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 – 30 de junio de 2017

Proceso: Penal – Confirma sentencia absolutoria

Radicación Nro. : 661760000662011000203-01

Procesado: WAHMy otro

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: HOMICIDIO AGRAVADO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO.**  [C]onsidera la Sala que la recurrente está equivocada en la tesis de su disenso, porque contrario a lo reclamado el *A quo* no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados en la alzada, porque en efecto el acervo probatorio esgrimido por la Fiscalía carecía de la contundencia necesaria y suficientes como para poder desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba a los Procesados WAHMy AAZ , por lo que acorde con los postulados del *in dubio pro reo* se imponía una sentencia de tipo absolutoria, como en efecto sucedió. Ante tal situación, a la Sala no le queda otra opción diferente que la de confirmar el fallo opugnado.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta # 619 del 29 de junio de 2017. H: 11:30 a.m.

Pereira, treinta (30) de Junio de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:37 a.m.

Procesados: WAHM y AAZ

Delitos: Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego.

Radicado # 661760000662011000203-01

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía General de la Nación en contra de la sentencia absolutoria proferida en las calendas del 3 de Mayo del 2.013 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, dentro del proceso que se adelantó en contra de los ciudadanos **WAHMy AAZ** , quienes fueron acusados de incurrir en la presunta comisión de los delitos de Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura están relacionados con el hallazgo, en las calendas del 6 de febrero del 2.011, a eso de las 10:20 horas, del cadáver de quien en vida respondía por el nombre de JONATHAN HIGUITA PÉREZ, popularmente conocido con el remoquete de *“Coche”,* cuyo cuerpo fue encontrado a orillas de la quebrada *“La Chillona”,* sector *“La Balastrera”*, ubicado entre la carrera 12 con la calle 60, barrio 7 de agosto, del municipio de Dosquebradas.

Acorde con los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía, las causas del deceso de *(A) “Coche”* se debieron a que al aludido sujeto le propinaron un impacto con un arma de fuego que hizo diana a la altura de la región cervical superior[[1]](#footnote-1).

Según se dice en el escrito de acusación, el óbito fue ultimado a balazos a eso de las 23:45 horas del día anterior, o sea del 5 de febrero del 2.011, y gracias a las pesquisas adelantadas por la Policía Judicial se pudo averiguar que los Sres. WAHMy AAZ se encontraban seriamente indiciados en la comisión de dicho asesinato, porque: a) Días antes de la ocurrencia de los hechos, cada uno de ellos individualmente se presentaron al domicilio del ahora difunto, a fin de reclamarle por la demora en la entrega de una marihuana, por la que un fulano apodado como *“El Rasta”* le había dado una suma de dinero para que la comprara; b) Ambos fueron vistos por un testigo en el sitio de los hechos, en el preciso momento en el que agredían y abaleaban a JONATHAN HIGUITA PÉREZ.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 17 de junio del 2.011 ante el Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Dosquebradas, en las cuales a los entonces indiciados WAHMy AAZ , se les enrostraron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego.
2. El 14 de julio del 2.011, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al entonces Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas, cuya titular mediante auto del 3 de agosto de esa anualidad se declaró impedida por haber actuado como Jueza de 2ª instancia en sede garantías. Ante tal situación, el conocimiento del proceso le fue asignado al Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, cuyo titular llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación el 31 de agosto del 2.011, vista en la cual la Fiscalía le endilgó cargos a los procesados por incurrir en la en la presunta comisión de los delitos de Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego, tipificados en los artículos 104, # 4º, y 365 C.P. en consonancia con la circunstancia de mayor punibilidad del # 10º C.P.
3. El 30 de septiembre del 2.011 se celebró la audiencia preparatoria, y después de una serie de aplazamientos, los días 18 y 19 de marzo, y 16 de abril de 2.013 se llevó a cabo el juicio oral; mientras que la sentencia se profirió el 3 de mayo del 2.013, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Fiscalía.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 3 de Mayo del 2.015, en la cual fueron absueltos los Procesados WAHMy AAZ , de los cargos por los cuales por parte del Ente Acusador fueron llamados a juicio, los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión de los delitos de Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego.

