lo hizo con el propósito de que Ella precisara desde que horas se encontraba en el puente *“el Cinto”*; con quien estaba y que estaba haciendo en ese sitio.

Acorde con lo hasta ahora dicho, es suficiente para que la Sala concluya que el Juzgado de primer nivel en momento alguno incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el apelante, porque, como bien lo demostró la Colegiatura, de las pruebas debatidas en el juicio se podía llegar a ese grado absoluto de conocimiento requerido por el artículo 381 C.P.P. para poder pregonar el compromiso penal endilgado en la acusación en contra del procesado LAPB.

Siendo así las cosas, la Sala confirmara el fallo opugnado en todo aquello que tiene que ver con la declaratoria de la responsabilidad criminal del procesado LAPB por los delitos por los cuales fue llamado a juicio.

**2. El recurso de apelación interpuesto por la Agente del Ministerio Público.**

La apelante en la alzada expresó su inconformidad con la decisión del Juzgado *A quo* de declarar la responsabilidad penal del procesado LAPB por incurrir en la comisión del delito de homicidio simple (artículo 103 C.P.) y no por el punible de homicidio agravado, (# 7º del artículo 104 C.P.), reato este último por el que fue llamado a juicio el acriminado, porque en su sentir en el presente asunto no tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia, como de manera errada lo aseveró el Juzgado de primer nivel.

Para determinar sí le asiste o no la razón a los reproches que la recurrente formuló en contra del fallo opugnado, necesariamente la Sala debe tener en cuenta en que consiste el *principio de la coherencia*, el cual propende por la correspondencia que debe existir entre la imputación y la acusación en lo que tiene que ver con el componente fáctico de los hechos jurídicamente relevantes, los que deben ser en esencia los mismos o afines, lo que nos quiere decir que lo fácticamente establecido en la formulación de la imputación limitaría significativamente los hechos que puedan incluirse en la acusación. Tal situación implicaría que la imputación *«se constituye en condicionante fáctico de la acusación, o del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados…»[[17]](#footnote-17)*.

En tal sentido la Corte ha dicho:

“Entonces, la formulación de imputación comporta un condicionante fáctico de la acusación, del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, cuyo núcleo debe ser respetado, de manera que la Corte, más allá del principio de congruencia concretado desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso que se reflejarán en la sentencia, ha hecho énfasis en el principio de coherencia, con el propósito de que a lo largo de la actuación se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, sin que entonces la Fiscalía pueda adicionar gradualmente hechos nuevos (CSJ SP, 8 jul. 2009. Rad. 31280 y SP, 1° feb. 2012. Rad. 36907, entre otras)…”[[18]](#footnote-18).

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene, como ya se sabe que tanto en el acto de formulación de la imputación como en el escrito de acusación, la Fiscalía le enrostró cargos al procesado LAPB por haber incurrido en la presunta comisión del delito de homicidio agravado, acorde con la causal especifica de agravación punitiva consagrada en el # 7º del artículo 104 C.P. Por lo que en un principio se podría decir que en lo que atañe con la calificación jurídica dada a los hechos, es obvio que entre la imputación y la acusación se respetaron los postulados que orientan al aludido principio de coherencia.

Pero como quiera que el principio de marras se refiere es a la correspondencia que debe existir en el núcleo fáctico de ambos actos procesales, tenemos que las razones aducidas por la Fiscalía para enrostrarle al Procesado en la formulación de la imputación los agravantes consignados en el # 7º del artículo 104 C.P. básicamente se fundamentaron *en el ingreso furtivo e intempestivo del asesino al domicilio de la víctima, a la cual sorprendió sin darle oportunidad para defenderse*. Mientras que, en la acusación, la aludida circunstancia especifica de agravación punitiva tuvo su sustento *en que la víctima se encontraba indefensa, debido a que fue asesinada en el preciso momento en el que se encontraba sentada presta a ingerir unos alimentos*.

