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: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO / VALORACIÓN PROBATORIA / REQUISITOS DEL TESTIMONIO.**

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.

El cuestionamiento formulado en la alzada por parte del letrado que asiste los intereses de los acusados, pasa por varios estadios: desde poner en duda la ocurrencia misma del latrocinio, hasta desconocer la prueba directa que existe en contra de sus representados. Para ello, censuró el análisis probatorio hecho en la instancia en cuanto dio valor a la prueba de cargo y desechó la de descargo, y con esa finalidad utilizó el método comparativo con miras a destacar que la prueba de la Fiscalía es contradictoria, en cambio la de la defensa no tiene tacha por ser todos los declarantes contestes en dos ejes temáticos centrales…

… en todo testimonio debe efectuarse un control por el aspecto OBJETIVO y un control por el aspecto SUBJETIVO. El primero comprende la idoneidad física, como capacidad y madurez intelectual no sólo permanente sino transitoria al momento de declarar, en relación con las circunstancias que rodean la percepción, y el objeto materia de la vivencia… El segundo -control subjetivo-, comprende la idoneidad moral, que hace alusión al examen del INTERÉS que el testigo pueda tener en el proceso. Según el mismo Malatesta en su Lógica de las Pruebas: “para que el testigo tenga derecho a ser creído, es pues menester que no se engañe y que no quiera engañar”…

Pero además, se debe hacer un juicio sobre: 1. El aspecto FORMAL, que hace alusión a las ritualidades procesales que deben observarse con pena de inexistencia; 2. La CREDIBILIDAD del contenido, referido tanto a los hechos que el testigo afirma, como al modo en que dice los percibió; 3. La VEROSIMILITUD, que al decir del mismo Framarino es: “la conformidad del contenido del testimonio con lo que la experiencia nos indica como ordinario modo de ser y de actuar de las cosas y de los hombres”; 4. Los posibles ERRORES DE LA PERCEPCIÓN, que “no son producidos por condiciones particulares del testigo, sino que pertenecen por el contrario a su apreciación objetiva”; 5. La CERTEZA e INDUBITABILIDAD en el testigo; 6. La NO CONTRADICCIÓN, pues tiene que ser DETERMINADO, haciendo constar la causa de su conocimiento o la razón de su dicho; y 7. Su carácter de PERMANENCIA, pues no debe revestir contradicciones cuando la persona es llamada a declarar varias veces.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

ACTA DE APROBACIÓN N° 493

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Mayo 28 de 2019. 9:09 a.m. |
| Acusados: | HMG, FMG y ECV |
| Cédula de ciudadanía: | 1.092.913.163, 1.092.912.473 -ambas de Mistrató (Rda.)- y 1.004.529.067 de Belén de Umbría (Rda.), respectivamente. |
| Delito: | Hurto calificado y agravado |
| Víctima: | Silvio de Jesús Gaviria Gaviria |
| Procedencia: | Juzgado Promiscuo Municipal con función de conocimiento de Mistrató (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio fechado agosto 26 de 2016. SE CONFIRMA |

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

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Los hechos fueron puestos en conocimiento por el señor SILVIO DE JESÚS GAVIRIA GAVIRIA el 26 de febrero de 2015, quien en su condición de víctima informó que el día anterior 25 de febrero, a eso de la 8:00 p.m., llegaron primero dos personas con armas de fuego a su finca llamada La Mina, de la Vereda Costa Rica de Mistrató (Rda.), los cuales los encerraron a todos -a su esposa, sus tres hijos, una tía y su hermano- y luego lo requirieron para que entregara el dinero del ganado que había vendido, ante lo cual adujo que lo había fiado. Seguidamente le exigieron que pusiera todas las pertenencias en una mesa de la sala, y posteriormente cuando pudo volver a pasar por allí, logró ver a los sujetos que estaban parados al frente de la casa y pudo reconocer a los aquí procesados. Posteriormente lo llevaron de nuevo a la pieza donde estaban los demás, de donde escucharon ruidos. Pasada la una de la mañana como los sujetos se habían ido, salieron del cuarto donde los tenían encerrados, percatándose de los elementos que le fueron hurtados, avaluados en $7´200.000. Aduce que la motocicleta hurtada la recuperó el sábado siguiente y las mulas regresaron a la finca; así mismo, aporta datos de las personas que cometieron el hecho y la vestimenta que lucían.

1.2.- Adelantadas las labores investigativas y una vez identificados los presuntos autores, se libraron y ejecutaron órdenes de captura, e igualmente se realizaron las audiencias preliminares (septiembre 1° de 2015) ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Belén de Umbría (Rda.), por medio de las cuales: (i) se declaró legal la orden de registro, el respectivo allanamiento y los elementos incautados; (ii) se legalizaron las capturas de HMG, FMG y ECV; (iii) se les formuló imputación a los antes mencionados por las conductas de hurto calificado y agravado -arts. 239, 240 inc. 2° y 241 num. 10 C.P.-, frente a lo cual GUARDARON SILENCIO; y (iv) se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

1.3.- La Fiscalía presentó formal escrito de acusación (octubre 30 de 2015) marzo 1° de 2017) en el cual ratificó los cargos como coautores de las conductas referidas, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal con función de conocimiento de Mistrató (Rda.), autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación, preparatoria, juicio oral, al cabo del cual se emitió un sentido de fallo condenatorio, y una vez fueron convocadas las partes para dar lectura al fallo (abril 19 de 2016), el nuevo defensor reclamó la nulidad de lo actuado por falta de defensa técnica, ante lo cual no hubo oposición de Fiscalía ni Ministerio Público, y el a quo accedió a ello desde la formulación de acusación, con el fin de garantizar los derechos al debido proceso y defensa de los procesados.

Por tal motivo se realizó nuevamente la audiencia de formulación de acusación (mayo 04 de 2016), y luego del descubrimiento probatorio el a quo se declaró impedido al considerar que ya conoció el asunto, para lo cual dispuso remitir el asunto al juzgado del municipio más cercano -Belén de Umbría (Rda.)-, siendo asignado al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de esa municipalidad, cuya titular no aceptó el impedimento planteado (junio 14 de 2016). La actuación fue remitida al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén, cuya titular radicó la competencia en el Juzgado de Mistrató (junio 16 de 2016), al cual se le hizo devolución de la actuación, despacho donde posteriormente se llevaron a cabo las audiencias preparatoria (julio 19 de 2016) y juicio oral (agosto 09, 10 y 11 de 2016) fecha esta última en la cual se emitió nuevamente un sentido de fallo de carácter condenatorio y se procedió a dictar la sentencia respectiva (agosto 26 de 2016), por medio del cual: (i) se declararon responsables a los señores HMG, FMG y ECV como coautores del delito de hurto calificado y agravado; (ii) se les impuso sanción privativa de la libertad equivalente a 144 meses de prisión, multa de 32.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal; y (iii) se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

1.4.- Los fundamentos que tuvo en consideración el a quo para adoptar la mencionada determinación, se pueden concretar así:

No emerge duda acerca de la materialidad del punible de hurto calificado soportado con los dichos de las víctimas y lo expuesto por el investigador del caso, sin que el argumento de la defensa acerca de la inexistencia del hecho -al estimar que ello se trató de un montaje amén de las rencillas anteriores que el señor SILVIO GAVIRIA había tenido con la familia MARÍN- haya sido de recibo, pues de haber sido así, no solo hubieran involucrado a los dos hermanos MARÍN sino al resto de la familia, al ser varios los consanguíneos con los que igualmente había tenido dificultades, y de nada le serviría haberse librado de dos de ellos, pues los problemas podrían continuar con los demás e incluso en términos más delicados. Igualmente, de haber sucedido así como lo dice la defensa, no tenía sentido ni necesidad el vincular al señor ECV, quien nada tenía que ver con esos altercados.

