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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 11 de septiembre de 2017

Proceso:                 Penal - Confirma sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 666826000048201400479

Procesado: CRISTIÁN DAVID MORALES GÁLVEZ

Magistrado Ponente:  JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO CON TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO, LESIONES PERSONALES DOLOSAS, Y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO.** Lo que el Tribunal observa luego de un análisis conjunto del material probatorio allegado en juicio, como corresponde, es que no hay duda alguna acerca de la materialidad de la infracción cometida en contra de LUISA FERNANDA MARTÍNEZ MÁRQUEZ, GIOVANNY HOYOS RÍOS, LUISA FERNANDA CARDONA OSPINA, NANCY ORTIZ PELÉZ y la menor E.H.M., no solo por cuanto ello no fue objeto de discusión por parte del único recurrente, sino porque de los elementos probatorios allegados a juicio -necropsia médico legal y los dictámenes médicos practicados a los afectados, que ingresaron como estipulación-, se tiene plena certeza, no solo de la muerte en forma violenta de la primera referida, sino de la tentativa de homicidio y las lesiones que le fueron causadas a los demás, todo ello ocasionado con armas de fuego. (…) Así las cosas, muy a pesar del denodado esfuerzo de parte del apoderado de la defensa, la argumentación que contiene el recurso no alcanza a demeritar en modo alguna la prueba de responsabilidad en la persona del señor CRISTIAN DAVID MORALES GÁLVEZ, y por ello hay lugar a confirmar el fallo confutado.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

 **RAMA JUDICIAL**

 TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

 ACTA DE APROBACIÓN No 918

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Septiembre 13 de 2017. 9:35 a.m. |
| Acusado:  | Cristian David Morales Gálvez |
| Cédula de ciudadanía: | 1.093.222.896 de Santa Rosa de Cabal (Rda.) |
| Delito: | Homicidio agravado en concurso con tentativa de homicidio agravado, lesiones personales dolosas, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego. |
| Víctimas: | Luisa Fernanda Martínez Márquez, Geovanny Hoyos Ríos, Nancy Ortiz Peláez, Luisa Fernanda Cardona Ospina, y la menor E.H.M. |
| Procedencia: | Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de fecha julio 28 de 2017. CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

1.1.- Los mismos tuvieron ocurrencia en julio 16 de 2014, siendo aproximadamente las 17:40 horas, cuando fue informada la policía nacional de Santa Rosa que al hospital San Vicente de Paul ingresaron cinco personas lesionadas con arma de fuego -LUISA FERNANDA MARTÍNEZ MÁRQUEZ, GEOVANNY HOYOS RÍOS, NANCY ORTIZ PELÁEZ, LUISA FERNANDA CARDONA OSPINA y la menor E.H.M.-, una de las cuales, esto es, LUISA FERNANDA MARTÍNEZ MÁRQUEZ, había fallecido. Adelantadas las labores investigativas se logró determinar que los hechos sucedieron en el puente de la 31 del barrio La Eugenia de Santa Rosa de Cabal (Rda.) y que las personas que dispararon fueron los sujetos conocidos con los alias de “Pachorreo”, “Mierda Seca” -al parecer menor de edad- y “El Indio”.

Dentro del averiguatorio se estableció que la persona apodada “Pachorreo” fue identificada como CRISTIAN DAVID MORALES GÁLVEZ, y alias “El Indio” como ANDERSON GÓMEZ VALENCIA, contra los cuales se expidieron sendas órdenes de captura.

1.2.- Una vez se hizo efectiva la aprehensión del señor MORALES GÁLVEZ se realizaron ante el Juzgado Penal Municipal con función de control de Garantías de Santa Rosa de Cabal (Rda.) las audiencias preliminares (septiembre 16 de 2016) de legalización de aprehensión y formulación de imputación, por medio de las cuales se le endilgaron cargos por un concurso de punibles de homicidio agravado y tentativa de homicidio agravado -arts. 103, 104 numeral 7 y 27 C.P.-, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego -art. 365 ibídem- y lesiones personales culposas -art. 111, 112 y 120 C.P.-, con circunstancias de mayor punibilidad -art. 58 numeral 10 ídem-, los cuales NO ACEPTÓ. Así mismo, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

1.3.- Por lo anterior, la Fiscalía presentó escrito de acusación (noviembre 7 de 2014) en contra del señor MORALES GÁLVEZ, en el cual se varió el cargo de lesiones personales culposas a dolosas, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.), cuya titular convocó para las audiencias de formulación de acusación (febrero 9 de 2015), preparatoria (inicio enero 21 de 2016 y se prolongó hasta abril 6 de 2017) oportunidad ésta última donde la defensa interpuso apelación contra la decisión del a quo que negó la exclusión de algunos elementos probatorios, la cual fue objeto de confirmación por esta Corporación (mayo 2 de 2017) habiéndose dado continuación a la audiencia preparatoria (mayo 10 de 2017), y a continuación se realizó el juicio oral (junio 6 y 8, y julio 5 de 2017) al cabo del cual se dio a conocer un sentido de fallo de carácter condenatorio, para proceder luego a emitir la sentencia respectiva (julio 28 de 2017), por medio de la cual: (i) se declaró coautor responsable al señor CRISTIAN DAVID MORALES GÁLVEZ de los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado, lesiones personales dolosas, y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego; (ii) se condenó al antes mencionado a la pena de 52 años y 7 meses de prisión, y multa de 7.5 salarios; (iii) a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, lo mismo que a la privación del derecho a tenencia o porte de armas por 6 meses; y (iv) se le negó la suspensión de la ejecución condicional de la pena.

