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 Y PORTE DE ARMAS / VALORACIÓN PROBATORIA / ANÁLISIS DE LAS CONTRADICCIONES DEL TESTIGO DE CARGOS / SE CONFIRMA SENTENCIA DE CONDENA.**

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, 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 soporte en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

Acorde con la situación fáctica planteada, se advierte que los hechos sucedieron en febrero 05 de 2014 cuando fue agredido con arma de fuego el señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ CEDEÑO en la calle 15 con carrera 2ª, barrio El Progreso del municipio de La Virginia (Rda.), lo cual ocasionó su deceso…

Lo que ha dado lugar a discusión y precisamente fue el motivo que generó la interposición de los recursos de apelación por parte de los abogados de CCCA y DACJ, es lo atinente al compromiso que se les atribuyó en el presente ilícito. (…)

Como puede apreciarse, lo narrado en audiencia por el señor TOMÁS VIVEROS fue prácticamente lo mismo que informó a los investigadores de la SIJÍN y el CTI en febrero 14 de 2014 y en enero 22 de 2016, con la salvedad que en la primera ocasión da a entender, como así lo destaca uno de los recurrentes, que el señor DACJ no hubiera descendido de la motocicleta al instante de efectuar los disparos sobre la humanidad del occiso, como se entiende de lo plasmado en esa última ocasión, pero ello en nada desdice del conocimiento que tuvo de la participación de dichas personas en el hecho delictivo, en tanto a la postre el señor DACJ tuvo que subirse finalmente a la motocicleta para emprender la huida del sitio, según así lo sostuvo el testigo. Es que incluso ello no es una información insular en el plenario, porque encuentra corroboración en lo que le fuera informado al policial que actuó como primer respondiente, ya que la comunidad le comunicó que las dos personas que habían ocasionado la muerte habían salido en moto hacia el paradero de los buses, como igualmente lo refirió el testigo. (…)

De lo antes mencionado tenemos que en el proceso se cuenta con prueba directa con la cual se corrobora la presencia de los coacusados en el sitio de los hechos y para el momento en que ellos tuvieron ocurrieron, lo cual da pie a predicar, sin dubitación alguna, que sí estaban en posibilidad física de ejecutar esta ilicitud, contrario a lo que quisieron exponer sus allegados.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

 ACTA DE APROBACIÓN No 469

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Mayo 22 de 2019. 9:02 a.m. |
| Acusados:  | CCCA y DACJ |
| Cédula de ciudadanía: | 1.087.549.040 y 1.087.556.479, de La Virginia (Rda.)  |
| Delito: | Homicidio en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego. |
| Víctimas: | Francisco Javier Díaz Cedeño y la seguridad pública. |
| Procedencia: | Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de fecha julio 1° de 2016. CONFIRMA  |

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

1.- hechos Y precedentes

1.1.- De los hechos se percataron las autoridades policiales en febrero 05 de 2016, cuando siendo las 09:00 de la noche, la central de radio reportó a las patrullas de vigilancia unos disparos en la calle 15 con carrera 2ª, barrio El Progreso de La Virginia (Rda.), lugar al que acudieron los uniformados donde constataron la presencia de una persona sin vida y con varias heridas ocasionadas con arma de fuego.

Adelantadas las labores investigativas y luego de recibir entrevista a un testigo presencial de los hechos, se identificaron a los presuntos responsables de la ilicitud como CCCA y DACJ, ante lo cual la Fiscalía solicitó la captura del primero únicamente, por cuanto el segundo se hallaba privado de su libertad con antelación.

1.2.- Una vez se hizo efectiva la aprehensión del señor CCCA, se realizó ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de control de garantías de La Virginia (Rda.) la audiencia preliminar de legalización de captura (julio 10 de 2014), en tanto las demás fueron aplazadas a petición de la Fiscalía para hacerlas de forma conjunta con el otro coprocesado, por lo cual de manera posterior (marzo 13 de 2015) se les formuló imputación a CCCA y DACJ por las conductas punibles de homicidio -art. 103 C.P.-, en concurso heterogéneo con la fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego agravado -art. 365 ibídem- con circunstancias de agravación punitiva -art. 58 numeral. 10 ídem-, los cuales NO ACEPTARON. Así mismo, se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, una vez cesen los motivos por los cuales se encuentran detenidos.