El que no se les hubiera hallado nada en las diligencias de allanamiento, no desmiente la comisión del hurto, al ser sabido que cuando los delincuentes cometen hurtos no llevan el producto a sus casas sino a otro lugar o a reductores, máxime que tal conducta fue realizada por seis o siete personas, así que los demás integrantes pudieron llevarse el botín y desaparecerlo. No suscita por tanto perplejidad alguna la materialidad de la ilicitud.

Frente al compromiso que les asiste a los encartados, pese a negar su compromiso en el mismo, las pruebas ofrecidas por la Fiscalía impiden pensar lo contrario, pues los testigos de las víctimas son claros, confiables y seguros al afirmar cómo ocurrieron los hechos, e igualmente dos de ellos –SILVIO DE JESÚS GAVIRIA GAVIRIA y EDWIN ANDREY GAVIRIA SARRIA- reconocen a los acá acusados como a tres de sus agresores, dos de los cuales son sus familiares y el otro un vecino, todo ello ratificado con los reconocimientos fotográficos efectuados, y su posterior señalamiento en juicio.

No obstante que la estrategia defensiva estuvo enmarcada en que sus clientes fueron responsabilizados por los anteriores problemas sostenidos con el señor SILVIO, ello no es admisible dado que esas confrontaciones ya se habían superado.

Frente a la exculpativa de HMG, al aducir que para ese día tenía una lesión en la pierna y no estaba en la Vereda por haberse trasladado al pueblo donde amaneció en casa de su hermano, los testigos no tienen la seguridad que cuando se acostaron a dormir, este no haya salido de la casa, y si presentaba una tal lesión en la rodilla que le impedía moverse, como se hizo ver en juicio, no se entiende cómo al día siguiente salió en la moto de su hermano ALBERTO por unos repuestos, lo que da pie para predicar que su lesión no era tan grave y esa noche pudo ir al escenario de estos acontecimientos. No obstante, de tener por cierto lo referido por los declarantes, no hay claridad acerca del día en que HMG bajó al pueblo para que le sobaran una rodilla.

En cuanto a los demás coprocesados –FMG y ECV-, los testigos solo indican que pudieron verlos en febrero 25 de 2015 en horas de la tarde, pero no en la noche, y como los declarantes son familiares de los mismos, tales versiones deben ser analizadas de manera especial, pues fácilmente tienden a favorecer a sus allegados, y del dicho de WILSON OSPINA lo único que se extracta es que el hecho sí existió, y aunque fue víctima no denunció por no estar interesado en asistir al juicio.

Los testigos de la defensa no lograron sembrar la duda en este caso, pues aunque se quería hacer ver a los enjuiciados en lugares distintos al de comisión del hecho, los declarantes traían una fecha aprendida -febrero 25 de 2015-, y presentaron inconsistencias que hacen dudar de su veracidad.

1.5.- Inconforme con esa determinación, el defensor del sentenciado apeló la decisión y manifestó que la sustentaría por escrito.

2.- Debate

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

En extenso escrito solicita se revoque el fallo adoptado para que en su lugar se emita una sentencia absolutoria a favor de sus defendidos, lo cual sustenta en lo siguiente:

Resalta la contradicción expresada en los dichos del señores SILVIO y WILSON frente a lo siguiente: (i) el momento anterior al ingreso a la vivienda de un individuo -iban a tomar un jugo o ya terminaban de comer-; (ii) el instante en que vuelven a salir luego de ser encerrados en un cuarto -a solicitud de SILVIO por sus ganas de orinar, que los bombillos los habían apagado, pero estaba “clarito” o cuando ya no sintieron ruidos, y estaba “oscuro”-; ese último dicho de SILVIO riñe incluso con lo dicho por su hijo EDWIN ANDREY y lo referido por la señora CECILIA SARRIA RESTREPO, con respecto a las bombillas, lo cual les hace perder credibilidad, como tampoco coincide lo sostenido por él frente a su esposa, en punto al diálogo que sostuvo con uno de los individuos para tomar un medicamento.

Estima que el a quo no valoró la totalidad de las pruebas arrimadas y cercenó el conjunto de las aportadas a juicio, en especial las de la defensa, en tanto ni siquiera efectuó pronunciamiento alguno en relación con aquellas que fueron objeto de estipulación y donde se advierten situaciones relevantes, en aquellas identificadas con los números 4, 5, 6, 7 y 11, con lo cual se trasgredió el mandato contenido en el canon 380 C.P.P. También dejó de valorar lo dicho por el testigo RAMÓN EMILIO AGUDELO, y con ello se aleja de la realidad, en tanto con este tenía insumos para la duda acerca de si **HMG** hubiese pasado esa noche en la moto por su casa, pero solo lo hizo una, y fue la de SILVIO.

Si bien el a quo en ejercicio de la sana crítica escogió la tesis de la Fiscalía, para fundamentar cerró los ojos ante realidades inocultables y llegó a conclusiones que desdibujan las exigencias legales para decidir, como lo pregona el numeral 4° del artículo 162 C.P.P., y con las contradicciones en que incurrieron SILVIO, EDWIN y CECILIA se puede decir, con base en las reglas de la experiencia, que mentían al equivocarse en situaciones puntuales, máxime que hay un tercero ajeno que da al traste con esas declaraciones.

En el fallo hay una cantidad de aseveraciones especulativas para fundamentar el mismo, al señalar: (i) que SILVIO sin vacilación los reconoció, cuando su relato fue incoherente e inseguro; (ii) que en los reconocimientos fotográficos de **HMG** y **HMG** fueron claramente reconocidos, lo que no tiene presentación pues son sus primos y se criaron juntos, y **ECV** es un vecino con el que se conoce hace mucho tiempo; (iii) el juez fue severo al criticar los testigos de la defensas, pero no obró igual con los de la Fiscalía; (iv) que la defensa quiere sacar a **HMG** cuando las pruebas demuestran que no estuvo la noche de los hechos en la Vereda; (v) que **HMG** tenía una lesión que no lo dejaba mover, sin saber de dónde soporta tal situación; y (vi) que los testigos de la defensa trajeron una fecha aprendida.

El a quo hace exigencias a la defensa que riñen con el principio de la libertad probatoria, al exigir un registro físico de la fecha en que **HMG** bajó al pueblo a ser atendido por el “sobandero”, y dejar de lado las demás pruebas que así lo acreditan, e igualmente sustenta la sentencia con hechos ajenos a la realidad, al referir frente a **FMG** y **ECV** que los testigos solo pudieron verlos en febrero 25 en horas del día, cuando lo que señalaron es haber visto a **ECV** a las 10:20 de la noche en su casa. Agrega que el juez no analizó en debida forma el testimonio del señor WILSON OSPINA ISAZA, pese a ser el único testigo que no tiene vínculo con las presuntas víctimas.

Finaliza su intervención con la afirmación que la motivación del a quo viola el debido proceso al no aplicar el beneficio de la duda a favor de sus representados, y así mismo aduce que la decisión es totalmente errada, alejada de los mandatos legales y constitucionales al basarse en premisas que no son ciertas, y además se incurre en errores de hecho por falso juicio de identidad al alterar el contenido objetivo del medio de prueba, distorsionarlo o tergiversarlo, y por falso raciocinio al asignarle a la prueba valores que vulneran las reglas de la sana crítica y de derecho por falso juicio de legalidad.