1.4.- Para llegar a tal conclusión la funcionaria a quo estimó que la prueba aportada por la defensa no alcanzó a desvirtuar la teoría del caso de la Fiscalía, máxime que los señores EDWARD ANTONIO RIASCOS y LUZ STELLA GONZÁLEZ no estaban presentes en el sitio de los hechos y solo refirieron que se hallaban con el procesado para ese instante, aunque las manifestaciones esgrimidas por estos no concuerdan entre sí, y en ellas se destaca que cada uno refirió que CRISTIAN DAVID salió de dicha vivienda a una hora distinta -5:15 según la dama y 5:40 de acuerdo al joven- lo que deja un margen de media hora en la que pudo haber cometido el hecho, siendo clara su intención de colaborarle al declarar que se encontraba con ellos, pero las circunstancias de cómo llegó y lo que hizo en esa vivienda no son creíbles.

Así mismo la versión de DAVID GIRALDO SÁNCHEZ, quien estaba en el lugar de los acontecimientos, tampoco merece credibilidad al decir que el procesado no estaba presente no obstante referir que vio a las otras dos personas que señalaron sus acompañantes. Al ser curioso que dijera no haber visto al hoy acusado, entró a explicar que la razón para implicar a CRISTIAN tuvo su razón de ser en que todos se reunieron para decir que había sido él, lo que según informó ocurrió al día siguiente del acontecimiento, aunque después adujo que seis o siete días después, muy a pesar que las entrevistas se recibieron en el hospital y tal señalamiento no pudo deberse a un acuerdo. Todo ello desvirtúa la credibilidad de su dicho, máxime que la sindicación que hizo LUISA en relación con CRISTIAN al decir que había participado, concuerda con lo expresado por los demás testigos entre ellos la menor E.H.M. y JORGE ANDRÉS HOYOS RÍOS, a los cuales les da plena credibilidad.

Resalta que los antes mencionados estuvieron presentes el día del suceso y señalaron a CRISTIAN DAVID, alias “Pachorreo”, a quien conocían de tiempo atrás como una de las personas que disparó contra ellos, habiéndole causado la muerte a LUISA FERNANDA MARTÍNEZ, lo cual concuerda con los testimonios de referencia de GIOVANNY HOYOS RIOS y LUISA FERNANDA CARDONA OSPINA quienes rindieron entrevista el mismo día del episodio de sangre y no dudaron en identificar al procesado como la persona que en compañía de dos o tres personas dispararon contra ellos, a la vez que coinciden en decir que fue CRISTIAN DAVID quien mató a LUISA MARTÍNEZ, a consecuencia de lo cual sin importar quién lo hubiera hecho, responderían los tres por las conductas punibles efectuadas amén de la coparticipación criminal.

Los testigos aseguraron haber reconocido a CRISTIAN cuando disparaba el arma en su contra, sin dudar al respecto, y no podría pensarse que querían incriminar a un inocente, ya que lo referido por DAVID GIRALDO va en contravía de la prueba recaudada, toda vez que las entrevistas fueron tomadas el día de los hechos.

Dentro del proceso de rememoración hay factores que no permiten a una persona declarar con exactitud sobre lo ocurrido un día determinado, pero al existir situaciones trascendentales ello nunca se olvida, como lo sucedido a los hermanos GIOVANNY y JORGE ANDRÉS HOYOS, y a las jóvenes E.H.M. y LUISA FERNANDA CARDONA, algunos de los cuales no solo recibieron lesiones, sino que tuvieron que aceptar la muerte de una de sus acompañantes. Estima que no obra duda de la responsabilidad del señor MORALES GÁLVEZ como coautor de los hechos aquí atribuidos.

Respecto al arma de fuego, asegura la falladora que es evidente que la misma era apta para disparar, al causarse con ella lesiones y la muerte a una persona, siendo responsabilidad de los tres individuos que así obraron en coautoría impropia, en cuanto el procesado ayudó a sus compañeros a disparar contra quienes se desplazaban por el puente de la 31, además de ser señalado de dar muerte a LUISA MARTÍNEZ. Y aunque no hubiera disparado también respondería como coautor de esos delitos por lo previamente argumentado, a cuyo efecto se debe aunar que las pruebas de referencia de GIOVANNY y LUISA FERNANDA CARDONA se hallan soportadas con los testimonios de E.H.M. y JORGE ANDRÉS HOYOS.

Frente a las alegaciones defensivas indicó: (i) no toda la prueba aportada al juicio fue de referencia, al existir también declarantes directos; (ii) no es cierto que los reconocimientos se hayan utilizado para vincular a su cliente al ser conocido por los testigos de tiempo atrás, y con tal diligencia se corroboró que “pachorreo” era la misma persona que se iba a vincular, amén que fue señalado sin dubitación alguna; (iii) en cuanto a las contradicciones entre E.H.M. y ANDRÉS acerca de quién disparó contra la hoy occisa, si fue CRISTIAN como lo dijo la primera o “El Indio” como lo sostuvo ANDRÉS quien en juicio refirió que fue CRISTIAN, ello pudo deberse a lo confuso de la situación, al no haber relacionado claramente al que realmente ocasionó la muerte a LUISA, pero independientemente de quien disparara todos responden por lo ejecutado; (iv) sobre los testigos de la defensa es posible que algunas circunstancias narradas hayan tenido ocurrencia, pero en momentos diferentes, observándose su interés de ayudar al procesado a quien conocen desde pequeño; y (v) no hay duda de la participación de CRISTIAN al obrar pruebas suficientes que llevaron a la funcionaria a tal convencimiento.

1.5.- Inconforme con la decisión adoptada, el defensor de CRISTIAN DAVID MORALES manifestó que apelaría el fallo y que lo sustentaría de forma escrita.