1.3.- Por lo anterior, la Fiscalía presentó escrito de acusación (mayo 27 de 2015) en contra de los señores CCCA y DACJ, y su conocimiento correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia (Rda.), cuyo titular convocó a las audiencias de formulación de acusación (julio 13 de 2015), preparatoria (septiembre 07 de 2015), y luego de varios aplazamientos se realizó el juicio oral (septiembre 30 de 2015, 14 y 15 de marzo, 30 de junio y 1° de julio de 2016) al cabo del cual se dio a conocer un sentido de fallo de carácter condenatorio, para proceder a emitir en esa misma oportunidad la sentencia respectiva, por medio de la cual: (i) se condenó a ambos coacusados a una pena de 220 meses de prisión al haber sido hallados responsables en calidad de coautores y a título de dolo de las conductas de homicidio en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego; (iii) a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso; y (iv) se les negó la suspensión de la ejecución condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

1.4.- Para llegar a tal conclusión, el funcionario consideró inicialmente que la materialidad de la infracción fue acreditada no solo con el protocolo de necropsia de FRANCISCO JAVIER DÍAZ CEDEÑO, donde se establece que el mecanismo de muerte fue un choque neurogénico secundario a lesiones con proyectil de arma de fuego, sino además con el registro civil de defunción con el cual se certifica la muerte del antes mencionado.

En cuanto al compromiso que le asiste a los coprocesados, luego de analizar lo referido por el señor JOSÉ TOMÁS VIVEROS OSORIO, indicó que si bien el mismo rindió varias entrevistas donde cambió de versión, ello obedeció a las amenazas y persecuciones que presuntamente recibió por parte de familiares de los acusados. Y al acudir al testimonio adjunto o acompañante y valorar las mencionadas entrevistas con lo dicho en juicio, considera que en esta última ocasión -sometido al plan de protección a víctimas de la fiscalía, en proceso de rehabilitación de sustancias psicoactivas-, el testigo señaló a los dos procesados como los autores del ilícito, a quienes reconoció por cuanto en el sector y en el argot delincuencial eran conocidos como sicarios o “gatas” al servicio de oficinas de ajustes de cuentas provenientes del tráfico de estupefacientes, y sus dichos coincidían en las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Así las cosas, aunque algunas veces ponía a CCCA como el que disparaba y en otras a DACJ, finalmente aclaró que ello lo hizo por las amenazas que sufría, máxime que en esa época era indigente y vivía en la calle, pero luego reafirmó que CCCA era quien conducía la moto y DACJ como parrillero fue quien disparó.

Lo dicho por el testigo fue claro, sin titubeos, y reconoció a los acá procesados, y pese a que la defensa le resta credibilidad a los dichos del señor VIVEROS OSORIO por las inconsistencias en sus entrevistas, las contradicciones no tienen la magnitud que se les quiere dar para negar la existencia del hecho, ni su autoría, sin que las declaraciones presentadas por la defensa debiliten su versión, a consecuencia de lo cual se disipa cualquier duda frente a la autoría del crimen, en tanto la Fiscalía demostró que los señores CCCA y DACJ fueron los coautores del homicidio investigado.

1.5.- Inconformes con la decisión, los defensores de los sentenciados refirieron que apelarían el fallo y lo sustentarían por escrito dentro del término de ley.

2.- Debate

**2.1.-** Defensor de **CCCA** *-*recurrente*-*

Pide se revoque la sentencia proferida y se absuelva a los procesados ante la existencia de duda razonable, con fundamento en lo siguiente:

Considera que el sentido del fallo tuvo como fundamento fáctico que quien dispara el arma es **CCCA**, cuando en la sentencia se dice que quien lo hace es **DACJ**, lo que da a entender que el a quo no tiene claras las circunstancias en que se desarrollaron los hechos.

El testigo de visu rindió por fuera de audiencia tres versiones, así: En febrero 14 de 2014 dijo que **CCCA** conducía la motocicleta y **DACJ** como parrillero propinó los disparos al occiso, sin indicar que este se haya bajado de la moto. En septiembre 30 de 2015 expresó que **DACJ** manejaba la moto, que **CCCA** venía a pie y fue quien sacó la pistola y la detonó, para luego **DACJ** recogerlo y huir del sector. Y en enero 22 de 2016 señala que **CCCA** manejaba la motocicleta, que **DACJ** venía a pie y fue este quien lo abaleó, luego lo recoge **CCCA** y salen del sitio.

En juicio el testigo narró como cierto que los hechos ocurrieron tal cual lo dijo en febrero 22 de 2016, pero al ponérsele de presente la entrevista de febrero 14 de 2014, cambia su declaración y dice que lo real fue lo manifestado en la primera entrevista, sin poder explicar ante pregunta de la defensa porqué cambió sus dichos y solo entregó respuestas evasivas al aducir que: “quería distorsionar para no tener que venir a juicio, lo hice por temor”. Y aunque se acepte que en las anteriores versiones haya variado sus dichos por temor a unas supuestas amenazas, se pregunta: ¿por qué no habría de variarlas en juicio cuando ya no tenía temor alguno?