**2.1.-** Fiscalía -no recurrente-

Pide se confirme la sentencia proferida, lo cual soporta así:

Aunque el recurrente señala que el juez dijo en el sentido de fallo y en la sentencia que existían dudas en los testimonios y que en consecuencia, tal perplejidad debía resolverse a favor de los mismos, para la Fiscalía es claro que lo manifestado por el juez es que tales declaraciones eran dudosas, y por ende no se les podía dar credibilidad al observar en el curso del juicio que se intentó demostrar con testigos mentirosos que los acusados se hallaban en otro lugar cuando en realidad cometían el ilícito, sin que con dichas exposiciones se lograra derribar aquellas presentadas por la Fiscalía.

Dijo el recurrente que no se le dio crédito a lo estipulado, lo cual es totalmente equivocado, porque los problemas que han tenido las familias fue lo que originó que los procesados perpetraran la ilicitud con el fin de hacer aburrir a sus familiares vecinos y se fueran de su propiedad, sin contar con la valentía de la familia del señor GAVIRIA GAVIRIA, quien a pesar de continuas amenazas y asedios de la familia **MARÍN GAVIRIA**, se atrevió a contar la verdad. Y aunque en juicio se intentó decir que el hecho no había sucedido y que todo obedecía a la invención de SILVIO GAVIRIA, es claro que la conducta sí se cometió y que los acusados estuvieron presentes en el hecho.

Termina su intervención afirmando que con los testimonios de la defensa se pretendió establecer que los acusados no estaban en el lugar al momento de la comisión del delito, y que incluso uno de ellos no se hallaba ni siquiera en esa Vereda, pero la realidad procesal enseña que se acreditó que cuando la policía judicial hizo presencia en el sitio al día siguiente, estas tres personas se encontraban allí y ninguno de ellos cojeaba, como lo dijo el investigador. Considera por tanto que obran elementos materiales probatorios con los cuales se puede inferir más allá de toda duda razonable, que la conducta delictiva sí existió y que los acá acusados son responsables de la misma.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, el juez a quo 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 apropiadamente 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 determinar si la decisión de condena dictada en contra de los señores HMG, FMG y ECV, 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 el abogado recurrente.

**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 posibilidad 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.

El cuestionamiento formulado en la alzada por parte del letrado que asiste los intereses de los acusados, pasa por varios estadios: desde poner en duda la ocurrencia misma del latrocinio, hasta desconocer la prueba directa que existe en contra de sus representados. Para ello, censuró el análisis probatorio hecho en la instancia en cuanto dio valor a la prueba de cargo y desechó la de descargo, y con esa finalidad utilizó el método comparativo con miras a destacar que la prueba de la Fiscalía es contradictoria, en cambio la de la defensa no tiene tacha por ser todos los declarantes contestes en dos ejes temáticos centrales: (i) que el señalamiento de parte de la víctima tuvo origen en una antigua enemistad entre familias, es decir, que la acusación tiene explicación en una “venganza” de parte del señor SILVIO DE JESÚS GAVIRIA GAVIRIA en contra de los jóvenes **MARÍN GAVIRIA** no obstante el parentesco que los une -son primos entre sí-; y (ii) que al no tener el don de la ubicuidad sus patrocinados no podía estar en dos sitios a la vez, porque los declarantes los ubican en lugares distintos al de la vivienda de la víctima durante el tiempo en que según se afirma ocurrió el ilícito (entre las 8:00 p.m. del 25 de febrero de 2015 y las 01:00 a.m. del 26 de ese mismo mes).

Siendo así, al Tribunal le corresponde penetrar en ese análisis comparativo que propone la defensa, con miras a corroborar si es verdad el descrédito que se pregona de la prueba de cargo, y si a su turno la prueba de descargo es tan contundente como se afirma para desvanecer el señalamiento directo que se hace en contra de sus representados.

Antes de proceder en ese sentido, la Corporación debe indicar lo siguiente:

Como es sabido, en todo testimonio debe efectuarse un control por el aspecto OBJETIVO y un control por el aspecto SUBJETIVO. El primero comprende la idoneidad física, como capacidad y madurez intelectual no sólo permanente sino transitoria al momento de declarar, en relación con las circunstancias que rodean la percepción, y el objeto materia de la vivencia. Se toma aquí la declaración en sí, o en relación con otra del mismo sujeto o con otra declaración de diferente testigo -confrontación- (en palabras de Framarino Dei Malatesta: “se toma el testimonio en su contenido”). El segundo -control *subjetivo*-, comprende la idoneidad moral, que hace alusión al examen del INTERÉS que el testigo pueda tener en el proceso. Según el mismo Malatesta en su *Lógica de las Pruebas*: “para que el testigo tenga derecho a ser creído, es pues menester que no se engañe y que no quiera engañar”, y Pietro Ellero asegura: “Un testimonio legítimo e inconcuso es aquél que consiste en que él que lo preste no tenga INTERES en mentir. Ahora bien, presúmese este interés de todo aquél de quien puede suponerse que espera un beneficio o teme un daño, a consecuencia del resultado del proceso”. Pero además, se debe hacer un juicio sobre: 1. El aspecto FORMAL, que hace alusión a las ritualidades procesales que deben observarse con pena de inexistencia; 2. La CREDIBILIDAD del contenido, referido tanto a los hechos que el testigo afirma, como al modo en que dice los percibió; 3. La VEROSIMILITUD, que al decir del mismo Framarino es: “la conformidad del contenido del testimonio con lo que la experiencia nos indica como ordinario modo de ser y de actuar de las cosas y de los hombres”; 4. Los posibles ERRORES DE LA PERCEPCIÓN, que “no son producidos por condiciones particulares del testigo, sino que pertenecen por el contrario a su apreciación objetiva”; 5. La CERTEZA e INDUBITABILIDAD en el testigo; 6. La NO CONTRADICCIÓN, pues tiene que ser DETERMINADO, haciendo constar la causa de su conocimiento o la razón de su dicho; y 7. Su carácter de PERMANENCIA, pues no debe revestir contradicciones cuando la persona es llamada a declarar varias veces.

En el caso que nos concita, la defensa ataca el testimonio de la víctima secundado por otras pruebas que acompañan la acusación, tanto por el factor subjetivo (interés en mentir) como por el objetivo (imposibilidad de asegurar lo que afirman). Es así porque básicamente le achaca al señor SILVIO GAVIRIA que se inventó ese suceso criminoso con tal de enlodar a sus clientes y así “quitárselos de encima”, es decir, una maniobra bien orquestada con la confabulación de su familia.

Para poner en contexto la situación, el Tribunal dirá de entrada que los personajes involucrados, esto es, tanto víctimas como victimarios, son personas con escaso nivel de instrucción, apenas básica primaria, y dedicados a la agricultura, con lo cual, se descarta en ellos algún conocimiento ilustrado en temas jurídicos que les permitiera elaborar una escena como la que aquí se describe, con miras a obtener falsamente una privación de la libertad de quienes considera sus enemigos.