Los argumentos aducidos por el Juez de primer nivel para proferir el fallo absolutorio, se fundamentaron en aducir que en el presente asunto no existían pruebas suficientes con las cuales se podía llegar a ese grado de convencimiento que se requería para poder proferir una sentencia de condena en lo que atañe con el juicio de responsabilidad criminal endilgado en contra de los procesados.

Para poder llegar a la anterior conclusión, el Juez de primer nivel expuso los siguientes argumentos:

* No existía duda alguna respecto del deceso del óbito JONATHAN HIGUITA PÉREZ, lo cual estaba plenamente acreditado con los informes periciales de necropsia que le fueron practicados a su cadáver, de lo que se tiene que la muerte fue ocasionada mediante el empleo de un arma de fuego.
* Existe un panorama oscuro, difuso y de incertidumbres respecto de la hora en la cual ocurrieron los hechos. Ello se debe a que en las audiencias preliminares la Fiscalía propuso la tesis consistente en que los hechos ocurrieron a eso de las 22:30 horas, pero cuatro semanas después cuando impetró el libelo acusatorio, sin ofrecer mayores explicaciones, adujo que dichos hechos ocurrieron más o menos a las 23:45 horas.

Tal cambio de postura del Ente Acusador en lo que atañe con la hora en la cual ocurrieron los hechos, en sentir del *A quo,* se debieron a la posición asumida por la Defensa desde las preliminares, respecto de las imposibilidad en la que se encontraba el Procesado WAHMpara poder perpetrar los delitos enrostrados en su contra, porque para el día 5 de febrero del 2.011 el acusado de marras se encontraba privado de la libertad, desde el día anterior, en las instalaciones del *“U.R.I”* de Pereira, y que fue puesto en libertad a eso de las 22:11 horas.

La Fiscalía al cambiar la cronología del deceso, pretendió refutar la tesis de la Defensa, al aseverar que a pesar que el procesado recobró la libertad a esos de las 22:11 horas, bien pudo cometer los delitos, y para ello llevó al juicio expertos con los que demostró que el recorrido del trayecto habido entre las instalaciones del *“U.R.I”* de Pereira hasta la quebrada *“La Chillona”,* en el sector *“La Balastrera”* del municipio de Dosquebradas, tiene una duración de una hora y treinta minutos.

Pero a pesar de lo anterior, en sentir del *A quo* tal situación en nada despejaba el panorama de dudas e incertidumbres que afloraba respecto del cambio de la hora en la cual tuvo ocurrencia el deceso del óbito JONATHAN HIGUITA PÉREZ.

* Aun cuando de la existencia de un posible móvil del delito, el cual, según lo atestado por los Sres. JOHNIER y LADY TATIANA GRISALES PINEDA, tiene que ver con la entrega de una suma de dinero que un fulano apodado como *“El Rastas”* le había dado a JONATHAN HIGUITA PÉREZ para que comprara una marihuana, y que la entrega de ese estupefaciente, en varias oportunidades, vanamente la habían solicitado los ahora Procesados WAHMy AAZ , existían serias dudas que incidían para poner en tela de juicio la credibilidad del testimonio del único testigo presencial de los hechos, JOHNIER GRISALES PINEDA, por ser contradictorio e inverosímil en su relato, por lo siguiente: Ante la oscuridad reinante, era improbable que pudiera ver con precisión lo que dijo que vio; Aunque de lo consignado en la necropsia se tiene que uno de los disparos se efectuó a quemarropa, tal evento tan peculiar no se percibe de lo narrado por el testigo; De igual forma en la necropsia no aparecen evidencias que indiquen que el óbito haya sido golpeado a patadas, como lo dice el declarante en su testimonio; Es inexplicable el mutismo del testigo, porque luego de irse para su residencia después de haber visto lo que dijo que vio, no le dijo nada de lo acontecido a su hermana, LADY TATIANA, la cual para esa época tenía una relación conyugal con el hoy difunto, con quien se comportó como si nada hubiere sucedido; Del relato vertido por el testigo se desprende que la víctima JONATHAN HIGUITA PÉREZ acudió a una cita previamente acordada con el homicida, siendo improbable que el procesado haya podido ubicarlo en el escaso tiempo que tuvo en su favor después de recobrar la libertad, máxime cuando JONATHAN HIGUITA se había mostrado esquivo para ser ubicado; El escaso y precario tiempo que tuvo el procesado en su favor después de haber recobrado la libertad, aunado a su condición de habitante de la calle, conspiraba para que pudiera hacerse con un arma de fuego.