2.- Debate

**2.1.-** Defensa *-*recurrente*-*

Pide se revoque el fallo y se profiera sentencia absolutoria en favor de **CRISTIAN DAVID MORALES**, lo cual sustenta en los siguientes términos:

Esgrime que durante la práctica probatoria no se pudo verificar el compromiso de su cliente, bajo la premisa de superar la duda razonable, toda vez que con las evidencias en que se soportó la acusación no se logró desvirtuar la presunción de inocencia y permiten establecer una duda insuperable frente a la participación en los hechos por parte de su defendido.

Luego de analizar las pruebas practicadas en juicio, aduce que de lo dicho por NANCY ORTIZ PELÁEZ existe un cúmulo de dudas, porque debido a la oscuridad del lugar no observó a ninguna persona e incluso pensó que eran papeletas, de lo cual se desprende que quienes abordaron a las víctimas no lo hicieron de forma visible. Y en cuanto a JORGE ANDRÉS RÍOS, dijo en su entrevista inicialmente que “El Indio” fue quien disparó contra la occisa pero ya en juicio que había sido el acusado, lo cual hace que pierda credibilidad, ya que conoce a **CRISTIAN** desde hace mucho tiempo lo que implica que no podía equivocarse en el reconocimiento del autor del deceso de LUISA MARTINEZ.

De LUISA FERNANDA CARDONA OSPINA, cuya entrevista ingresó como prueba de referencia, se puede decir que no hay certeza de quien le disparó a LUISA MARTÍNEZ, al no saber siquiera cuántas personas eran los victimarios. De todas formas, tal prueba es menguada y no puede condenarse exclusivamente con ella, siendo necesarios otros elementos que la complementen, los cuales no existen en este caso. Y con respecto a la menor E.H.M. dice que desconoce quién le disparó y por qué, quizás pudo haber sido por sus hermanos o personas con quienes se desplazaban, y reconoce una enemistad al ser de otras pandillas o bandas.

DAVID GIRALDO SÁNCHEZ conoce a **CRISTIAN DAVID MORALES** y a JORGE ANDRES RÍOS, el primero pertenece a la banda la Trinidad y el segundo a la 26, y por esta rivalidad entre combos lo inculpan. Y aunque el despacho dice que su versión es poco creíble porque DAVID se encuentra en la misma cárcel de **CRISTIAN**, con el fin de evitar problemas decidió decir que él no estaba presente, lo que no es más que una suposición, dado que al momento de los hechos GIRALDO SÁNCHEZ sostenía una relación con LUISA FERNANDA MARTINEZ, por lo cual su declaración debe primar por ser el interesado en que los culpables paguen por lo que le hicieron a su compañera.

Lo dicho por LUZ STELLA GONZALEZ se ratifica con lo expresado por EDWARD RIASCOS, de los cuales se desprende que no hay certeza de la coautoría del procesado en los hechos, ya que estos testimonios dan cuenta que no estuvo presente en los mismos y toda afirmación a favor de la tesis de la Fiscalía carece de sentido y hace parte de conjeturas o hipótesis de probabilidad. Por demás, el juzgado no valoró los argumentos que esgrimió en sus alegaciones de clausura, con lo cual se vulneró el derecho a la defensa y contradicción, al no analizarse las razones de cada uno de los sujetos procesales, inclinándose solo por los argumentos del ente persecutor.

No está de acuerdo con la valoración de la a quo, al dársele plena credibilidad a los testigos de la Fiscalía, aunque incurrieron en contradicciones y pese a que los testigos de la defensa no hubieran dado detalles puntuales como los refirió la a quo, estos no eran trascendentales y no podían hacer perder su credibilidad, como tampoco la de DAVID GIRALDO por no haber visto a “pachorreo” la tarde de los hechos o que narrara fechas en que los integrantes del grupo de amigos acordaron atribuir responsabilidad a su prohijado.

**CRISTIAN DAVID** fue vinculado por medio de unos reconocimientos efectuados por E.H.M. y JORGE ANDRÉS HOYOS RÍOS, pero la menor dijo que previamente se le mostraron unas fotos y tendría por tanto que reconocerlo, e igual circunstancia pasó con JORGE ANDRÉS quien dijo que se le exhibieron varios álbumes pero al realizarse el reconocimiento solo se le exhibe uno, aunque si “pachorreo” era conocido por ellos no habría dificultad alguna en señalarlo, con lo cual no se dio cumplimiento al canon 252 C.P.P., máxime que su fotografía tiene un chulo lo que indica que sería más fácil ubicarlo como se desprende de los álbumes aportados a juicio, y por tanto solicita que no se tenga en cuenta esa evidencia.

La única prueba directa que vincula a su cliente con los hechos, son los dichos de E.H.M. y JORGE ANDRÉS HOYOS, los cuales son contradictorios, ya que si éste último conocía a **CRISTIAN DAVID MORALES**, por qué menciona inicialmente a alias “el Indio” sin que haya podido equivocarse de tal forma, por lo que no hay certeza de quien dio muerte a LUISA FERNANDA. Así mismo en la entrevista JORGE ANDRÉS aduce que había tres personas, dos de ellas con el alias de “El Indio”, al parecer ANDERSON y HOOVER alias “Mierda Seca”, así como otra persona que huyó, y la menor también habla de dos indios, por lo que se puede predicar que los atacantes fueron estos dos últimos y se vinculó a **CRISTIAN** por simple enemistad.