Ni por asomo se observa, dígase de una vez, que el señor SILVIO GAVIRIA hubiera craneado este episodio y pusiera a sus parientes cercanos a mentir para lograr que a los hermanos **MARÍN GAVIRIA** los detuviera la autoridad y así evitarse los problemas que de antaño se han presentado. Veamos:

Dentro del expediente se encuentra establecido, sin lugar a discusión alguna: (i) que entre el señor SILVIO y los hermanos **HMG y HMG**, existe una relación de parentesco -son primos hermanos porque los citados acusados son hijos de una hermana de la mamá del señor SILVIO-, y que se criaron juntos en la misma Vereda Costa Rica del Municipio de Mistrató (Rda.); (ii) que entre ellos se suscitaron diversos inconvenientes desde hace ya muchos años, pero no solamente entre el señor SILVIO con **HMG** y **HMG**, sino también entre aquél y los restantes hermanos de estos -NELSON y ALBERTO-, e incluso hasta con el padre de los aquí comprometidos de nombre CARLOS JOSÉ MARÍN; y (iii) que los problemas empezaron por la partición de un terreno con la cual quedó inconforme la madre de los **MARÍN**, y a partir de allí hubo controversias por temas de linderos, una servidumbre de tránsito que existe en el lugar, y una cerca eléctrica que puso SILVIO alrededor de su predio.[[1]](#footnote-1)

Hasta allí podría pensarse que le asiste razón al señor defensor cuando afirma que en cabeza de la víctima GAVIRIA GAVIRIA se cierne un INTERÉS PARA MENTIR que lo tornan en testigo inhábil para sustentar la acusación, pero ocurre que una apreciación así tan plana como se presenta no es verídica y vamos a explicar por qué:

El señor SILVIO ha negado que estos cargos en contra de los procesados tengan alguna relación con los problemas suscitados entre ambas familias desde hace ya bastantes años, y que si se atreve a acusarlos es porque en verdad fueron ellos en compañía de otras cinco personas las que estuvieron en su casa esa amarga noche en la que sucedió el asalto.

Y todo indica que así es, porque si se mira el conjunto probatorio se hallará que a excepción de un solo declarante, concretamente NELSON MARÍN, todos los restantes testigos, no solo los de la Fiscalía sino también los de la defensa incluido el propio coacusado **HMG** cuando hizo dejación de su derecho a guardar silencio, son coincidentes y uniformes al asegurar que esos problemas YA HACÍAN PARTE DEL PASADO, es decir, YA SE HABÍAN SUPERADO HACE TIEMPO, concretamente desde el momento en que llegaron a la Vereda tanto la Inspectora como el Personero a conciliar la situación, y luego de indicar la forma de solucionar el tema de los cercos eléctricos, a ello procedió el señor SILVIO y no hubo más inconvenientes con eso.

Pero en forma incomprensible y muy a pesar de lo categórico de la anterior aseveración, se pretendió poner en conocimiento por la defensa unos hechos sucedidos pocos días antes de la celebración del juicio, consistente en unas ramas de un palo de limón y unas guaduas que fueron cortadas y dejadas atravesadas en el camino (entiéndase servidumbre de tránsito), como queriéndose poner en entredicho esa paz que ya existía entre los colindantes para achacarle ese proceder a quien figura como víctima y desestimar su testimonio. Pero se pasa por alto que el mismo señor SILVIO puso de presente que no fue él la persona que cortó esa ramas, ni mucho menos tenía interés en dejarlas atravesadas para impedir el paso de los transeúntes. Afirmación esta que no fue desmentida porque ninguno de los testigos se atrevió a asegurar que fue en verdad el señor SILVIO el autor de un tal proceder. De todas maneras, sea como fuere, es lo cierto que si ello ocurrió fue con posterioridad a que estos hechos de hurto se registraran, y por lo mismo ninguna incidencia tiene en el asunto que se debate.

Lo que se observa es que si en realidad hubo contratiempos entre las familias, los que estaban ofendidos con SILVIO eran los aquí acusados, y no a la inversa, es decir, SILVIO con ellos, por una razón elemental: quien puso el cerco eléctrico, o quien impedía supuestamente el paso, era el señor SILVIO, con lo cual los disgustados eran los integrantes de la familia **MARÍN** y no la persona que aquí figura como víctima. Tanto es así, que fue la señora EMILSEN MARÍN -hermana de los acusados y testigo de la defensa- quien lo aseguró de esa forma cuando sostuvo que sí hubo una situación que les dolió mucho a sus hermanos y fue porque una de esas cerca eléctricas de SILVIO tocó al papá de ellos cuando subía mojado y a raíz de eso le cortaron varias veces la cerca al señor SILVIO. E igualmente se destaca, que el señor fiscal le preguntó al procesado **FMG** que si ambas familias tenían dificultades entre sí, entonces por qué se asegura que la acusación es falsa que porque provino de una “venganza”, cuando bien pudo ser al contrario, es decir, que al señor SILVIO lo asaltaron en su vivienda precisamente a consecuencia de una retaliación en su contra, y el testigo luego de pensar por un momento, lo que se le ocurrió decir es que en realidad no creía que ese hurto hubiese ocurrido, pero en momento alguno negó la contundente aseveración que le formuló el señor fiscal.

Con fundamento en todo lo anterior, habría que concluir alguna de las siguientes dos cosas: o los problemas ya no existían para ese momento porque ya se habían superado, o si todavía existían los realmente ofendidos eran los **MARINES** y no el señor SILVIO.

Se desvanece por tanto toda aseveración consistente en que el señor SILVIO se hubiera inventado semejante cuento para atropellar los intereses de los jóvenes aquí comprometidos, a consecuencia de los problemas suscitados en otrora entre esas dos familias, no solo porque como ha quedado dicho esos problemas ya eran parte del pasado, sino principalmente porque son los mismos testigos de la defensa quienes vinieron al juicio a sostener que ese hurto sí se presentó. Basta referir que uno de ellos, concretamente el joven WILSON OSPINA ISAZA conocido como “Niño”, lo vivió en carne propia. Sobra sostener que a nadie se le pasaría por la mente poner en escena a unos delincuentes armados en su propio hogar, a riesgo de atentar contra la vida de sus seres queridos, porque recordemos que allí estaba la señora y los hijos del señor SILVIO, incluida su hija menor por la que en un momento determinado se tuvo el temor que la pudieran violar porque preguntaron que dónde quedaba la habitación de la niña. Es decir, todo un episodio escabroso que lo único que generó fue pánico en esa familia y desde luego la pérdida de los bienes con la potencial afectación de sus integridades físicas.

Puede asegurar la Sala incluso, que la discusión que plantea la defensa es manifiestamente inane, si en cuenta se tiene que la determinación de los móviles de un crimen no son requerimiento indispensable para la acreditación judicial de un hecho criminoso, como quiera que los mismos pueden quedar ocultos. Muy a pesar de ello, aquí está claro que, además de una posible retaliación de los hermanos **MARÍN** en contra del aquí ofendido, de por medio está la circunstancia según la cual, precisamente ese día el señor SILVIO había acabado de llegar de Belén de Umbría de vender un ganado, y muy seguramente quienes ingresaron violentamente a su casa lo sabían. Y el deseo era por supuesto apoderarse de los bienes de todos los presentes, porque ninguno de ellos se salvó de perder algo, ya que al que mejor le fue perdió al menos el celular. Eso sin dejar de mencionar que los sujetos que se hicieron presentes esa noche en la vivienda asaltada se dedicaron a fumar marihuana, pues dejaron pasado el lugar a ese olor.

Vale la pena decir que la defensa utilizó varios argumentos para intentar desequilibrar la verticalidad del dicho del afectado en cuanto a la real ocurrencia de estos hechos, a saber: (i) que la víctima sostuvo que se le habían robaron unas mulas y una moto, pero al final de cuentas extrañamente las recuperó al poco tiempo; (ii) que cuando los cacos llegaron le ordenaron que se tirara al piso, pero él se negó a hacerlo; sin embargo, sí permitió que lo requisaran; (iii) que resulta igualmente extraño que no le comentara a sus vecinos la realidad de lo ocurrido y la identidad de los responsables tan pronto tuvo ocasión de salir de su vivienda; y, por último (iv) el manifestar que a su esposa le dijo uno de los asaltantes que si se quería tomar un medicamento porque la notó muy asustada y sufre de la presión alta, y que ella le dijo que sí; no obstante, cuando a ella se le interrogada al respecto negó tal circunstancia. Pero sucede que todo ello tiene una explicación razonable. Obsérvese:

Efectivamente tanto las mulas como la motocicleta fueron hurtadas, lo que ocurre es que los antisociales las abandonaron poco tiempo después. Y es así porque no cabe duda que dos de los testigos, uno de la Fiscalía (el señor ABELARDO hermano de la víctima) y otro de la defensa (el joven WILSON conductor que lo acompañó), dieron fe que cuando salieron a eso de las 2:00 de la madrugada tan pronto lograron salir de la habitación en donde los tenían encerrados y vigilados, se aprestaron a desplazarse en el vehículo que no se habían llevado los delincuentes, y en el camino se tropezaron con esas mulas, es decir, que esos animales quedaron sueltos y buscaron volver al predio del señor SILVIO. Y en cuanto a la motocicleta, el ofendido explicó que la novia de su hijo tuvo noticias de su paradero y fue a recuperarla previo aviso al Sargento que atendió el caso.