En síntesis, acorde con todo lo antes expuesto, el *A quo* procedió a dictar un fallo absolutorio en favor de los Procesados WAHMy AAZ .

**LA ALZADA:**

La inconformidad expresada por la apelante en contra del fallo confutado, gira en torno de proponer la tesis consistente en que el Juez de primer nivel incurrió en una serie de errores al momento de la apreciación del acervo probatorio, puesto que el sentido de muchas de las pruebas fueron distorsionadas, tergiversadas y supuestas, lo que repercutió para que no se diera cuenta que las pruebas allegadas al proceso por parte del Ente Acusador si cumplían con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para proferir un fallo de condena en contra de los Procesados.

Los argumentos con los cuales la recurrente sustenta la tesis de su discrepancia pueden ser resumidos de la siguiente manera:

* Era algo irrelevante e intrascendente la controversia surgida respecto de la hora en la cual ocurrió el deceso del óbito, porque en el proceso la Fiscalía logró acreditar con las pruebas allegadas al juicio, en especial con los testimonios rendidos por los Sres. JOHNIER y LADY TATIANA GRISALES PINEDA, que el asesinato de quien en vida respondía por el nombre de JONATHAN HIGUITA PÉREZ, tuvo ocurrencia a eso de las 23:45 horas del día 5 de febrero del 2.011. Además, de lo dicho por los Sres. JOHNIER y LADY TATIANA GRISALES PINEDA en las sendas entrevistas que absolvieron ante la Policía Judicial, se tiene que dichos declarantes son coincidentes en establecer que los hechos ocurrieron a eso de las 23:45 horas, razón por la que la recurrente no entiende e ignora el por qué en la imputación se dijo que esos hechos acaecieron a eso de las 22:30 horas.
* El Juez *A quo* dio como hecho probado el consistente en que el procesado WAHMestuvo privado de la libertad en las instalaciones del *“U.R.I”* de Pereira desde las 13:45 horas del día 4 de febrero del 2.011, lo cual es errado debido a que ese evento en momento alguno se probó en el proceso en atención a que ello no fue objeto de estipulaciones probatorias, ya que lo único que las partes estipularon consistió en dar por probado que el procesado fue liberado del *“U.R.I.”* a las 21:40 horas del 5 de febrero del 2.011. De igual forma, el *A quo* no tuvo en cuenta que la hora en la cual ocurrieron los hechos no fue objeto de estipulación probatoria, porque la Fiscalía se comprometió a probar que los hechos ocurrieron a eso de las 23:45 horas.
* No son válidas las razones aducidas por el *A quo* para dudar de la credibilidad del testimonio absuelto por JOHNIER GRISALES PINEDA, debido a que las mismas son producto de unas suposiciones y tergiversaciones que el Juez de primer nivel hizo del contenido de lo atestado por GRISALES PINEDA, por lo siguiente: a) El informe de necropsia forense si ratifica lo dicho por el testigo respecto de que uno de los disparos se hizo a corta distancia; b) El testigo ofreció una explicación plausible respecto del porque no le dijo de manera inmediata a su hermana lo que le había sucedido a su cuñado, debido a que en esos momentos lo embargaba el miedo y sintió pesar con su fraterna; c) El Juez *A quo* supuso que en el sitio de los hechos imperaba la oscuridad y que por ende el testigo no pudo percibir lo que dice que vio, lo cual no es correcto ya que el testigo explicó que se pudo percatar de lo que acontecía debido a que hacia ese sitio llegaba el reflejo de las luminarias del barrio *Bombay* y de las que estaban en una cancha de microfútbol cercana; lo cual fue corroborado por los expertos de la Fiscalía cuando inspeccionaron el sitio de los hechos, quienes manifestaron que dichas condiciones de iluminación permitían precisar lo acontecido; d) Cuando el testigo declaró en el juicio habían pasado más de dos años desde que ocurrieron los hechos, por lo que era obvio que como consecuencia del tiempo transcurrido no fuera muy preciso en el proceso de rememorización sobre ciertos detalles de los hechos, en especial de la vestimenta de los asesinos y el tiempo transcurrido entre uno y otro disparo.
* La condición de habitante de la calle del procesado WAHM no era factor que incidía para que no pudiera proveerse de un arma de fuego, pues por el contrario dicha calidad le facilitaba conocer en el bajo mundo donde podía obtener un instrumento de esos; además, el *A quo* desconoció que el asesinato tenía que ver con asuntos relacionados con el tráfico de estupefacientes, y que los procesados fueron vistos las veces que llegaron a la casa del hoy difunto para requerirlo por la marihuana que *(A) “El Restas”* le había pagado para que se le consiguiera.