De lo antes expuesto, considera la Sala, contrario a lo aducido por el Juzgado *A quo,* que la Fiscalía en la acusación en momento alguno introdujo nuevas circunstancias factuales en lo que tiene que ver con el aludido agravante especifico consagrado en el # 7º del artículo 104 C.P. que hayan generado una variación o modificación del núcleo factico de los hechos jurídicamente relevantes consignados en la imputación, ya que la razón de ser de dicha circunstancia especifica de agravación punitiva del delito de homicidio, conocida por la doctrina como *alevosía*, radica en *«el hecho de que el agente dificulta las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, y actúa, “a traición y sobre seguro”, sin correr para sí riesgo alguno. Podría decirse que con ello el autor demuestra una mayor insensibilidad moral…»[[19]](#footnote-19)*. Lo que se refleja tanto en lo aludido en la imputación, para justificar la causal especifica de agravación punitiva de marras, y lo que respecto de ella se dijo en la acusación, por lo que es obvio que el componente factico de esos actos procesales en vez de contrariarse se complementan, ya que no se puede desconocer el estado de indefensión en el que se encuentra una persona que es sorprendida por un asesino en el preciso momento en el que ingiriere unos alimentos o se encuentra cenando, porque es obvio que la víctima esta distraída, lo que dificultaría cualquier tipo de reacción defensiva y facilitaría el accionar homicida del agresor, el que se le haría aún más fácil sí logró ingresar a la residencia de la victima de manera furtiva.

Es de resaltar que la Fiscalía con las pruebas allegadas al proceso pudo acreditar de manera indubitable la ocurrencia de un típico homicidio cometido con alevosía, lo que se desprende de un análisis en conjunto de lo atestado por la adolescente “M.Y.E.M” en consonancia con las declaraciones de ANDRÉS FELIPE BLANCO; JONATÁN SALAZAR ROBLEDO; BLAZ ANTONIO CÁRDENAS y ROSA NELLY MURILLO, sumado a los registros fotográficos del sitio de los hechos, en especial las fotografías # 3 y 4, con lo que se demuestra que el perpetrador, en este caso el procesado LAPB, ingresó de manera furtiva al domicilio de la víctima, a la cual sorprendió traicioneramente cuando se encontraba distraída cenando, para de esa forma asesinarla con ventaja y sobre seguro.

Acorde con lo anterior, la Sala es de la opinión consistente en que le asiste la razón a los reproches formulados por la recurrente porque con lo acontecido en momento alguno se presentó una vulneración del principio de la coherencia, lo que implicaba que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del procesado LAPB debió haber sido por incurrir en la comisión del delito de homicidio agravado, (# 7º del artículo 104 C.P.), tal cual como fue acusado por la F.G.N. y no por el punible de homicidio simple (artículo 103 C.P.).

Finalmente en lo que tiene que ver con los cuestionamientos que la representante del Ministerio Público formuló en contra de la dosificación punitiva, considera la Colegiatura que también le asiste la razón a la recurrente, porque el Juzgado de primer nivel no tuvo en cuenta ciertas circunstancias que generaban un mayor juicio de reproche al comportamiento criminal endilgado al Procesado, lo que ameritaban para que al momento de dosificar la pena no se podía partir de los mínimos.

Entre las circunstancias que fueron ignoradas por el Juzgado de primer nivel, descollan: a) La forma alevosa de como el asesino perpetró el homicidio en contra de una persona mayor de 60 años de edad, la que acorde con lo consagrado en el artículo 2º de la Ley # 1.315 de 2.009 debe ser considerada como *adulto mayor[[20]](#footnote-20)*; b) La mayor alarma social que generó el deceso de la óbito, quien fungía como líder de una organización que velaba por la fauna y la flora de la región; c) Los protervos móviles que desencadenaron el homicidio, los cuales tuvieron su fuente en unas previas amenazas que el homicida profirió en contra de la víctima por lenguaraz, o sea *por hablar más de la cuenta*.

Siendo, así las cosas, al asistirle razón a la recurrente, la Colegiatura modificará el fallo opugnando en el sentido de establecer que el juicio de responsabilidad criminal endilgado en contra del procesado LAPB lo es por incurrir en la comisión del delito de homicidio agravado, acorde con las circunstancias de agravación punitiva consagradas en el # 7º del artículo 104 C.P.

Como consecuencia de lo anterior, le corresponde a la Sala redosificar las penas que habrá de purgar el procesado LAPB, para lo cual tendrá en cuenta los siguientes criterios:

* El delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal de Procesado, o sea el reato de homicidio agravado, es sancionado con una pena de 400 a 600 meses de prisión.
* Al aplicar el sistema de cuartos, como quiera que en contra del Procesado no le fueron endilgados circunstancias de mayor punibilidad, acorde con lo establecido en el inciso 2º del articulo 61 C.P. la Sala acudiría al primer cuarto de punibilidad, el cual oscila entre 400 hasta 450 meses de prisión.
* Para individualizar la pena, acorde con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la Sala tendrá en cuenta unos factores que generan un mayor juicio de reproche del comportamiento pregonado en contra del Procesado, los que se reflejan en la mayor maldad y perversidad de su proceder, y la mayor alarma social que generó, porque, como ya se dijo, estamos en presencia de una persona que de manera alevosa asesinó a un adulto mayor al parecer para callarle la boca por los comentarios que Ella hacia respecto a su participación en un asesinato. Razón por la cual la Sala no partirá del límite inferior del primer cuarto de punibilidad, el que será incrementado en 12,5 meses[[21]](#footnote-21), para de esa forma arrojar una pena de 412,5 meses de prisión.
* Como quiera que el Procesado también debe responder por la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, respetando los criterios esbozados en el fallo confutado, el incremento punitivo por ese reato acompañante corresponderá a 36 meses.