Concluye diciendo que de la investigación realizada lo único que surgieron fueron dudas que deben repercutir en favor de su prohijado y por ende se debió dar aplicación al in dubio pro reo -cita apartes de las sentencias de la Sala Penal de la H. Corte suprema, radicados 43262 de 2015 y 26909 de 2009-, con mayor razón cuando el compromiso de su cliente solo se demostró con dos testigos, sin valorar los otros tres, por lo cual no existe certeza acerca de la autoría en la conducta y la responsabilidad.

Pide la absolución de su cliente y de manera subsidiaria solicita se le imparta una pena conforme al principio de proporcionalidad y se revise su graduación, la que debe corresponder a la gravedad del hecho cometido y la peligrosidad social del acusado, para proteger sus derechos fundamentales y no incurrir en prohibición de exceso.

**2.2.-** Ministerio Público -no recurrente-

Pide se confirme el fallo adoptado, con fundamento en lo siguiente:

En cuanto al disenso de la defensa, al considerar que los testimonios de JORGE ANDRÉS HOYOS RÍOS y la menor E.H.M. no con confiables por ser contradictorios y no precisar si **CRISTIAN DAVID** empuñó una de las armas homicidas, debe indicarse que al revisar los registros se prueba que lo dicho por estos y la señora LUISA FERNANDA tiene coherencia, porque desde un primer instante fue identificado como uno de los coautores del hecho, lo que reiteraron en los reconocimientos fotográficos, y ello se mantuvo hasta último momento, sin que la defensa pudiera impugnar su credibilidad. Aduce por tanto que fueron cuatro los testigos que señalaron al acusado, toda vez que como prueba de referencia se admitió el reconocimiento fotográfico de GIOVANNY HOYOS, y con ese caudal probatorio el fallo debía ser condenatorio.

Aunque la defensa trajo a declarar a LUZ STELLA GONZÁLEZ y su hijo EDWARD RIASCOS, quienes aseveraron que el acusado estaba en su casa a la hora de los hechos, tales versiones no son creíbles al ser infirmadas por cuatro testigos de cargo, y sus dichos parecen provenir de un libreto, que denota el afán de mostrar al procesado ajeno a pandillas, lo cual es falaz ya que los mismos policías que declararon advirtieron que “pachorreo” hacía parte de una banda criminal que operaba en Santa Rosa, aunado a que no pudieron dar detalles de aspectos trascendentales sobre la presencia de éste en su vivienda.

De DAVID GIRALDO SÁNCHEZ esgrime que es evidente su afán de favorecer a su amigo de infancia, al referir como los homicidas a alias “El Indio” y “Mierda Seca”, pero con ese objetivo lo que hizo fue ratificar lo expuesto por los cuatro testigos que anotaron que estos dos y “pachorreo” actuaron en grupo contra todas las víctimas. Y muy a pesar que este individuo insinuó que los testigos de la Fiscalía se reunieron días después de los hechos para inventar una historia que involucrara al hoy acusado, tal aserto es ruin, porque desde las primeras entrevistas recibidas horas después siempre retumbó el remoquete de “pachorreo” como el de uno de los verdugos.

Es claro por tanto el actuar mancomunado y aunque existieran dudas acerca de si **CRISTIAN DAVID MORALES** tuvo un arma en su mano para ese instante, es clarísima su presencia en el sitio y su apoyo a los demás homicidas, por lo cual la coautoría impropia es latente y se hace imperioso confirmar el fallo. Y concluye su intervención asegurando que la pena fue adecuadamente tasada, se cumplieron las reglas procedimentales para ello, y los aumentos concursales no vulneraron las exigencias de ley, porque no hubo suma aritmética de las penas y la sanción final no excedió de 60 años.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, la funcionaria de primer nivel lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la Defensa-

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Corresponde al Tribunal establecer si la decisión de condena proferida en contra del señor **CRISTIAN DAVID MORALES GÁLVEZ** se encuentra acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y en su reemplazo se dictará sentencia de conformidad con lo solicitado por el recurrente.

**3.3.- Solución a la controversia**

Ab initio y como quiera que dentro de los temas objeto de controversia por parte del recurrente se plantea la existencia de un vicio que en su sentir afectó las garantías fundamentales a la defensa y contradicción, al considerar que la a quo no valoró los argumentos que presentó en sus alegaciones de clausura por cuanto solo se inclinó por los argumentos de la Fiscalía, procederá la Sala a pronunciarse sobre dicho tópico, con antelación a abordar un estudio de fondo de la actuación.

Al respecto y luego de escuchar los registros de las alegaciones de clausura que fueron esgrimidas por el apoderado del señor **MORALES GÁLVEZ**, se aprecia que las mismas las centró en varios aspectos a saber: (i) solo existió prueba de referencia, salvo dos testimonios directos de la menor E.H.M. y JORGE ANDRÉS HOYOS, quienes incurrieron en contradicciones acerca de la responsabilidad de **CRISTIAN DAVID**; (ii) la forma de vinculación de su cliente por reconocimientos fotográficos que no cumplieron las exigencias del canon 252 CPP por lo cual no pueden tenerse en cuenta; (iii) la presencia de una cuarta persona que no fue identificada, quien huyó y por eso se relacionó con su prohijado; (iv) dudas frente al móvil que generó el hecho y la verdadera actuación de su cliente frente a la muerte de LUISA; y (v) la información sostenida por los testigos de la defensa, quienes ubican a **CRISTIAN** fuera de la escena de los acontecimietos.

Si bien es cierto al momento de procederse por parte de la a quo a emitir su sentido de fallo no se ahondó en cada una de las posturas de la defensa, lo que se aprecia es que sí analizó aquellas probanzas que en su sentir la llevaban a considerar que en efecto por parte del señor **CRISTIAN DAVID** se había incurrido en la comisión de una ilicitud, soportada en las pruebas que para ello aportó la Fiscalía, a la vez que analizó aquellas que presentó la defensa para desvirtuar los cargos, pero no la llevaron a un convencimiento diferente.