Con base en lo anteriores argumentos, la apelante solicitó la revocatorio del fallo opugnado y la consecuente declaratoria de responsabilidad criminal de los procesados.

**LA RÉPLICA:**

Durante el término del traslado para ejercer el derecho de réplica, el apoderado del Procesado AAZ presentó sus alegatos de no recurrente, en los cuales se opuso a las pretensiones de la apelante y en consecuencia solicitó la confirmación del fallo confutado con base en los siguientes argumentos:

* La decisión opugnada fue acertada porque se procedió en consonancia con la realidad probatoria.
* La Fiscalía actuó de manera desleal, porque no existían razones para que dé un momento a otro mutará la hora dada en la imputación como aquella en la que ocurrieron los hechos, de no ser por el prurito de contrarrestar lo aducido por la Defensa en el devenir de las audiencias preliminares.
* Del testimonio rendido por JOHNIER GRISALES PINEDA, solo afloran contradicciones, dudas y mendacidades sobre la participación de los procesados en el homicidio, lo que hace concluir que se está en presencia de una persona que fue manipulada e inducida para que mintiera.
* Lo acontecido en el presente asunto es producto de las maquinaciones de fuerzas oscuras que pretenden vincular como responsables a dos personas que son ajenas de los hechos.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia de 1ª instancia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual forma no se avizora macula que de alguna u otra forma haya generado una irregularidad sustancia que incida en la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso expuestos por el recurrente en la Alzada, y de lo dicho por los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Incurrió el Juez de primer nivel en errores en la apreciación del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta que las pruebas aducidas al juicio por parte del Ente Acusador si cumplían con todos los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra de los Procesados WAHMy AAZ de conformidad con los cargos por los cuales fueron llamados a juicio?

 **- Solución:**

Teniendo en cuenta que la esencia del eje central de la controversia planteada por el apelante en la alzada gira en torno con el grado de credibilidad que merecía el testimonio rendido por JOHNIER GRISALES PINEDA, el cual prácticamente funge como testigo único presencial de los hechos, la Sala procederá a efectuar un análisis de lo declarado por el testigo de marras, lo cual a su vez será confrontado con el resto del acervo probatorio, para de esa forma determinar si lo atestado por JOHNIER GRISALES PINEDA amerita la credibilidad reclamada por la apelante, o si por el contrario tal credibilidad, tal como lo adujo el Juez de primer nivel, se encuentra en tela de juicio.

Antes de iniciar con el análisis del testimonio rendido por JOHNIER GRISALES PINEDA, resulta pertinente dejar en claro que en el proceso no existían copias de los registros que contenían su declaración, porque al parecer la misma no fue remitida a esta instancia con el resto de la actuación procesal, razón por la que esta Colegiatura desplegó una serie de esfuerzos tendientes a recuperar esos registros, los cuales resultaron vanos e infructuosos.