Las versiones escritas no son elementos probatorios, en tanto sirven para refrescar memoria o impugnar credibilidad, y lo que realmente tiene valor es la prueba debatida en juicio, y en este caso el testigo da versiones distintas por lo cual su credibilidad no es suficiente para llevar al juez a una convicción más allá de toda duda razonable. Véase que el señor TOMÁS siempre le dijo al investigador MIGUEL ÁNGEL IDÁRRAGA que **DACJ** conducía la moto y **CCCA** disparó, versión contraria a la tomada para proferir sentencia; igualmente, en la inspección judicial la posición que allí indicó era al pie del occiso con otras tres personas, pero en juicio dijo que estaba a cinco o seis metros y que luego de la “pasada” solo estaba él y la víctima. Es inverosímil lo relativo a las presuntas amenazas que según el testigo fueron 4 o 5 días después, ya que **CCCA** fue privado de la libertad en junio 09 de 2014, es decir, mucho tiempo después de las referidas amenazas.

El a quo no analizó las contradicciones del testigo, como sí lo hizo con los testigos de la defensa, las que pudieron deberse al transcurso del tiempo, sin ser acertado lo expresado en cuanto a que el señor VIVEROS OSPINA haya reafirmado en juicio lo dicho en su entrevista de enero 22 de 2016, lo cual cambió dentro de la audiencia al aducir que los hechos ocurrieron como los dijo en febrero 14 de 2014, sin explicar tal contradicción, no obstante que para el momento del juicio ya no sentía temor alguno.

**2.2.-** Defensor de **DACJ** -recurrente-

Pide se revoque el fallo adoptado y se emita una sentencia absolutoria con fundamento en lo siguiente:

La sentencia se desprende de las manifestaciones de un solo testigo, del cual se espera coherencia en sus declaraciones, que sea fidedigno, confiable y no se adentre en contradicciones, obligación esta que no cumplió por lo siguiente: (i) se le impedía la percepción real de los hechos al estar bajo efectos de sustancias alucinógenas, como adicto confeso; (ii) es proclive a mentir, pues participó en los grupos paramilitares donde se obliga a mentir a cada paso; (iii) se advierte un “trastorno de personalidad antisocial y por consumo de sustancias” conforme prueba sobreviniente que anexa, y el mismo admite haber estado en tres ocasiones en el Hospital Mental -Homeris-; (iv) dice haber visto una pistola negra a seis metros de distancia, lo que resulta inverosímil en campo abierto y a las 9:00 p.m.; (v) en el video proyectado asegura haber oído tres detonaciones, y en juicio corrige que fueron cinco o seis; y (vi) hace creer que estuvo presente en el sitio para la toma de fotografías, pero no aparece su firma en el informe.

En las tres entrevistas que rinde siembra inconsistencia e incongruencias, así: En febrero 14 dice que **DACJ** disparó y **CCCA** conducía; pero en septiembre 30 ya asegura que quien efectúa las detonaciones es **CCCA**, el cual camina, y el que pilotaba la moto era **DACJ**, lo cual le genera estas preguntas: ¿ello no demuestra sendas contradicciones?, ¿es confiable su testimonio?, y ¿sabe o está seguro de lo que dice?

Las entrevistas son elementos de prueba incorporadas, introducidas por la Fiscalía y admitidas por el Juez, y por ende hay que tener en cuenta todo lo que el funcionario admite para la valoración final. La entrevista de enero 22 de 2016 es un esfuerzo para enderezar el entuerto, pero ello es imposible de reparar, y aunque el testigo hable que fue blanco de amenazas y menciona una declaración ante Notario donde se retracta, esa importante prueba no fue arrimada, cuando era fácil para los investigadores su consecución.

Llevar al señor TOMÁS a juicio como testigo protegido de nada sirve si no existe apoyo para comprobarlo, y si el mismo no estuvo presente en la toma de fotografías del lugar de los hechos cuyo informe debería estar firmado por él, significa que lo expuesto en algunas imágenes a pie de página donde se dice “en esta el testigo manifiesta” no corresponden a la verdad; y por ende, de no haber estado allí, conlleva que no lo estuvo en febrero 05 de 2014, y todo se viene abajo.

No es fácil reconstruir lo sucedido en esa fecha con los dichos de TOMÁS VIVEROS por las contradicciones en que incurre, y un testigo presencial no puede decir lo que le consta si en oposición tres entrevistas lo desmienten. Y si bien es probable que diga la verdad, la mera probabilidad no basta para un fallo de condena, por lo cual es necesario sopesar si su testimonio es confiable, si lo que dice encaja, pero en su sentir, ello no es así por contradecirse y marcar una duda que a su juicio es insalvable.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, el funcionario 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 de los señores CCCA y DACJ 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 absolutoria de acuerdo con lo solicitado por los abogados recurrentes.

**3.3.- Solución a la controversia**

No se vislumbra, ni ha sido tema objeto de controversia, la existencia de algún vicio sustancial que pueda afectar las garantías fundamentales en cabeza de alguna de las partes e intervinientes, o que comprometa la estructura o ritualidad legalmente establecidas para este diligenciamiento, en desconocimiento del debido proceso protegido por el artículo 29 Superior.