Ese proceder no conlleva de todas formas la vulneración del derecho a la defensa y contradicción como lo pregona el actor, por cuanto las posturas que sustentó en sus alegaciones finales son similares a las que fundamentó en sede de apelación y que por ende serán objeto de análisis por parte de esta Corporación.

Así las cosas, al no evidenciarse una irregularidad sustancial que comprometa la estructura o ritualidad legalmente establecidas para este diligenciamiento o el desconocimiento del debido proceso protegido por el artículo 29 Superior, se adelantará el estudio del fondo de este asunto.

En ese cometido debe empezar la Sala por indicar que las pruebas que ingresaron al juicio fueron obtenidas en debida forma y las partes confrontadas tuvieron la oportunidad de conocerlas a plenitud en clara aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan cimiento en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

En este asunto se aprecia que la funcionaria a quo, luego del análisis de las pruebas debatidas en sede de juicio oral, estimó que le asistía compromiso al señor **CRISTIAN DAVID MORALES LÓPEZ** en la comisión del homicidio en la persona que en vida respondía al nombre de LUISA FERNANDA MARTÍNEZ MÁRQUEZ, así como la tentativa de homicidio en contra de GIOVANNY HOYOS RÍOS, y las lesiones personales en perjuicio de LUISA FERNANDA CARDONA OSPINA, NANCY ORTIZ PELÉZ y la menor E.H.M.; e igualmente, en la conducta contra la seguridad pública, amén que la muerte y las lesiones causadas se originaron con arma de fuego.

Para la defensa, en contrario, emergen serias dudas que deben ser resueltas a favor del sentenciado, con mayor razón cuando hay testigos que lo ubican para la fecha y hora de los acontecimientos en un lugar diferente a aquel donde se cometió el delito, además de presentarse inconsistencia en los dichos de los testigos de cargo y de los reconocimientos fotográficos que permitieron su vinculación al proceso.

Lo que el Tribunal observa luego de un análisis conjunto del material probatorio allegado en juicio, como corresponde, es que no hay duda alguna acerca de la materialidad de la infracción cometida en contra de LUISA FERNANDA MARTÍNEZ MÁRQUEZ, GIOVANNY HOYOS RÍOS, LUISA FERNANDA CARDONA OSPINA, NANCY ORTIZ PELÉZ y la menor E.H.M., no solo por cuanto ello no fue objeto de discusión por parte del único recurrente, sino porque de los elementos probatorios allegados a juicio -necropsia médico legal y los dictámenes médicos practicados a los afectados, que ingresaron como estipulación-, se tiene plena certeza, no solo de la muerte en forma violenta de la primera referida, sino de la tentativa de homicidio y las lesiones que le fueron causadas a los demás, todo ello ocasionado con armas de fuego.

Y es que no hay duda que en la tarde de julio 16 de 2014, en el puente de la 31 que comunica a los barrios La Hermosa y La Eugenia de Santa Rosa de Cabal (Rda.), los antes mencionados fueron atacados por varios individuos quienes esgrimieron en su contra armas de fuego, las cuales dispararon de manera indiscriminada, con los resultados ya conocidos.

El quid del asunto radica, como lo asevera el letrado recurrente, en dilucidar lo relacionado con el compromiso del señor **CRISTIAN DAVID MORALES GÁLVEZ** en la ilicitud, el cual, en su sentir, no le asiste, por campear dudas que deben ser resueltas a su favor.

Al respecto se tiene que en sede de juicio oral únicamente se escucharon como declaraciones directas, las exposiciones que por medio virtual rindieron la menor E.H.M. y JORGE ANDRÉS HOYOS RÍOS, cada uno de los cuales fue claro y contundente en atribuirle responsabilidad al señor **MORALES GÁLVEZ**.

Véase que tanto la menor E.H.M., quien resultó lesionada con arma de fuego en una de sus piernas, como JORGÉ ANDRÉS cuyo hermano GIOVANNY también fue afectado por los disparos, fueron enfáticos en referir sin dubitación alguna que luego de regresar de un partido de fútbol que se llevaba a cabo en el barrio La Hermosa, y cuando se desplazaban por el puente de la 31 que conduce al barrio La Eugenia, fueron atacados por varios individuos que de manera indiscriminada dispararon en contra del grupo que por allí se desplazaban, siendo persistentes en señalar que entre los atacantes se hallaban aquellos conocidos con los alias de “Pachorreo”, “Mierda Seca” y “El Indio”, aunque ubican en el lugar a un cuarto sujeto, al que la menor E.H.M., se refiere con el alias de “El Indio”, pero respecto del cual JORGE ANDRÉS aduce no haber identificado. Igualmente aclararon que alias “Pachorreo” es **CRISTIAN MORALES**, a quien conocen de tiempo atrás.

Precisamente con miras a corroborar tal sindicación, por parte de los funcionarios de policía judicial se realizaron reconocimientos por medio de fotografías, en las cuales tanto la menor E.H.M., como GEOVANNY y JORGE ANDRÉS HOYOS RÍOS, destacaron a **CRISTIAN DAVID MORALES GÁLVEZ** como uno de los partícipes en los hechos, y a quien mencionan con el remoquete de “Pachorreo” por ser ampliamente conocido con ese apodo.