Ante tal situación, acorde con lo establecido en el artículo 27 C.P.P. la Sala, con la anuencia de las partes y demás intervinientes, procedió a llevar a cabo un procedimiento de reconstrucción, en virtud del cual, en vista pública celebrada el 9 de junio hogaño, se acordó que el testimonio rendido en el juicio por parte de JOHNIER GRISALES PINEDA, debería corresponder a la sinopsis que del mismo hizo el *A quo* en el fallo confutado en consonancia con lo que el aludido testigo declaró en una entrevista que había rendido ante la Policía Judicial, la cual fue aportada por parte de la Defensa.

Siendo así las cosas, acorde con la reconstrucción del testimonio absuelto por JOHNIER GRISALES PINEDA, tenemos lo siguiente:

* El testigo expuso que la noche en la cual ocurrieron los hechos había decidido ir a dormir en la casa de su señora madre[[2]](#footnote-2), ARGENIS MARÍA PINEDA, e igualmente que conocía al difunto JONATHAN HIGUITA PÉREZ, *(A) “Coche”,* porque era marido de su hermana LADY TATIANA GRISALES PINEDA.
* Adujo el testigo que esa noche, más o menos a eso de las 23:45 horas, se encontraba en la rivera de la quebrada *“La Chillona”*, más exactamente al interior de una casucha de madera o choza que es utilizada por los areneros como sitio de descanso, esperando a un amigo, quien fue a comprar una marihuana que tenían planeada consumirla entre Ellos dos.
* Afirmó el testigo que desde ese sitio, a la distancia, como a unos 60 metros, se pudo dar cuenta del arribo de *AAZ* y de *(A) “El Rastas”*, quienes estaban como buscando algo o a alguien. Pero como a los dos minutos se aparecieron *“WILLIAM”* y (A) *“Coche”*, quienes sostenían una discusión.
* Expuso el testigo que *AAZ* y *(A) “El Rastas”* se acercaron al sitio en donde se encontraban *“WILLIAM”* y (A) *“Coche”*, y procedieron a propinarle una serie de empellones, y proferirle reclamos, insultos, improperios y amenazas a (A) *“Coche”*, al cual tildaban de faltón y de gonorrea*,* quien salió corriendo.
* Ante la huida de (A) *“Coche”*, aseveró el testigo que fue perseguido por *AAZ* y *(A) “El Rastas”*, mientras que *“WILLIAM”* sacó un arma de fuego con la que hizo 3 disparos. Durante la persecución (A) *“Coche”* se tropezó y cayó al suelo, oportunidad que fue aprovechada por *“WILLIAM”,* quien se le abalanzó para propinarle un disparo en la cabeza. De igual forma *AAZ* y *(A) “El Rastas”* procedieron a emprenderla a patadas en contra del caído, mientras que le decían *“Esto le pasó por rata”.*
* Sobre las condiciones de iluminación, el testigo afirmó que hacia el sitio en donde se encontraba su cuñado llegaban los reflejos de las lámparas del barrio *Bombay* y de las que estaban en una cancha de microfútbol ubicada en el barrio 7 de Agosto.
* Después que los facinerosos se fueron, el testigo expuso que se acercó al cuerpo de su cuñado, y al comprobar que estaba muerto se llenó de rabia y decidió irse para la casa de su madre a dormir, pero que no le dijo nada a su hermana, LADY TATIANA GRISALES, por el temor que lo embargaba y por no haber hecho nada. Al día siguiente, su madre lo despertó a eso de las 10:30 horas para comunicarle que habían encontrado por la quebrada el cadáver de su cuñado, por lo que procedió a desplazarse hacia ese sitio en compañía de su madre y de su hermana.