En cuanto a que le parece a la defensa extraño que quien dominó la escena fue el señor SILVIO y no los atracadores, eso en realidad no es así, porque la secuencia de lo sucedido enseña que esos sujetos hicieron presencia haciéndose pasar como autoridad. Concretamente dijeron que estaban buscando a un tal CARLOS ALBERTO JIMÉNEZ que era muy peligroso, y al pedirle al aquí denunciante que se tirara al piso, no le encontró sentido a esa exigencia, a consecuencia de lo cual no cumplió lo ordenado pero sí les dijo que si querían bien pudieran lo requisaban para que constataran que no tenía armas en su poder. Fue más tarde que se enteraron que la presencia no era de la autoridad sino de atracadores, porque les exigieron que dejaran todas las pertenencias encima de la mesa y hasta los desvistieron, para a continuación llevarlos hacia un cuarto en donde permanecieron vigilados todo el tiempo por un sujeto armado, y escuchaban que revolcaban toda la casa en busca de las cosas que se iban a llevar, no sin antes preguntar por el dinero y por las armas que allí guardaban.

Es igualmente comprensible que el señor SILVIO no le contara a sus vecinos luego de ocurrido el ilícito que entre los asaltantes estaban los hermanos **MARÍN**, en particular al testigo de la defensa RAMÓN EMILIO AGUDELO ARROYAVE con quien conversó al día siguiente. Ello, porque tal como lo explicó el afectado, él se limitó a contarle la verdad únicamente a la policía al momento de poner la denuncia, y a un primo de nombre DISLEY, ya que era su compadre y la persona que le ayudaba a llevar la hija al colegio; es decir, que no quería generar aspavientos que pudieran poner en riesgo la investigación que ya se estaba adelantando. Y lo dicho es verdad, porque la víctima madrugó a poner la denuncia y de allí efectivamente se sobrevino el registro de los gendarmes tanto a la casa de la familia **MARÍN** como a la finca del señor GONZALO que era el patrono de **ECV,** justo al día siguiente 26 de febrero. Así que, el diálogo que sostuvo el señor SILVIO con el testigo RAMÓN EMILIO, solo tenía por finalidad saber si este vecino tenía algún conocimiento acerca de la ruta que habían seguido las mulas y la motocicleta o cualquiera otro dato que pudiera serle útil, y nada más.

Por último, la afirmación según la cual la esposa del señor SILVIO -CECILIA SARRIA RESTREPO- lo desmiente cuando dijo que ella no se iba a tomar ningún medicamento, no es atendible porque a esta testigo nunca se le hizo la pregunta adecuada al respecto, ya que si bien se le indagó respecto a si había o no tomado medicamentos a causa de ese episodio, la realidad procesal enseña que a ella ni en el interrogatorio directo ni en el contrainterrogatorio, se le preguntó concretamente si alguien de los allí presentes le había ofrecido que tomara alguna pasta o medicamento y de ser así quién. Nótese que la pregunta que le hizo el fiscal fue bien vaga y general: ¿a usted le dijeron algo esas personas?, y ella respondió: “no señor, ellos no me dijeron nada”. Se pregunta la Sala: ¿NADA DE QUÉ?. E igualmente: ¿tuvo que tomar algún medicamento?, y responde: “no, no señor”. Se pregunta la Sala: ¿CUÁNDO, EN QUÉ MOMENTO, DURANTE EL HECHO O DESPUÉS DEL MISMO? Es obvio que si la defensa quería una pregunta no tan genérica sino más precisa que colmara su inquietud en cuanto a contradicciones, lo que le correspondía hacer era preguntarle lo que en realidad tenía que preguntársele, nada diferente a saber si alguno de los maleantes le había preguntado si ella requería tomar algún medicamento, y si en consecuencia ella se lo tomó?; empero, una tal pregunta concreta nunca se le formuló, y por tanto queda la incógnita acerca de si en caso de habérsele formulado la pregunta en forma correcta y específica, muy seguramente la declarante habría podido recordar y ofrecer alguna explicación razonable en ese sentido.

En definitiva, nadie puede negar que los testigos de cargo fueron totalmente sinceros, o si no, mírese que el señor ABELARDO, hermano de SILVIO, puso de presente que esa noche a él le arrebataron una cadena con un dije en forma de cruz, pero a continuación aclaró que esa cruz luego la encontró en el interior del vehículo, y que no se trataba de elementos valiosos, porque no eran de oro sino apenas de plata. E igualmente indicó que el carro estaba intacto, que no se le perdió nada ni presentó daño alguno. Y el mismo señor SILVIO no dudó en asegurar que lo del valor de sus pertenencias -estimadas en aproximadamente siete millones doscientos mil pesos- era lo de menos, cuando aquí lo importante y la razón de ser de su denuncia era la afectación que ese hecho violento le generó a su familia, motivo por el cual considera que tiene que hacerse justicia en este caso, y muy a pesar de ser los denunciados sus parientes debe procederse como corresponde, aún a costa de su propia vida.

Lo que sigue es por tanto establecer si de conformidad con la prueba de cargo, analizada en confrontación con la de descargo, tiene mérito o es confiable el señalamiento que se hace de manera directa en contra de los aquí procesados. Y para ello no puede decirse nada diferente por parte del Tribunal, que los argumentos expuestos por el señor juez de instancia para darle crédito a la narración del ofendido y de su familia, son tan fuertes que incluso algunos de ellos ni siquiera son atacados por el recurrente porque la mayor parte de las intervenciones del letrado estuvieron dirigidas a pretender imponer a toda costa el contenido de los testigos de descargo, sin parar mientes en que un análisis de cada una de las piezas probatorias de la defensa tanto de manera individual como en forma comparativa o de conjunto, llevan a sostener que no ameritan confiabilidad, y se explica:

El funcionario a quo consideró, con total buen tino, que si el interés del señor SILVIO era mentir para involucrar falsamente a sus parientes, no se entiende que también haya señalado a **ECV** -conocido como “coscorria”- quien no posee ningún parentesco con él y no tenía nada que ver con esos problemas entre familias, pues simplemente es un amigo de los **MARÍN** sin compromiso directo en las dificultades de linderos y demás. No obstante, respecto a este argumento del juzgado, la defensa guarda silencio quizá por una sencilla razón: eso es inexplicable a la luz de su teoría del caso.

También sostuvo el a quo, que si la idea era involucrar a como diera lugar a los hermanos **HMG** y **HMG**, entonces tampoco se entendería por qué no aprovechó para echarle el agua sucia igualmente a los restantes hermanos y al padre de éstos con quienes igualmente ha tenido problemas, porque la oportunidad era propicia dado el número de personas asaltantes. E incluso, agregó el juzgador, que muy por el contrario, atreverse el señor SILVIO a vincular a un proceso penal a estos jóvenes, lo único que le traería era más problemas, porque los restantes hermanos y el papá iban a reaccionar en forma agresiva como estaban acostumbrados a hacerlo, tal cual sucedió en otras ocasiones y con otras personas, como fue el caso sucedido con los señores QUERUBÍN y MARTÍN a quienes hicieron ir del pueblo. Y frente a todo ello lo único que indicó el defensor es que no obró así porque SILVIO sabía que los únicos que estaban en esa casa eran **HMG** y **HMG**, pero es que esa explicación que ofrece la defensa, además de ser una mera especulación de su parte, no sirve para superar el contundente argumento del fallador.