En suma, la pena que le correspondería purgar al procesado LAPB, como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, será la de 448,5 meses de prisión, que equivaldría a 37 años, 4 meses y 15 días de prisión.

Por otra parte en lo que tiene que ver 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. se tiene que esa pena en un principio debe corresponder a un tiempo igual al de la pena de prisión sin exceder el tope de los 20 años, y como quiera que en el presente asunto la pena de prisión impuesta al Procesado fue de a 37 años, 4 meses y 15 días de prisión, ello nos quiere decir que la pena accesoria de marras solamente deberá ser por el lapso de 20 años.

Como anotación final se indicará que la notificación de la presente decisión no se realizará en audiencia de lectura de sentencia como lo establece la norma procesal penal, esto en atención a la situación de amenaza de contagio generada por la propagación del virus COVID-19, y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto # 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y el Decreto # 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, lo que obliga a que la presente decisión se le deba notificar a las partes e interesados vía correo electrónico por intermedio de la Secretaría, medio por el cual, de ser procedente, podrán interponer los recursos de ley en las oportunidades pertinentes.

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: CONFIRMAR** en todo aquello que fue objeto del recurso de apelación interpuesto por la Defensa el contenido de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía en las calendas del diecisiete (17) de junio del 2.019 dentro del proceso que se adelantó en contra de **LAPB**.

**SEGUNDO: MODIFICAR** la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía en las calendas del diecisiete (17) de junio del 2.019, en el sentido de establecer que la declaratoria de la responsabilidad penal endilgada en contra del procesado LAPB, lo es por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior se **REDOSIFICARAN** las penas impuestas al procesado LAPB, la cual corresponderá a 448,5 meses de prisión, que equivaldría a 37 años, 4 meses y 15 días de prisión; así como la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años.

**CUARTO: DISPONER** que en atención a la situación generada por la pandemia de la propagación del virus COVID-19 y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto # 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional y el Decreto # 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, esta decisión se le notificará a las partes e interesados por Secretaría vía correo electrónico, medio por el cual podrán interponer los recursos de ley que sean procedentes.

**QUINTO:** Declarar que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. En tal sentido se pueden consultar, entre otros, la providencia 12 de noviembre de 2015. AP6357-2015. Rad. # 41198, proferida por la Sala de Casación Penal de la C.S.J. y la Sentencia C-1195/05 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículos 15, 16 y 379 C.P.P. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 9 de noviembre de 2.006. Rad. # 25738. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 17 de julio de 2019. SP2667-2019. Rad. # 49.509. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. [↑](#footnote-ref-4)
5. Respecto de la figura del testigo adjunto, se pueden consultar, entre otras, la sentencia del 9 de noviembre de 2.006. Rad. # 25738 y la sentencia del 21 de octubre de 2009. Rad. # 31.001. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 25 de enero de 2.017. SP606-2017. Rad. # 44950. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 4 de diciembre de 2018, Rad. 51896. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 9 de diciembre de 1994. Radicado # 12.855. [↑](#footnote-ref-8)
9. Al respecto se pueden consultar los registros # 03:16:36 al # 03:17:12. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consultar registros # 04:58:0 al # 05:03:00. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver registros # 02:13:00 al # 02:18:00. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver registro # 50:00 al # 51:14. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio # 21 del cuaderno de evidencias. [↑](#footnote-ref-13)
14. El testigo se refiere al Sr. JOSÉ LIBARDO SIAGAMA ARCE. [↑](#footnote-ref-14)
15. Registro # 43:34 al # 43:39. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ver registro # 01:22:30 al # 01:25:00. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de julio de 2.009. Rad. # 31280. [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 5 de octubre de 2.016. SP14151-2016. Rad. # 45647. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-18)
19. GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO: Delitos contra la vida y la integridad personal. Página # 125. 2ª Edición. 1.994. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. [↑](#footnote-ref-19)
20. Según el protocolo de necropsia para la época del deceso tenía 61 años de edad. [↑](#footnote-ref-20)
21. Equivalente al 25% del ámbito punitivo de movilidad, el cual es de 50 meses. [↑](#footnote-ref-21)