Al analizar de manera integral los dichos del testigo JOHNIER GRISALES PINEDA con el resto del acervo probatorio, la Sala encuentra lo siguiente:

* Según lo atestado por el médico forense JORGE GARDNER VARGAS, la causa del deceso de quien en vida respondía por el nombre de JONATHAN HIGUITA PÉREZ, *(A) “Coche”,* se debió a una herida ocasionada por un proyectil disparado con un arma de fuego, el cual ingresó a la altura de la nuca y salió por el mentón. De igual forma el perito adujo que la herida presentaba un halo de quemadura, lo que, para la Sala, es indicativo que el disparo se hizo a una distancia muy corta, lo que en balística forense es conocido como disparos efectuados ya sea a “*quemarropa”* o a “*boca de jarro”*, los cuales se caracterizan por dejar en la piel de la víctima una especie de tatuaje que es causado por el fogonazo que sale de la boca del cañón del arma de fuego, que es generado por la explosión de los gases producidos por la deflagración de la pólvora. Pero es de destacar que mientras que los disparos efectuados a *“boca de jarro”* existe contacto directo del arma de fuego con la piel, ello no acontece con aquellos que se hacen a *“quemarropa”*, en los que el tatuaje es ocasionado por la quemadura producida por la estela de la llamarada que sale de la boca del cañón del arma de fuego, la cual, según las características de la pólvora, puede tener un alcance que aproximadamente no sobrepasa de los 60 centímetros.

Al confrontar lo anterior con los dichos del testigo JOHNIER GRISALES PINEDA, vemos que de la narración que el testigo de marras hace respecto de la forma como el Procesado WAHMagredió con un arma de fuego al hoy difunto JONATHAN HIGUITA PÉREZ, (A) “Coche”, quien, según el decir del testigo, aprovechó que (A) “Coche”, durante la persecución se cayó al suelo para abalearlo por la cabeza, no es consecuente con los hallazgos que el perito encontró en la humanidad del óbito respecto del halo de quemadura que presentaba el orificio de entrada del impacto propinado a la altura de la nuca con un arma de fuego, porque, acorde con lo dicho en los párrafos anteriores, para que se presentaran esos hallazgos forenses, propio de un disparo efectuado a quemarropa, era necesario una extrema cercanía del arma de fuego respecto del cuerpo de la víctima, lo cual no se avizora del testimonio rendido por JOHNIER GRISALES PINEDA.

* El señor JOHNIER GRISALES PINEDA atestiguó que una vez que el cuerpo de JONATHAN HIGUITA PÉREZ, (A) *“Coche”,* yacía tirado en el suelo, los sujetos conocidos como *AAZ* y *(A) “El Rastas”* procedieron a emprenderla a patadas en contra del caído. Pero al confrontar lo adverado por JOHNIER GRISALES PINEDA, con lo consignado en el informe pericial de necropsia forense elaborado por el perito JORGE GARDNER VARGAS, y con lo que posteriormente ese experto atestó en el juicio, se tiene que del examen que se le hizo al cuerpo del hoy difunto no se encontraron lesiones producidas por el impacto de elementos u objetos contundentes, tales como contusiones o magulladuras, que generalmente causan hematomas, moretones o petequias, ya que solamente en la región del tórax y del abdomen se encontraron abrasiones y escoriaciones, las cuales generalmente se ocasionan como consecuencia del roce o de la fricción del cuerpo con otra superficie.

Lo antes expuesto nos estaría indicando que los hallazgos forenses encontrados en el cuerpo del difunto, relacionados con las características de las lesiones que la víctima presentaban a la altura del tórax y del abdomen, no son congruentes o consecuentes con el tipo de agresión del que el testigo dice que la humanidad del óbito fue sometida por parte de los personajes conocidos como *AAZ* y *(A) “El Rastas”.*

* En la actuación está demostrado el vínculo de afinidad que existía entre el testigo JOHNIER GRISALES PINEDA y el hoy difunto JONATHAN HIGUITA PÉREZ, (A) *“Coche”,* de quien se dice que era compañero sentimental de la Sra. LADY TATIANA GRISALES PINEDA.