De la información aportada en juicio por la menor E.H.M., se deja entrever que con antelación a dicho reconocimiento se le exhibieron previamente unas fotografías, sobre lo cual refirió que se le enseñó una hoja con varias imágenes las que necesariamente debían exhibírsele de esa forma para proceder a señalar a quien allí reconocería como partícipe de los hechos. Empero, de no haber sucedido de tal manera sino como lo pregona el togado, que no solo a ella sino a JORGE ANDRÉS HOYOS se le mostraron unas fotos con anticipación, entre ellas la de la persona a reconocer -**CRISTIAN DAVID MORALES GÁLVEZ**- la cual tenía un chulo que permitía su reconocimiento, sin que el togado se hubiera opuesto a su ingreso como prueba en juicio, ello *per se* no desdibuja la sindicación que desde los albores de la investigación se realizó en contra de quien fue identificado como uno de los coautores del hecho, a quien conocen con el alias de “pachorreo”, personaje que distinguen con mucha antelación, lo que incluso, como así lo dijo el abogado, hubiera podido llevar a que se obviara tal reconocimiento.

Una situación como la que aquí se presenta ya ha sido materia de análisis por el órgano de cierre en materia penal, en el siguiente sentido:

“La circunstancia de haber visto al imputado antes del reconocimiento, personalmente o a través de fotografías, no afecta de suyo la validez jurídica del reconocimiento ni lo torna ineficaz, ya que cuando ello es lo que se denuncia, la prueba será jurídicamente válida y el juez podrá valorarla, sólo que deberá tomar en cuenta los antecedentes con incidencia en su fuerza demostrativa, ya que no es lo mismo que la percepción del testigo permanezca exenta de interferencias a que haya sido reforzada con nuevas imágenes que puedan repercutir en ella”.[[1]](#footnote-1)

Para el caso en concreto es totalmente verídico que inicialmente ingresaron como prueba de referencia las entrevistas que rindieron ante la policía judicial LAURA FERNANDA CARDONA, GEOVANNY HOYOS RÍOS y JORGE ANDRÉS HOYOS, y ello sucedió por cuanto la Fiscalía no había podido ubicarlos, toda vez que éstos se marcharon de Santa Rosa luego de esos acontecimientos, pero posteriormente fueron escuchados los testimonios directos de la menor E.H.M. y JORGE ANDRÉS HOYOS vía virtual, donde refirieron la experiencia vivida, y nuevamente señalan sin dubitación alguna al señor **CRISTIAN DAVID MORALES** como uno de los coautores de la ilicitud.

En sentir de la defensa esos declarantes son contradictorios, porque la menor E.H.M. refiere que “pachorreo” le dio una patada en la cabeza a LUISA FERNANDA MARTÍNEZ y luego le disparó, pero en la entrevista que rindió inicialmente el señor JORGE ANDRÉS sindicó de tal muerte a alias “El Indio”. Es cierto que esas exposiciones no son concordantes en ese preciso aspecto, pero ello *per se* no demerita la prueba de cargo que ubica en el lugar del episodio a **CRISTIAN DAVID MORALES**, quien fue visto con armas de fuego cuando disparaba contra la humanidad de quienes por allí se desplazaban.

Y es así porque aunque uno dice que fue “El Indio” y otro que “Pachorreo” el que disparó a la hoy occisa, es posible que ambos le hubieran realizado las detonaciones que recibió y que ocasionaron su deceso, si tenemos en cuenta lo que al respecto indicó en la entrevista que se le recibió el mismo día del acontecimiento la joven LUISA FERNANDA CARDONA OSPINA, la cual se aportó como prueba de referencia, y quien también resultó afectada al recibir dos disparos en su humanidad, en la cual manifestó que vio “cuando FERNANDA cayó al suelo también y cuando Pachorreo y el Indio le disparaban a ella”, lo que implica que en efecto ambos pudieron ser los que le causaron las lesiones que originaron el deceso de LUISA FERNANDA MARTÍNEZ MÁRQUEZ. Esta testigo además de señalar a dichos individuos también refiere la presencia de “Mierda Seca” y otro hombre que no identifica. Y sobre este último, del que no se aportaron mayores datos, también hizo referencia el señor DAVID GIRALDO; es decir, es claro que se trata de una persona distinta a los ya reseñados, desconociéndose su identidad.

Igualmente ingresó como prueba de referencia la entrevista que rindió GEOVANNY HOYOS RÍOS en julio 23 de 2017, quien también ubica a las tres personas ya referidas en el sitio de lo hechos, los cuales, en su sentir, fueron quienes los emboscaron y dispararon en su contra y de su grupo acompañante. Información que no se observa huérfana en el plenario, y por ende no se puede predicar que el fallo estuvo fundado en prueba de referencia, ya que por el contrario con los testimonios arrimados al juicio, es decir, con las manifestaciones expresadas por E.H.M. y JORGE ANDRÉS HOYOS, se corrobora aquella información primigenia que otros lesionados habían entregado a las autoridades y de las cuales se extrae el compromiso del acusado.

Muy a pesar que la menor E.H.M. no dio cuenta de quién le disparó a ella, o a los demás lesionados, e incluso de no existir claridad acerca de quien fue la persona que le propinó los disparos que le causaron el deceso a LUISA FERNANDA MARTÍNEZ, es indiscutible que en el asunto se presentó una coautoría impropia al haberse demostrado que en efecto el hoy acusado participó en la ilicitud al portar un arma de fuego con la cual fue visto por los testigos y la que accionó en contra de los afectados en compañía de otros individuos, de donde indudablemente debe responder a título de coautor por los hechos endilgados, tal cual lo pregonó la a quo.