Igualmente se avizora de entrada, que las pruebas 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 conformidad con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, 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 soporte en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

Acorde con la situación fáctica planteada, se advierte que los hechos sucedieron en febrero 05 de 2014 cuando fue agredido con arma de fuego el señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ CEDEÑO en la calle 15 con carrera 2ª, barrio El Progreso del municipio de La Virginia (Rda.), lo cual ocasionó su deceso. Se evidencia entonces, que en relación con la materialidad de la infracción no existe dubitación alguna, por cuanto de ello da fe la inspección técnica a cadáver, así como el dictamen médico legal de necropsia que certificó la muerte violenta del antes referido, todo lo cual fue objeto de estipulación probatoria.

Lo que ha dado lugar a discusión y precisamente fue el motivo que generó la interposición de los recursos de apelación por parte de los abogados de CCCA y DACJ, es lo atinente al compromiso que se les atribuyó en el presente ilícito.

En desarrollo de la audiencia de juicio oral, y en punto de los testimonios del órgano encargado de la persecución penal, con los cuales se sustentó su teoría del caso para pregonar que los ya mencionados fueron los que intervinieron en los hechos que conllevaron al deceso del señor FRANCISCO JAVIER DÍAZ CEDEÑÓ, se cuenta con lo expresado por el patrullero de la Policía Nacional NIVER DUVÁN PÉREZ DORADO, quien fue el primer respondiente y se percató de la existencia de una persona fallecida a consecuencia de lesiones con arma de fuego, así como con la declaración del testigo directo de los hechos JOSÉ TOMÁS VIVEROS OSORIO.

Las demás personas que rindieron su exposición en la vista pública como testigos de la Fiscalía, esto es: JHON EDWIN MARÍN SÁNCHEZ –investigador de la Sijín-, FREDY GAÑÁN ANDICA -Técnico investigador del CTI-, MIGUEL ÁNGEL IDÁRRAGA RAMOS -investigador del CTI-, así como los declarantes de la defensa, a saber: MARÍA NANCY ARBOLEDA SOTO, GINA PAOLA GUTIÉRREZ ARENAS y DUVER MORALES SERNA –madre, compañera permanente y suegro de CCCA-, ningún conocimiento directo tuvieron de los hechos en los cuales se presentó el deceso del señor DÍAZ CEDEÑO.

Precisamente la información que suministró el testigo JOSÉ TOMÁS VIVEROS OSORIO, fue la base para el proferimiento de la sentencia de condena en contra de los procesados. Y no obstante que la argumentación defensiva va encaminada a controvertir y poner en entredicho lo manifestado por el testigo de cargo tanto en juicio como ante las autoridades de policial judicial en las exposiciones previas, amén de las contradicciones en que allí incurre, para el Tribunal, así como lo fue para el funcionario de primer nivel, tales razonamientos no alcanzan a desvirtuar la responsabilidad que le asiste a los enjuiciados, como pasa a verse:

De conformidad con lo mencionado por el señor VIVEROS OSORIO en sede de juicio oral, se aprecia que el mismo luego de haber adquirido una papeleta de bazuco en otro sector de La Virginia, se trasladó al sitio donde se presentó el atentado contra la vida del señor DÍAZ CEDEÑO, conocido con el alias de “Kiko”, de lo cual sindica a los señores **CCCA** y **DACJ**, personas que hicieron presencia en la carrera 2ª con calle 15, barrio El Progreso, EN DOS OPORTUNIDADES a bordo de una motocicleta, así: En la primera de ellas observó que el rodante era pilotado por **CCCA** y como parrillero lo acompañaba **DACJ**, momento en el cual increparon a la víctima para que se marchara del lugar, sin que este obrara de tal manera. Y en un segundo momento, igualmente vio que **CCCA** conducía la moto, pero **DACJ** venía unos metros atrás caminando y fue este quien accionó el arma de fuego contra la víctima, CASI A “QUEMA ROPA”[[1]](#footnote-1).

Adujo haber escuchado entre cinco o seis detonaciones, y observado el arma de fuego cuando se le apuntaba a la víctima, la que identifica como una pistola color negra, y que seguidamente **DACJ** se sube a la moto -en la cual lo esperaba **CCCA** unos 3 metros atrás- para luego emprender la huida. Tales hechos, como los relata el testigo, tuvieron ocurrencia entre las 8:30 y 9:00 de la noche, y es enfático en decir que distingue a los indiciados hace algo más de 15 años, ya que los mismos también son consumidores.

Es sabido, que el señor TOMÁS VIVEROS, quien para aquél entonces era habitante de calle, pasados unos días del hecho se acercó a las instalaciones policiales de La Virginia, lugar donde le fue tomada una entrevista en febrero 14 de 2019, en la cual dio cuenta de lo observado e indicó que quienes participaron en tal ilicitud fueron **CCCA** y **DACJ**, frente a los cuales realizó un reconocimiento fotográfico en febrero 20 de 2019, y a quienes señaló en desarrollo de la audiencia de juicio oral.