De igual forma, acorde con lo narrado por el testigo de marras, se tiene que después de presenciar el vil asesinato de su cuñado, a pesar de los sentimientos de rabia e indignación que lo embargaban, decidió irse a dormir a la casa de su señora madre sin contarle nada de lo acontecido a su hermana, a quien solamente la enteró de lo que le había pasado a su marido al día siguiente, luego de que anunciaron el hallazgo del cuerpo de *(A) “Coche”* a orillas de la quebrada *“La Chillona”.*

Para la Sala la inaudita actitud de mutismo asumida por el testigo JOHNIER GRISALES PINEDA deja mucho que desear y genera una serie de suspicacias que de una u otra forma conspirarían en contra de la credibilidad de sus dichos, porque las reglas de la experiencia y de la lógica nos indican que como consecuencia de los sentimientos de solidaridad y de mutuo apoyo que afloran de las relaciones familiares, lo primero que una persona hace al presenciar la muerte de un pariente o de un allegado, es alertar a las autoridades para buscar que se haga justicia, e informar a los demás parientes para que sepan lo acontecido y de esa forma pueden hacer uso de las medidas del caso para afrontar tal situación adversa. Pero vemos que el testigo no hizo ni lo uno ni lo otro, porque a pesar de presenciar el atroz crimen perpetrado en la humanidad de su cuñado, y de estar indignado y molesto, muy tranquila y orondamente se fue a dormir, como si nada hubiera pasado, y optó por no decirle nada de lo acontecido a su hermana, la cual andaba desesperada en la búsqueda de su marido, y solo lo vino a hacer al día siguiente cuando fue hallado el cuerpo del asesinado.

Tal actitud asumida por el testigo, de ser cierto su relato, deja mucho por desear y más bien puede ser propia del comportamiento de las personas que han tenido algo que ver en la comisión de un reato, quienes prefieren guardar un cómplice mutismo y esperar el momento apropiado para contar una versión amañada de los hechos, en la cual procuran salir bien librados y sin mácula alguna.

* Del contenido de la versión rendida por el testigo, se desprende que JONATHAN HIGUITA PÉREZ, (A) *“Coche”,* prácticamente fue víctima de un macabro plan urdido por sus agresores, relacionado con un ajuste de cuentas, que culminó con su asesinato al ser emboscado por sus verdugos en la quebrada *“La Chillona”,* sitio hacia el cual fue llevado por WAHM.

Pero tal plan criminal se desdibuja con las pruebas aducidas al juicio por parte de la Defensa, con las cuales se logró demostrar que para la víspera del crimen, el encargado de conducir a (A) *“Coche”* hacia el matadero, o sea el ahora Procesado WAHM, se encontraba recluido, desde las 17:25 horas del 4 de febrero del 2.011, en los calabozos de las instalaciones del U.R.I. de esta localidad, siendo puesto en libertad a eso de las 22:11 horas del día siguiente.

Dicha situación incide para que la Sala considere que es poco factible que el que el Procesado haya tenido el tiempo suficiente como para orquestar o planificar el homicidio, en especial en todo aquellos que tiene que ver con contactar a la víctima y ponerse de acuerdo con sus compinches respecto del sitio en donde la iban a asesinar, si tenemos en cuenta que: a) Según versión de la Sra. LADY TATIANA GRISALES PINEDA, compañera sentimental del difunto JONATHAN HIGUITA PÉREZ, (A) *“Coche”,* la última vez que tuvo contacto con su marido fue a eso de las 20:30 horas del 5 de febrero del 2.011, cuando Él, o sea JONATHAN HIGUITA, la llamó para que le facilitará la suma de $5.000,oo. b) Acorde con lo declarado por los peritos de la Fiscalía, el desplazamiento o el recorrido a pie desde las instalaciones del *U.R.I.* de Pereira, con sede en la calle 38 # 6-52, hacia la quebrada *“La Chillona”,* ubicada en la carrera 6ª del barrio *7 de Agosto* del municipio de Dosquebradas, tiene una duración de una hora y treinta minutos.

Siendo así cosas, considera la Sala, al igual que el *A quo,* que en el proceso existían suficientes elementos de juicio que al ser confrontados con lo atestado por JOHNIER GRISALES PINEDA, incidían para dudar de la credibilidad que merecería su testimonio en lo que corresponde con el haber presenciado el asesinato de quien en vida respondía por el nombre de JONATHAN HIGUITA PÉREZ, (A) “Coche”.