No obstante ser esas reflexiones por parte de la primera instancia suficientes, a juicio del Tribunal caben estos otros argumentos adicionales:

Fácil le quedaba al señor SILVIO motivar a su esposa CECILIA y a su hermano ABELARDO, e incluso a su tía MARÍA NELSY, para que lo acompañaran diciendo que entre los asaltantes estaban sus primos **HMG** y **HMG**, pero ya se sabe que no fue así porque la esposa, el hermano y la tía, en un acto de total sinceridad, se limitaron a sostener que ellos sí fueron víctimas de un asalto pero que no tuvieron la oportunidad de reconocer a ninguno, aunque tanto la esposa como el hermano si describen al que entró de primero con dos armas en las manos, de quien aseguran era mono y tenía una cortada en el rostro, pero que no podían ofrecer datos personales porque no sabían de quién se trataba. Así que, el único que corrobora la versión del señor SILVIO acerca de la presencia tanto de **HMG** como de **HMG** y de **ECV** en la escena del delito**,** es EDWIN, su hijo mayor, y eso porque al igual que este tuvo la ocasión de estar en el lugar apropiado y en el momento preciso para poderlos divisar, porque aquellos permanecían resguardados en las afueras de la casa.

Y si así fue, como resulta indiscutible, no se puede poner en duda que los sendos reconocimientos fueron fidedignos porque provienen de personas que tenían el conocimiento suficiente para identificarlos; tanto así, que el propio defensor no duda en sostener que incluso los reconocimientos fotográficos sobraban, ya que sus clientes eran suficientemente conocidos por los testigos de cargo.

Antes por el contrario, los que sí generan desconfianza son los dichos del testigo de la defensa WILSON OSPINA. Personaje que dio pie para que el defensor sostuviera que le causaba extrañeza que esta persona no fuera presentada por la Fiscalía al juicio cuando, en su criterio, se trataba del declarante “más confiable” por ser el único de las víctimas que no era familiar de SILVIO. Pero olvida el señor defensor que el citado deponente no tiene nada de confiable, por múltiples razones: La primera de ellas, es que se negó a declarar y le dijo a la familia GAVIRIA que por favor no lo mencionaran, lo cual es cierto porque el mismo deponente así lo admitió en la audiencia. Fue eso y nada diferente lo que motivó que a las autoridades no se les expresara su nombre como parte de las víctimas, es decir, se cumplió lo que él pedía, o sea permanecer a la sombra porque siempre dijo que si ya le habían robado para qué más vueltas, que con eso no ganaba nada; pero además, hizo énfasis en el miedo que esta situación le generó. Luego entonces, la Sala no duda en calificarlo como un testigo hostil que evidentemente no estaba dispuesto a señalar a nadie, porque ni siquiera se atrevió a decir que quien llegó primero con armas en las manos era un mono con la cara cortada, no obstante que lo tuvo de frente por espacio de varias horas, no solo en la sala de la casa sino en el cuarto mientras los vigilaba, a cuyo efecto simplemente dijo que: “del susto ni lo miré”. Incluso para no señalar a los restantes copartícipes, igualmente se limitó a decir que si bien afuera sí había más personas -recuérdese que el testigo de la defensa URIEL DE JESÚS CASTAÑEDA TEJADA, que es amigo de WILSON y a quien según cuenta le contó lo sucedido, igualmente manifestó que le escuchó decir a WILSON que los ladrones eran como cinco-, no las reconoció que porque “eso allá estaba muy oscuro”; lo cual no es cierto, como quiera que según lo refirieron los restantes testigos de cargo, en particular la esposa de SILVIO, unos bombillos estaban prendidos y otros apagados, pero de todas formas “se veía clarito” porque había luz de luna, así que si la realidad enseña que el citado WILSON no los quería identificar, ello no significa que los restantes no los hayan logrado reconocer en el momento y en las particulares circunstancias en que cada uno lo afirma, en concreto tanto el señor SILVIO como su hijo EDWIN. Con mayor razón cuando tales situaciones de visibilidad y distancias fueron debidamente constatadas y confirmadas mediante inspección judicial llevada a cabo por los investigadores de policía judicial, quienes se hicieron presentes en el inmueble donde se perpetró el hurto según lo informó en juicio el oficial JHON EDI ESPINOSA DÍAZ.

Toda esa contundencia no se desvanece en modo alguno con las aseveraciones consistentes en que: (i) SILVIO dijo que estaba apenas empezando a tomarse un jugo, y WILSON que ya estaba terminado de comer cuando apareció esta gente; y (ii) que SILVIO afirmó que salió hacia el baño e hizo los reconocimientos, en tanto WILSON que solo él pudo salir que porque querían hacerle una requisa más exhaustiva. Porque quiérase o no, el defensor no puede negar que es un hecho cierto que hurto sí existió, y que esos maleantes sí llegaron, independientemente de si lo hicieron cuando uno tenía un trago de bebida en la boca, o el otro ya había terminado el plato; es un dato absolutamente irrelevante frente a la realidad del suceso. Además, que salió uno o el otro y en qué momento, es elemental entender que allí permanecieron muchas horas y que salga un momento uno u otro para las necesidades fisiológicas o por exigencia de quienes los cuidaban, nada tiene de extraño.

Al tener claro el Tribunal, como igualmente lo tuvo el señor juez, que el delito sí existió y que no se trató de ninguna inventiva de la víctima con miras a acusar falsamente a los colaterales **HMG** y **FMG**, lo que resta es analizar si la prueba de descargo tiene mérito suficiente para quebrar de alguna manera los términos de la acusación. Y en ese sentido se tiene:

Causa al menos curiosidad que para cimentar la coartada de la no presencia en la escena del crimen de parte de los aquí comprometidos, a NELSON MARÍN -hermano de **HMG** y de **HMG**- lo ubican en vivienda de la hermana EMILSEN con miras a ponerlo justo enseguida de la casa de **ECV,** porque se sabe que ambos -EMILSEN y **ECV**- viven a escasos 50 metros**,** y de ese modo intentar justificar que ellos dos -NELSON y **ECV**- se la habían pasado por un espacio aproximado de tres horas en el andén de la residencia de **ECV** viendo videos en el celular, tiempo que se quiere hacer coincidir con el momento en que empezó a ejecutarse el hurto en la casa del señor GAVIRIA. En tanto, a **HMG** lo refieren toda esa noche en la casa del hermano ALBERTO que se encuentra en la cabecera municipal de Mistrató. De igual modo, tanto a **HMG** como a **HMG** los describen con graves padecimientos de salud también durante el tiempo de ocurrencia del ilícito, es decir, que estaban supuestamente en imposibilidad absoluta de realizar desplazamientos con miras concurrir al episodio delictual.

Nada de eso es creíble para la Corporación, porque se repite, no solo en un examen individual de cada prueba, sino en una revisión conjunta, salen mal librados, y no propiamente por aspectos nimios, sino por situaciones de peso que llevan a pensar que si en realidad esos relatos alguna vez pasaron, no lo fue para el tiempo que se asegura, ni impiden sostener que para el instante del hurto estaban presentes en la vivienda de la víctima.