Ahora bien, a raíz de las situaciones acaecidas con posterioridad a la información entregada por el testigo, amén de la captura del señor **CCCA** y la vinculación a este asunto del señor **DACJ** –para esa fecha se hallaba privado de la libertad por otra ilicitud-, al parecer fue víctima de amenazas por los familiares de dichas personas, incluso de una golpiza por parte de un hermano de **CCCA**, en hechos ocurridos en febrero de 2015, lo que lo obligó a acercarse a la Fiscalía para contar lo sucedido, a consecuencia de lo cual un investigador del CTI le recibió entrevista en septiembre 30 de 2015, en la que dio a conocer dichas intimidaciones, y por ende pidió protección para su presentación en juicio; pero además, varió la información ofrecida con anterioridad y adujo que quien conducía la motocicleta era **DACJ** y que **CCCA**,quien venía a pie, fue el encargado de ultimar a la víctima, para luego huir en la moto.

Posteriormente se le recibió una nueva entrevista al señor TOMÁS VIVEROS en enero 22 de 2016, en la que reitera que fue **DACJ** quien le disparó a FRANCISCO y **CCCA** lo recogió en la moto, y aduce que luego de haberse suspendido la audiencia de juicio en el mes de diciembre -2015- ha sido víctima de nuevas intimidaciones por parte de familiares de los procesados, quienes lo presionaban para que firmara un documento donde dijera que **DACJ** y **CCCA** nada tenían que ver en el asunto y que era el investigador MARÍN quien los involucraba. Es preciso al indicar que fue obligado por LUIS -hermano de **DACJ** y quien le indicó que por su hermano mataba al que fuera- a comparecer a la Notaría con una hermana de **DACJ**, de nombre HELENA, y con la esposa de **CCCA** a firmar un documento en enero 12 de 2016, y deja constancia que así obró porque vio su vida en peligro, pero aun así reitera que estas personas fueron los autores del homicidio de FRANCISCO JAVIER CEDEÑO.

De lo relatado en juicio por el señor JOSÉ TOMÁS VIVEROS, y las exposiciones que mediante entrevista realizó con antelación ante los investigadores –mismas que leyó en su integridad a viva voz a petición de la Fiscalía, sin que la defensa se opusiera ni el juez efectuara pronunciamiento alguno-, se puede establecer, salvo lo relatado en septiembre 30 de 2015, que para dicho testigo quien conducía la motocicleta era el señor **CCCA,** y que fue el señor **DACJ** el que accionó el arma de fuego.

No existió en dicha persona duda alguna acerca de quiénes fueron los responsables de dicha ilicitud, y por ello acudió a las autoridades cuando apenas habían transcurrido nueve días del hecho para informar lo pertinente, por cuanto los conocía con antelación, esto es, algo más de quince años como lo relató en juicio, al distinguirlos como consumidores de alucinógenos. Y ello mismo lo ratificó otros días después cuando en presencia de la Personera Municipal de La Virginia realizó el reconocimiento en álbum fotográfico, en el que no dudó en señalar nuevamente a los aquí involucrados.

Si bien es cierto, en la información que entregó al servidor del CTI en septiembre 30 de 2015, el testigo varió la participación que en el ilícito tuvieron los antes mencionados, para poner a **DACJ** como conductor de la moto y a **CCCA** como la persona encargada de disparar, el declarante fue claro al expresar que distorsionó lo antes manifestado a los investigadores, por cuanto quería evitar su participación en juicio a raíz de las amenazas de las que era víctima, máxime que la Fiscalía no le brindaba protección alguna y sentía temor por su vida.

Pero téngase en cuenta que no obstante que en esa ocasión puso a uno en la posición del otro, nunca expresó que tales personas fueran ajenas en la comisión del homicidio, en tanto siempre indicó que fueron estos y no otros quienes lo cometieron, tal cual así lo clarificó posteriormente ante la misma Fiscalía y lo ratificó en juicio.

Como puede apreciarse, lo narrado en audiencia por el señor TOMÁS VIVEROS fue prácticamente lo mismo que informó a los investigadores de la SIJÍN y el CTI en febrero 14 de 2014 y en enero 22 de 2016, con la salvedad que en la primera ocasión da a entender, como así lo destaca uno de los recurrentes, que el señor **DACJ** no hubiera descendido de la motocicleta al instante de efectuar los disparos sobre la humanidad del occiso, como se entiende de lo plasmado en esa última ocasión, pero ello en nada desdice del conocimiento que tuvo de la participación de dichas personas en el hecho delictivo, en tanto a la postre el señor **DACJ** tuvo que subirse finalmente a la motocicleta para emprender la huida del sitio, según así lo sostuvo el testigo. Es que incluso ello no es una información insular en el plenario, porque encuentra corroboración en lo que le fuera informado al policial que actuó como primer respondiente, ya que la comunidad le comunicó que las dos personas que habían ocasionado la muerte habían salido en moto hacia el paradero de los buses, como igualmente lo refirió el testigo.