De la exposición vertida por la señora NANCY ORTIZ PELÁEZ en su condición de lesionada en el asunto, en verdad no se extrae nada acerca de la responsabilidad del hecho por no haber visto a las personas que dispararon. Pero en sentir del Tribunal ello no obedeció a que estuviera “un poco oscurito” como lo refirió, toda vez que los hechos ocurrieron a las 5:40 de la tarde aproximadamente, sino porque a raíz de la lesión que sufrió y la angustia por encontrar a sus hijos quienes estaban metros atrás, tal situación le impidió observar más detalles de lo que acaecía; no obstante, la testigo fue enfática en manifestar que vio cuando inicialmente cayó una niña y al momentico otra cayó al lado de ella, lo que corrobora lo referido por la menor E.H.M. en el sentido que cayó al lado de LUISA FERNANDA y desde allí presenció la agresión fatal de la que esta fue víctima.

Es igualmente cierto que la defensa allegó en juicio las declaraciones de DAVID GIRALDO SÁNCHEZ, LUZ STELLA MARULANDA y EDWARD ANTONIO RIASCOS GONZÁLEZ, las cuales ubican al señor **CRISTIAN DAVID MORALES** en sitio distinto al lugar de este episodio, pero en sentir de la Corporación, como igualmente fue objeto de análisis por la a quo y lo ratifica el Ministerio Público como no recurrente, son testimonios poco creíbles y no alcanzan a resquebrajar la prueba de cargo que milita en contra del procesado.

Véase que el señor DAVID GIRALDO SÁNCHEZ, quien acompañaba al grupo que fue atacado, y quien además para esa época era novio de LUISA FERNANDA CARDONA OSORIO -no de la hoy occisa LUISA FERNANDA MARTÍNEZ como lo expresó el recurrente-, dijo que solo reconoció al “Indio” y a “Mierda Seca”, aunque ubicó en el sitio a otra persona que no identificó, siendo enfático en indicar que a “Pachorreo” a quien conoce desde pequeño por ser vecinos, no lo vio en momento alguno y no cree que él haya hecho lo que le están achacando. Así mismo esgrimió que este se encontraba en su casa y lo acusan de lo sucedido a raíz de una rivalidad entre pandillas -La Trinidad, la 26 y la 29-, ya que todos se pusieron de acuerdo días después del hecho para señalarlo como uno de sus autores, aunque no tuvo nada que ver.

Sin embargo, lo informado por DAVID GIRALDO fue desvirtuado por las demás pruebas que se arrimaron a juicio, toda vez que como se vio con antelación, desde el mismo día 16 de julio de 2014 cuando tuvo ocurrencia la ilicitud, fueron su misma novia LUISA FERNANDA CARDONA OSPINA y el señor JORGE ANDRÉS HOYOS RÍOS quienes le comunicaron a los funcionarios judiciales la partición en los hechos de alias “Pachorreo”, y ello conllevó a que en la respectiva acta de inspección técnica a cadáver -que ingresó como estipulación probatoria- se plasmara en el acápite pertinente el nombre e identificación del señor **CRISTIAN DAVID MORALES** como uno de los indiciados en la ilicitud.

Es decir, que desde ese preciso día ya se conocía que este había participado de manera activa en el ataque y por ende se queda sin sustento lo dicho por GIRALDO SÁNCHEZ, en el sentido de que aproximadamente a los cinco o seis días después del hecho se reunieron todos los afectados -al parecer pertenecientes a la pandilla de la 26- con el fin de sindicar falsamente de la ilicitud al hoy procesado -según el testigo integrante de la pandilla de la 29-, lo cual seguramente lo dijo con el fin de proteger a su amigo de infancia, pero sin sustento probatorio alguno.

Esa realidad procesal da pie para asegurar que no es válida la argumentación del profesional del derecho al considerar que el testimonio de DAVID GIRALDO no fue creíble para la a quo por estar detenido en el mismo lugar donde se encuentra **CRISTIAN**, y que lo que dijo fue con el fin de evitarse problemas, pero de eso nada se dijo en el fallo confutado y por tanto corresponde a una mera suposición del recurrente.

Ahora, en relación con lo referido en juicio por LUZ STELLA MARULANDA GONZÁLEZ y EDWARD ANTONIO RIASCOS GONZÁLEZ, quienes al unísono refirieron que el señor **MORALES GÁLVEZ** se encontraba en su residencia para el momento en que se presentaron las detonaciones que ocasionaron las lesiones y muerte a los aquí afectados, debe decir la Sala, como también lo reseñó la a quo y el agente del Ministerio Público como no recurrente, que esos testimonios no son dignos de credibilidad al existir circunstancias que generan dudas en torno a lo expresado por los mismos.

En primer lugar, pese a que conocen a **CRISTIAN DAVID** desde pequeño, por ser su vecino, desconocen si éste pertenece o no a un combo o pandilla, en contravía de lo dicho por DAVID GIRALDO al respecto. Tal desconocimiento quizá podría ser entendible de parte de la señora LUZ STELLA, quien al parecer permanece en su residencia y aun así no descartó que éste pudiera hacer parte de una al desconocer esa situación por cuanto “viven en medio de una guerra de pandillas”, pero mal podría decirse lo mismo de su hijo EDWARD ANTONIO RIASCOS, quien descarta la participación de su amigo en un tal combo o pandilla y pasa a sostener enfáticamente que este mantiene en la casa, porque ahí lo veía cada vez que pasaba, pese a que sus labores como domicilio para ésa época le impedían estar al pendiente de su amigo porque su jornada laboral estaba comprendida entre las 8:00 a.m. y las 4:00 p.m., e incluso se arriesga a sostener que los integrantes de la banda la 29 eran otros muchachos, afirmación que contradice abiertamente lo dicho por DAVID GIRALDO.