Ahora bien, no puede desconocer la Colegiatura que en contra de los Procesados WAHMy AAZ gravitaba un indicio del móvil para delinquir, el cual tenía como su hecho indicador lo adverado por la Sra. LADY TATIANA GRISALES PINEDA, quien expuso que su difunto marido había recibido una suma de dinero para comprarle un cuarto de marihuana a un fulano conocido como *(A) “El Rastas”*, pero que al parecer no le cumplió, razón por la que los ahora encartados WAHMy AAZ , en varias oportunidades en vano se presentaron a su residencia en busca de la marihuana.

Pero es de anotar que dicho indicio en compañía de una prueba testimonial de dudosa credibilidad, no son lo suficientemente contundentes como para poder desvirtuar la presunción de inocencia que les asiste a los Procesados, porque con pruebas de tal talante no es posible llegar a ese grado absoluto de convencimiento de la responsabilidad penal, que los artículos 7º y 381 C.P.P. exigen como uno de los presupuestos necesarios para poder dictar un fallo condenatorio.

Finalmente, la Sala considera que le asiste la razón a la Defensa en sus alegatos de no recurrente, porque con la estrategia asumida por la Fiscalía al cambiar en el escrito de acusación la hora en la que, según en la formulación de la imputación, ocurrieron los hechos, la cual pasó de las 22:30 a las 23:45 horas, se incurrió en un posible acto de deslealtad que conllevó a una vulneración del principio de coherencia, el cual se pregona de la correlación que debe existir entre los cargos endilgados en la formulación de la imputación respecto de aquellos consignados en la acusación, porque al variar acomodaticiamente la cronología de los hechos, en últimas se estaba modificando o trastocando el núcleo de las premisas fácticas con la cual se edificaron los cargos enrostrados al procesado en la audiencia de formulación de la acusación. Por lo que si no se quiere contrariar el aludido principio, no es posible poder hacerlo con la acusación, y la única forma de hacerlo es convocando a una nueva audiencia de formulación de la imputación en la cual, frente a la nueva realidad fáctica o haciendo un *mea culpa* en la que se admita el yerro en el que incurrió el Ente Acusador, se proceda a modificar los hechos en su núcleo esencial.

Frente a lo anterior, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

*“Sobre el particular se tiene que en procura de la cabal implementación del sistema penal acusatorio, la Corte ha insistido en los requisitos objetivos mínimos con los cuales debe contar la Fiscalía al momento de formular tanto la imputación, como la acusación, además de la coherencia que en ese sentido debe mantener a lo largo de la actuación.*

*(::::)*

*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).*

*Desde luego, la precisión exigida a la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno del derecho de defensa en orden a organizar una estrategia frente al poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o controvirtiendo las aducidas en su contra.*

*Cuando surgen nuevos aspectos fácticos no contenidos en la formulación de imputación, es necesario ampliar tal diligencia o incluso practicar otra de la misma índole, a fin de no sorprender al procesado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregirla, no está facultado para alterar su núcleo fáctico…”[[3]](#footnote-3).*

Siendo las cosas, considera la Sala que la recurrente está equivocada en la tesis de su disenso, porque contrario a lo reclamado el *A quo* no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados en la alzada, porque en efecto el acervo probatorio esgrimido por la Fiscalía carecía de la contundencia necesaria y suficientes como para poder desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba a los Procesados WAHMy AAZ , por lo que acorde con los postulados del *in dubio pro reo* se imponía una sentencia de tipo absolutoria, como en efecto sucedió.

Ante tal situación, a la Sala no le queda otra opción diferente que la de confirmar el fallo opugnado.

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** la sentencia proferida en las calendas del 3 de Mayo del 2.013 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, en la cual fueron absueltos los Procesados **WAHM y AAZ** , de los cargos por los que fueron convocados a juicio, los cuales estaban relacionados con la presunta comisión de los delitos de Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego.

**SEGUNDO: DECLARAR** que en contra del presente fallo 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. Nuca o parte posterior del cuello. [↑](#footnote-ref-1)
2. Es de anotar que el testigo para esa época residía en el barrio *“Frailes”* del municipio de Dosquebradas. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 5 de Octubre de 2.016. SP14151-2016. Rad. # 45647. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-3)