No encuentra el Tribunal entonces duda alguna frente a la sindicación que realizó el señor JOSÉ TOMÁS VIVEROS, acerca de la participación de los aquí procesados en el homicidio del señor FRANCISCO JAVIER DIAZ CEDEÑO, en tanto las pruebas de la defensa no alcanzaron a desvirtuar su participación en el delito.

Obsérvese que si bien los referidos testigos –MARÍA NANCY ARBOLEDA SOTO, GINA PAOLA GUTIÉRREZ ARENAS y DUVER MORALES SERNA- aducen que el señor **CCCA** no conduce motocicleta, ni han llegado a ver que **DACJ** lo haya recogido en una de estas, ello *per se* no es indicativo de su ausencia de compromiso, por cuanto contrario a lo informado, fue visto por el testigo presencial en tal labor, misma que fue trascendental para que el señor **DACJ** saliera del sitio de los acontecimientos una vez atacara a la víctima.

Es claro que estos testigos, en especial su compañera permanente y el padrastro de esta, quieren poner al señor **CCCA** en un sitio diferente a la hora de la comisión del hecho, por cuanto el acusado estuvo todo el día en el taller de refrigeración hasta aproximadamente las diez de la noche, y ello en sentir de la Sala es apenas comprensible por provenir de personas que tienen un interés directo en las resultas de este asunto, lo cual los puede motivar a inclinarse por una teoría que favorezca a su pariente. Pero mirado con detenimiento el asunto, se extrae que no obstante los hechos acaecer entre las 8:30 y 9:00 de la noche, los testigos indicaron que se percataron de los mismos siendo más o menos las 8:00 de la noche cuando alias “La Ñata” pasó por el taller y les comentó lo sucedido, cuando la realidad enseña que a esa hora aún nada había ocurrido. Y si esa inconsistencia en el factor tiempo se presenta, entonces ¿cómo poder aseverar que efectivamente estuvieron atentos a la presencia de **CCCA** en el taller para un momento anterior y diferente al que afirman? Ello adicionado a la corta distancia existente entre el taller y el lugar del crimen -apenas 6 o 7 cuadras-.

Adicional a ello y para mayor perplejidad, la señora GINA PAOLA GUTIÉRREZ dio a entender que su compañero **CCCA** laboraba desde diciembre de 2012 con su papá de crianza –luego de salir de la cárcel de Roldanillo (V.) donde estuvo detenido con **DACJ** como cómplice de homicidio, del cual ambos salieron absueltos-; sin embargo, la información que entregó en juicio el señor DUVER MORALES se advierte que para la fecha de los hechos el señor **CCCA** apenas hacía unos 20 días que trabajaba con él. Luego entonces, antes semejante discrepancia, se pone en duda incluso que el citado joven en verdad trabajara en ese lugar, ya que la diferencia de tiempo en la mencionada labor es abismal.

De lo antes mencionado tenemos que en el proceso se cuenta con prueba directa con la cual se corrobora la presencia de los coacusados en el sitio de los hechos y para el momento en que ellos tuvieron ocurrieron, lo cual da pie a predicar, sin dubitación alguna, que sí estaban en posibilidad física de ejecutar esta ilicitud, contrario a lo que quisieron exponer sus allegados.

Ahora bien, en relación con la postura de los abogados recurrentes, debe decir la Sala lo siguiente:

* *Lo plasmado en la inspección judicial es diferente a lo dicho en juicio por el testigo, sin que el mismo hubiera suscrito el informe respectivo.*

De la información que rindió en juicio JHON EDWIN MARÍN SÁENZ, investigador de la SIJÍN, se advierte que decidió hacer una “representación fotográfica de cómo fueron los hechos”, tal cual así lo dijo, y que en compañía del testigo de cargos JOSÉ TOMÁS VIVEROS se acercó al lugar y efectuó algunas tomas, de conformidad con la información que este le entregó.

Si bien al parecer en una de ellas, más concretamente en la imagen N° 7, cuando se producen los disparos, se aprecia que el testigo se encuentra al lado de la víctima junto con otras tres personas sin advertirse que estuviera unos seis metros como lo sostuvo en juicio por cuanto se hallaba orinando, el testigo clarificó que el policial MARÍN quería saber “como estábamos nosotros antes de llegar estos señores”. Y en efecto, como lo dijo, eran varias las personas que se hallaban en ese lugar por ser un sitio habitual de consumo, y ello es lo que se quiso significar en esa oportunidad. Sea como fuere, es evidente que el señor JOSÉ TOMÁS fue claro al señalar dónde se encontraba para el instante de llegar la moto en las dos ocasiones que refirió, en especial en la última cuando se presentaron los hechos, y de allí se desprende que sí se percató de manera directa de la forma en que se culminó de forma violenta con la vida de FRANCISCO JAVIER DÍAZ.