Las situaciones sustanciales que no encajan en esos testimonios y que aniquilan el poder de convicción que se les quiere dar, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

No alcanza a comprender el Tribunal cómo es posible que una persona que teniendo una lesión grave, gravísima en su rodilla, que incluso “se extendía pierna abajo” como lo refirió el señor HUMBERTO ANTONIO GRISALES MONTOYA conocido como “Pan Viejo”, quien es el sobandero experimentado del pueblo, persona que incluso añadió en forma coloquial que **HMG** no estaba en condiciones de caminar porque: “uno brincando en una sola pata que va a hacer uno”, y tuvo que ser llevado y traído de la mano de terceras personas, primero por “Caliche” y luego por ALBERTO, se atreviera a conducir en tan precarias condiciones de salud una motocicleta.

No cabe señalar como lo hace la defensa, que **HMG** salió caminando de su casa hasta la de su hermana para que el esposo de esta -“Caliche”- lo trasladara a Mistrató, porque ya se sabe que supuestamente -según se dice por los testigos de la defensa- se demoró mucho tiempo para llegar, y entonces seguramente le tocó hacerlo “brincando en una pata” conforme lo describió el curandero, amén de que quizá también para ese momento recibió la ayuda de terceras personas. Extraña situación si se coteja con la información procesal según la cual, al momento en que la policía hizo presencia en la Vereda Costa Rica el 26 de febrero, allí estaban los tres comprometidos sin que ninguno de ellos estuviese cojeando.

Y que montó en moto a pesar de tan grave lesión, no hay duda, porque según lo manifestado por el citado ALBERTO MARÍN –colateral presentado por la defensa al juicio-, cuando estaba en Mistrató y escuchó la noticia de la presencia de la policía en la Vereda Costa Rica, ahí mismo llamó a **HMG** quien se había ido en su moto a comprar unos repuestos (textualmente dijo: “de inmediato llame a **HMG** porque no hacía nada había salido en la moto a la plaza”), y le pidió que se devolviera urgente. Y que cuando llegó, **HMG** le dijo que si eso era así que entonces le prestara ese aparato que él se iba solo hasta la Vereda, a lo cual ALBERTO le dijo que no, que mejor se fueran juntos, e incluso se llevaron a la niña a bordo cargada en las piernas de **HMG**.

El señor CARLOS ENRIQUE CASTAÑO VERA conocido como “Caliche”, cuenta que llevó a **HMG** donde el sobandero del pueblo en la mañana del 25 de febrero, y que a raíz de eso **HMG** se cambió el pantalón que llevaba, se puso una pantaloneta, y: “no se volvió a poner el pantalón sino que lo empacó en un bolsito”. Muy por el contrario, cuando se le interroga al señor ALBERTO acerca de qué ropa tenía puesta **HMG** cuando se encontraron al medio día de ese 25 de febrero, es decir, luego de que el citado “Caliche” ya lo había llevado esa mañana donde el sobandero, sostiene que **HMG** llevaba un pantalón puesto que se le veía muy apretado porque la pierna la tenía demasiado hinchada.

Puede asegurarse que la presencia de **HMG** donde el sobandero, fue en criterio de la Corporación un intento de explicar el hecho de que a **HMG** no lo llevaran al médico si estaba tan mal, bajo el entendido que en los pueblos lo que se acostumbra es ir primero donde un tegua, y él dice si se debe remitir o no al médico. Pero resultó ser una salida en falso, porque si se le cree a la versión ofrecida por el afamado sobandero, entonces no se sabe cuál de los tres está más confundido, si ALBERTO, “Caliche”, o “Pan Viejo”, o los tres al mismo tiempo, porque mientras aquéllos sostuvieron a pie juntillas que primero fue “Caliche” quien llevó a **HMG** donde “Pan Viejo” en la mañana del 25 de febrero -precisamente el día en que ocurrieron los hechos que se juzgan-, pero que la segunda vez, o sea en la tarde de ese mismo 25 de febrero, quien lo llevó fue ALBERTO y no “Caliche”, sucede que el curandero juró que las dos primeras veces quien llevó a **HMG** fue “Caliche” y que allí no estuvo ALBERTO. Se pregunta la Sala: ¿quién entonces fue el que llevó a **HMG** a que lo sobaran justo terminada la tarde de ese comprometedor miércoles 25 de febrero?

El citado “Pan Viejo” incluso se contradice a sí mismo, porque aunque aseguró que a su negocio llevaron a **HMG** en muy malas condiciones, y que eso lo recuerda muy bien porque tiene una libreta en donde únicamente anota a los clientes “que le han quedado mal” o aquellos otros “que presentan situaciones muy graves y debe hacerles seguimiento”, motivo por el cual los tiene muy presentes. A renglón seguido cuando se le pregunta qué personas le deben dinero, dice que no recuerda a ninguno, y que lamentablemente tampoco había traído al juicio la referida libreta para corroborar sus dichos.

Pero para mayor perplejidad, se pone en juego a varios testigos para intentar corroborar los dichos tanto de “Caliche”, como de ALBERTO y la esposa de este LUZ IRENE CASTAÑO SUAZA. Nada diferente que a MARCO JULIO FLÓREZ OSPINA -socio del señor ALBERTO MARÍN- y a NINFODORO SUÁREZ HERNÁNDEZ -quien ha tenido negocios con el mismo ALBERTO-. Pero sucede que FLÓREZ OSPINA, muy a pesar de haber referido que ese hecho de la presencia de **HMG** con un pie malo en Mistrató lo recuerda porque fue en la fecha del cumpleaños de su hija, quedó establecido que la hija de este testigo cumplió años pero el 23 de febrero, es decir, dos días antes de la ocurrencia del hurto que aquí se investiga. Y, por su parte, el testigo NINFODORO, quien supuestamente los acompañó en una cafetería precisamente esa noche del 25 de febrero, de la cual salieron como a las 8:00 u 8:30 p.m. (o sea justo cuando empezaba a ejecutarse el hurto), dijo que apenas vio llegar a **HMG** con su rodilla en muy mal estado, tanto que no podía caminar, le expresaron que estaban buscando una persona que lo pudiera sobar, y a consecuencia de ello fue él quien les dio la idea que lo llevaran donde un componedor conocido con el apodo de “Pan Viejo”; situación desde luego salida de contexto, porque ya se sabe que para ese momento a **HMG** supuestamente ya lo habían llevado dos veces donde el referido personaje. Y para acabar de rematar, añadió que al día siguiente ya se enteró que a estos muchachos los tenían metidos en un problema de un hurto, lo cual es falso, porque ese día no se podía haber enterado de tal cosa, porque para ese momento apenas el señor SILVIO había puesto la denuncia, y ya se sabe que ni él ni la policía quisieron comentar nada frente a terceros mientras se adelantaban las primeras pesquisas, ni siquiera al propio señor ALBERTO quien según se dice subió con **HMG** hasta la Vereda precisamente para averiguar a ese respecto y no le comentaron nada -los policiales- en ese sentido, como el mismo ALBERTO lo afirmó en su testimonio.

En fin, la exculpativa que se esgrime a favor de **HMG** no cuadra. Y eso sin contar que al parecer no tenía forma de salir de la casa de su hermano donde supuestamente durmió ese 25 de febrero, que porque la esposa de ALBERTO acostumbra siempre dejar la puerta con llave, y no hay forma de abrir ya que esas llaves quedaban sujetas al pantalón de ALBERTO. Pero tal como lo adujo el señor juez de instancia, se supo que las llaves de este fueron las que utilizó la esposa para cerrar la puerta, y no son las únicas que existen, porque ella tiene otras llaves que deja guardadas en un cajón.