Pero más extrañeza causa el hecho de que ese testigo informe que con antelación a ese día 16 de julio el señor **CRISTIAN DAVID** no acostumbraba ir a su casa a jugar play, porque ello solo se suscitó ese día, y que igualmente en esa oportunidad le pidió la clave del wifi lo que tampoco había acaecido anteriormente. Aspectos estos que siembran desconfianza en torno a la afirmación según la cual el procesado estuvo en la residencia de los testigos para el preciso día del hecho.

Es que no resulta lógico que si esa era la primera ocasión en la que el señor **CRISTIAN** acudía a dicha residencia a solicitar la clave del wifi, el señor EDWARD además de ello lo invitara a jugar Play Station, sin siquiera tener el mínimo interés en ir a saludar a su esposa e hija recién nacida, pese a esgrimir que luego de llegar de trabajar se dedicaba a descansar y a estar con su pequeña hija, pero en esa fecha extrañamente dejó de hacer lo que ya era habitual en él y decidió atender a su amigo, con quien aduce haber jugado por un espacio considerable -entre hora u hora y media- sin percatarse siquiera de la presencia de su cónyuge y descendiente.

Incluso nótese que la señora LUZ STELLA MARULANDA expresó que luego de haberse enterado de la situación acaecida, tanto ella como su hijo EDWARD y **CRISTIAN** salieron de la residencia hacia la calle 15, pero que su descendiente se quedó parado en la puerta sin saber para donde cogió **CRISTIAN**. Contrario a ello, el citado EDWARD refiere en el interrogatorio directo que luego de ello se regresó para la sala donde estaban, ahí se sentaron, siguió jugando, luego vio pasar las patrullas para el lugar de los hechos y él se quedó en su casa, en tanto **CRISTIAN** se fue para la de él.

También se aprecia que entre los dichos de ambos testigos, referentes a la hora en la llegó **CRISTIAN** a su residencia y el tiempo que estuvieron dedicados a jugar Play Station, se deja al menos un margen de tiempo en el que bien pudo el señor **CRISTIAN** haber salido de la vivienda y llegar al sitio donde ocurrieron los hechos, distante solo a tres cuadras de allí. Adviértase que la señora LUZ STELLA indicó que éste llegó entre las 4:00 y 4:15 p.m. y estuvo una hora -es decir hasta las 5:15 p.m.-, y aunque EDWARD refiere que llegó a su vivienda a una hora similar a la que lo hizo **CRISTIAN**, adujo que jugaron aproximadamente hasta las 5:30 p.m. o 5:40 p.m. Sea como fuere, ambos márgenes de movilidad en el tiempo no permiten sostener por tanto y con plena contundencia, que el aquí incriminado no pudo estar presente en el lugar y hora en que tuvo ocurrencia el hecho de sangre.

Queda claro por tanto, como se sostuvo en el fallo impugnado, que esas evidencias defensivas no logran derruir la contundencia de las pruebas que soportan el pliego acusatorio.

Finalmente, en relación con la petición subsidiaria que eleva el recurrente, para que se revise la graduación de la pena impuesta a su prohijado con miras a la protección de sus derechos fundamentales y no incurrir en prohibición de exceso, debe indicar la Sala que el quantum punitivo que le fue impuesto al señor MORALES GALVEZ consultó lo reglado en los artículos 60 y 61 C.P., ya que luego de procederse a realizar la individualización de la pena para cada una de las conductas endilgadas, la funcionaria en atención a lo dispuesto en el canon 31 ídem, amén del concurso de delitos, debía partir de la pena correspondiente al delito más grave aumentada hasta en otro tanto.

En este caso, el Homicidio con circunstancias de agravación tenía tal connotación -amén del grado de indefensión en que se puso a la víctima para atacarla-, partiéndose de este para realizar la dosificación punitiva y efectuar los incrementos a los que hubiera lugar con ocasión de las demás conductas concursales, lo que arrojó la pena impuesta, esto es, la de 52 años y 7 meses de prisión.

Si bien se partió del máximo del primer cuarto mínimo de la pena más grave -450 meses-, cifra ésta que se aumentó en otro tanto por los demás ilícitos -tentativa de homicidio, lesiones personales y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego-, para ese incremento tuvo en cuenta la a quo las condiciones en que se desarrolló la ilicitud, como quiera que con varias armas de fuego se atentó contra la vida de diversas personas a quienes se les disparó de manera indiscriminada, generándole la muerte a una mujer y lesiones a otros cuatro ciudadanos, entre ellas dos adolescentes.

Incluso nótese que existió una circunstancia de mayor punibilidad respecto de la cual nada dijo la a quo en la dosificación punitiva referida a la coparticipación criminal, no obstante constar en la acusación, lo que hubiera permitido partir de los cuartos medios -esto es de 450 meses 1 día y 550 meses-, pero por supuesto a la hora de ahora y como quiera que el único recurrente fue el defensor del acusado, en atención al principio de la *no reformatio in pejus* el Tribunal se abstendrá de efectuar cualquier modificación al respecto porque iría en contravía de sus intereses.

Así las cosas, muy a pesar del denodado esfuerzo de parte del apoderado de la defensa, la argumentación que contiene el recurso no alcanza a demeritar en modo alguna la prueba de responsabilidad en la persona del señor **CRISTIAN DAVID MORALES GÁLVEZ**, y por ello hay lugar a confirmar el fallo confutado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.), por medio de la cual se condenó al señor **CRISTIAN DAVID MORALES GÁLVEZ**.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación, que de interponerse debe hacerse dentro del término legal.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

1. *C.S.J.*, Sentencia del 10 de Octubre de 2002, Radicado 12.619, M.P. Fernando E. Arboleda Ripoll. [↑](#footnote-ref-1)