Ahora bien, el que dicho informe no esté suscrito por el testigo, ello lo es por cuanto solo fue signado por el investigador que adelantó tal labor, pero en juicio el señor TOMÁS VIVEROS expresó que acompañó al investigador en las referidas tomas, actividad en la que solamente ellos dos participaron y era vista por él como un soporte que quería tener el investigador del sitio donde ocurrió el acontecimiento.

* *Las incoherencias del testigo*

Aunque el abogado de **DACJ** resalta que las incoherencias en que incurrió el testigo, se deben a: (i) su condición de adicto declarado; (ii) su permanencia en las AUC donde se les enseña a mentir; (iii) presentar un trastorno de personalidad conforme al dictamen psiquiátrico que se les entregó una vez finalizada la vista pública, y cuya copia adjunta con la apelación; y (iv) el número de denotaciones que escuchó. La Sala debe asegurar lo siguiente:

Si bien en juicio no se arrimó probanza alguna que acredite que el señor JOSÉ TOMÁS VIVEROS es drogadicto, ello se desprende de su misma manifestación, al punto de indicar que fue habitante de calle y que consumía estupefacientes -en la actualidad se encuentra en proceso de rehabilitación-. Pero pese a tal condición, de la información que suministró en juicio se advierte que el día de los hechos y luego de haber adquirido una papeleta de bazuco, se trasladó al barrio El Progreso donde se desarrollaron estos episodios, pero él mismo expuso que para ese momento no había consumido estupefacientes, lo cual solo hacía en horas de la noche en tanto el día lo usa para reciclar; e incluso, para el instante en que dispararon contra la víctima aún no había ingerido el alucinógeno. Luego entonces, no puede predicarse que para ese instante no tuviera la capacidad de percibir la forma en que ocurrieron los hechos, y no se arrimó prueba que indique lo contrario.

Es verdad sí que el señor VIVEROS señaló que en efecto estuvo recluido en tres ocasiones en el HOMERIS, y que sufre de estrés postraumático como consecuencia de la guerra porque hizo parte de las AUC, más concretamente del Bloque Centauros en el Meta, pero tal situación en momento alguno le ha imposibilitado recordar lo sucedido en febrero 05 de 2014, ni mucho menos le ha generado lagunas mentales que le impidan rememorar tal acontecimiento, máxime cuando es evidente que solo unos días después del suceso rindió entrevista y efectuó reconocimiento fotográfico de los autores.

Así mismo y pese a que la Fiscalía había solicitado a Medicina Legal valoración por psiquiátrica del señor JOSÉ TOMÁS VIVEROS, la cual no llegó a tiempo y por ende no se incorporó a la actuación, de la copia que anexó al recurso el apoderado del señor **CORRALES** se desprende que la conclusión a la que arribó la profesional es que dicho ciudadano: “está en condición de declarar, no padece esquizofrenia ni patologías que impliquen ruptura con la realidad, al momento está asintomático”. Todo lo cual permite inferir por demás, que el testigo tenía la capacidad mental no solo de rendir testimonio en juicio, sino de recordar lo acaecido.

Es más, el hecho de haber pertenecido a las AUC no implica que sea un mitómano, en tanto la defensa parte de la premisa que todo aquel que haya pertenecido a las Autodefensas es un mentiroso, y por ende como JOSÉ TOMÁS hizo parte de dicho grupo al margen de la ley concluye que es mitómano, sin aportar prueba al respecto, pues una cosa nadie tiene que ver con la otra. Y no obstante que el testigo indicó que varió, o en sus palabras “distorsionó” su versión en la segunda entrevista dada a las autoridades, lo fue para tratar de preservar su integridad física, pero siempre fue consistente en ubicar a ambos procesados en el lugar de los acontecimientos, aunque en roles distintos, como ya se vio.

De igual forma y aunque el testigo en una declaración en video que entregó al investigador del CTI, y que se proyectó en la audiencia, indicó haber escuchado tres detonaciones, para finalmente aducir en juicio que fueron entre cinco o seis, ello no le quita relevancia al hecho investigado, pues en un acontecimiento de tal naturaleza, nadie está atento de contar los disparos que se efectúan, e incluso aquí lo que se aprecia es que fueron muchos más de los referidos, porque del informe de inspección al cadáver se extrae que al menos fueron nueve las vainillas recuperadas, y el cuerpo del señor FRANCISCO DÍAZ CEDEÑO, de conformidad con el protocolo de necropsia, fue impactado en ocho ocasiones, todas ellas en cabeza y cuello.

* *Dificultad para observar el arma que portaba el agresor*

Se asegura por la defensa, que a raíz de la hora de lo ocurrido y al presentarse en campo abierto, ello le dificultaba al testigo determinar con claridad el tipo de armada usada en la ilicitud, y su color, pero ello para la Sala no es atendible con fundamento en lo siguiente:

Como quiera que el testigo adujo haber pertenecido a las AUC, eso le permitió muy seguramente conocer de diverso armamento y fue así como incluso refirió que podía diferenciar esa clase de armas, no solo por el sonido de sus detonaciones, sino por cuanto la pistola es plana a diferencia de un revólver; igualmente por cuanto los hechos sucedieron en zona urbana, con iluminación artificial, y como lo dijo el declarante, para esa noche había tres bombillos encendidos lo que le ofrecía buena visibilidad –el testigo la catalogó como de un 85%; y, por ende, no dudó en expresar que el arma utilizada fue una pistola y de color negro.

Aunado a ello, obsérvese que al realizarse la inspección a cadáver, los investigadores de la Sijín hallaron seis vainillas percutidas, calibre 9 milímetros -al mover el cuerpo encontraron dos vainillas más y 1 proyectil deformado-, lo que es un indicativo que en efecto el artefacto que se utilizó para ultimar al señor DÍAZ CEDEÑO, fue uno de los referidos por el testigo.

* *La Fiscalía no aportó el documento que suscribió el testigo ante la Notaría y por medio del cual se retractaba*

De lo dicho en juicio por el testigo de cargo, se tiene que al parecer con miras a salvaguardar su vida, amén de las amenazas en su contra, suscribió una declaración extraproceso ante la Notaría de La Virginia, en la que supuestamente exoneraba de cualquier responsabilidad en estos hechos a los aquí procesados, y es por ello que la defensa echó de menos que la Fiscalía haya omitido adelantar una labor investigativa para obtener tal documento.

Es cierto que el investigador del CTI MIGUEL ÁNGEL IDÁRRAGA RAMOS, al momento de recibir entrevista al testigo en enero 22 de 2016, fue enterado de tal situación, pero sin realizar gestión alguna para su consecución. Empero, tampoco se aprecia que la defensa, amén del interés que por supuesto le asistía en tal escrito -entiéndase principio de incumbencia probatoria-, haya procurado su ubicación para ser arrimado a juicio, pese a que estaba en poder de uno de sus testigos, esto es, el señor DUVER MORALES SERNA, como así lo narró en su exposición. Y si ese documento fue hallado por él en su residencia, tal situación quizá obedeció a que en efecto en esa diligencia se hizo presente la compañera de **CCCA**, esto es, GINA PAOLA GUTIÉRREZ, quien es hija de crianza de MORALES SERNA, como así lo indicó el testigo TOMÁS VIVEROS.

Fácil le quedaba a la defensa el haber aportado tal documento como una prueba sobreviniente, amén que de la misma solo se conoció cuando ya se había dado comienzo al juicio oral, pero no obstante ello guardó absoluto silencio. No puede entonces a la hora de ahora achacar tal falencia al órgano persecutor, toda vez que bien podría la unidad defensiva haber adelantado las gestiones pertinentes para su consecución. Al respecto la Corte Constitucional[[2]](#footnote-2), de tiempo atrás ha señalado:

“[…] resulta especialmente relevante en el contexto del nuevo proceso penal acusatorio, exigir que el abogado de la defensa tenga a su alcance todos los medios y armas procesales para ejercer su función, de tal suerte que la actividad dirigida a recaudar y controvertir pruebas, a más debe ser diligente y oportuna, es esencial para el ejercicio del derecho de defensa. En este sentido, la Corte dijo que “el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable”[[3]](#footnote-3)

No obstante, independiente de todo ello, de la información que suministró el señor JOSÉ TOMÁS VIVEROS, y a la cual le da plena credibilidad la Sala, el que se hubiera signado tal documento es una muestra más que ratifica que al parecer el mismo sí fue presionado por algunos familiares de los acusados para cambiar su versión, aunque finalmente la mantuvo a raíz de su vinculación al programa de protección de testigos.

Así las cosas, muy a pesar que se debe reconocer el ingente esfuerzo de parte de los apoderados de la defensa para demeritar el compromiso de los coacusados, la argumentación que contienen los recursos no alcanzan a quebrar en modo alguno la prueba que los compromete, y por ello habrá de confirmarse 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 Promiscuo del Circuito de La Virginia (Rda.), por medio de la cual se condenó a los señores **CCCA** y **DACJ** como responsables del ilícito de homicidio en concurso heterogéneo con tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego.

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,

ADRIANA JULIA CATAÑO LÓPEZ

1. Tal manifestación encuentra respaldo en los hallazgos de Medicina Legal al momento de efectuar la necropsia al cadáver de FRANCISCO JAVIER DÍAZ CEDEÑO, al indicarse que en los orificios de entrada ubicados en las regiones retroauricular y mastoidea derecha, presentaron residuos de disparo, lo que implica que la detonación se realizó A CORTA DISTANCIA. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia C-210 de 2007. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia C-210 de 2007. [↑](#footnote-ref-3)