Y si todo eso cabe decir del caso de **HMG**, qué no podrá decirse de lo de **HMG** y **ECV.** Porque de **HMG** se llegó a afirmar que estaba muy enfermo justo ese día en que se realizó el delito, que porque le dolía mucho el estómago y presentaba diarrea; empero, no obstante tan precarias condiciones, trabajó todo el día, y siendo así, entonces nada impedía que pudiera estar en horas de la noche en casa del señor SILVIO, con mayor razón cuando ninguno de los testigos que declaran a su favor -la hermana EMILSEN MARÍN, el cuñado CARLOS ENRIQUE CASTAÑO VERA “Caliche”, el tío ARGEMIRO MARÍN RESTREPO, y el patrono LUIS GONZAGA SUÁREZ RESTREPO- estaban en condiciones de decir qué hizo él en horas de la noche de ese 25 de febrero de 2015. Y para el caso de **ECV,** lo que se dice es que no pudo cometer el delito que porque permaneció afuera en el andén de su casa viendo videos del celular en compañía de NELSON hermano de **HMG** y de **HMG**; situación acomodaticia que tampoco cala, porque ya sabemos que tanto EMILSEN MARÍN -hermana de los acusados- y su compañero “Caliche”, solo dan fe que vieron a **ECV** en esa casa a las 7:00 p.m. y luego a las 10:00 p.m. de ese 25 de febrero, pero no se sabe qué pasó entre esas dos horas o después de las 10:00 de la noche, cuando es sabido que el delito que aquí se juzga se extendió entre las 8:00 p.m. y la 01:00 a.m. Es decir, que **ECV** tuvo tiempo suficiente de hacer presencia con posterioridad en la casa de SILVIO GAVIRIA, porque una situación no se opone a la otra. De ese modo, la única persona que podía dar fe que estuvo todo ese rato con **ECV** era NELSON, y sucedió que cuando éste declaró, incurrió en severa confusión, porque lo traicionó el subconsciente y en vez de decir que esa noche era el 25 de febrero, lo que aseguró es que eso había sucedido en el mes de diciembre. O sea, un testigo no apto, porque cuando se le pidió una explicación a ese respecto, lo que sostuvo es que se le trababan las cosas y ha tenido problemas por eso; así que quién sabe entonces cuándo es que estuvo con el citado **ECV** mirando videos en el andén de su casa.

Finalmente, no podemos pasar por alto que el letrado se duele que el juez de instancia no tuvo en consideración las pruebas que fueron estipuladas, y que si las hubiera tomado en consideración muy seguramente otra hubiese sido la decisión judicial. Pero no lo considera así la Corporación, porque como bien se observa, los elementos de convicción estipulados hacen alusión a pruebas recopiladas acerca de las dificultades que tuvieron durante mucho tiempo ambas familias, lo mismo que datos obtenidos a inmuebles con miras a dar firmeza a esa cadena de episodios, situaciones todas ellas cuya existencia nunca se ha negado y que ameritan el análisis que ya se ha dejado consignado. Pero para ser más precisos, ya que la defensa enumera cada una de ellas, hay lugar a decir que: (i) si el señor SILVIO se negó a firmar una determinada acta de conciliación, eso no trasciende en cuanto todas las demás si fueron suscritas por él; (ii) el querer cerrar el paso en su servidumbre a la madre de los MARÍN, doña ELY GAVIRIA, eso nada cambia las cosas, porque ya se sabe que esa era la raíz del problema; (iii) aquello de que un sobrino lesionó con la moto al padre de los MARÍN, es absolutamente irrelevante, no solo porque es una conducta que no se le puede achacar al señor SILVIO, sino que se parte del entendido que se trató de un comportamiento culposo en hecho de tránsito y por lo mismo circunstancial u ocasional; (iv) videos y fotos acerca de cercas eléctricas, palos y guaduas, nada nuevo aportan al caso; (v) que los **MARÍN** nunca han reaccionado agresivamente por las cosas que ha hecho SILVIO, que son personas tolerantes y que le huyen a los problemas, eso no es verídico, cuando son los mismos testigos de la defensa quienes admitieron que efectivamente ellos sí reaccionaron frente a todo eso cortándole los cercos y los broches a SILVIO; e incluso el hijo de este, EDWIN, puso de presente la forma como lo trataban cuando les pedía que por favor cerraran la cerca; en fin, sobran palabras al respecto; y (vi) ¿belicoso el señor SILVIO? pues que se sepa los problemas que ha tenido son única y exclusivamente derivados de esa inconformidad con los linderos, a diferencia de lo que sí se llegó a asegurar de los **MARÍN** en cuanto a otras dificultades que han tenido en el pueblo.

Ante la contundencia de todo lo expuesto, la Colegiatura concluye que no hay alternativa distinta a confirmar el proveído objeto de apelación, en cuanto la determinación del juez a quo se encuentra ajustada a derecho.

ANOTACIÓN FINAL

Los integrantes de esta Corporación no entendemos la razón por la cual el titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Rda.), mediante una decisión de habeas corpus de segunda instancia -por medio de la cual revocó la que válidamente había proferido el Juez Segundo Promiscuo Municipal de ese mismo municipio-, sacó de prisión a los aquí sentenciados y los envió para la casa no obstante saber que se encontraban cumpliendo una pena legalmente impuesta en sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató (Rda.), e incluso uno de ellos -**ECV-**, según se informó con posterioridad a esta Sala, estaba para ese entonces a órdenes del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de La Dorada (Cdas.), en cumplimiento de la sanción legalmente impuesta por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía (Rda.), dentro de un segundo caso que se había concluido en su contra por el punible de porte ilegal de arma de fuego.

Es sabido por todos, que un trámite de habeas corpus no se puede utilizar para cambiar una prisión intramural por una domiciliaria, como aquí ocurrió. Pero por si acaso se creyera equivocadamente como lo afirmó el juez de habeas corpus, que aquí se dio una “prolongación ilícita de la detención preventiva”, lo cual por supuesto no era cierto, entonces la determinación que tenía que adoptar era dejarlos en libertad de manera inmediata, pero no reformar las sentencias proferidas legítimamente por los jueces competentes para disponer en su lugar que siguieran purgando las condenas en la casa, muy a pesar que ambos juzgadores ya habían coincidido en negar de manera expresa la posibilidad de que los sentenciados accedieran a subrogados y/o sustitutos, como era el caso de la prisión domiciliaria que finalmente por una vía extraña consiguieron.

En este evento se desconoció lo establecido por ambas Cortes acerca de la evidente diferencia que existe entre estar “detenido preventivamente” y estar “cumpliendo una pena”, a cuyo efecto se dejó en claro que el momento que marca de diferencia entre una y otra figura es el anuncio del sentido del fallo. Y, por tanto, no se puede aplicar el vencimiento del plazo razonable de detención preventiva (1 año) para las personas que ya se encuentran en calidad de condenadas, como es precisamente el caso que aquí nos ocupa.

En efecto, en Auto del 24 de julio de 2017, bajo el radicado 49734, la Sala de Casación Penal explicó ampliamente al respecto y concluyó: “Por consiguiente, en los procesos regidos por la Ley 906 de 2004, **la medida de aseguramiento tiene vigencia hasta el anuncio del sentido de fallo *condenatorio***, allí el juez puede hacer una manifestación expresa acerca de la libertad del procesado, disponiendo su encarcelamiento, pero **si omite hacer una manifestación al respecto en esa oportunidad, la vigencia de la medida se extenderá hasta la lectura de la sentencia, momento en el que, por mandato legal, no sólo debe imponer la pena de prisión, sino que ha de resolver sobre la libertad; en particular, sobre la concesión o negativa de los sustitutos y subrogados penales**”. Posición ratificada por la Corte Constitucional en Sentencia C-342/17, cuando explicó: “La Sala precisa, que la expresión “necesidad” de la privación de la libertad que se disponga con el anuncio del sentido del fallo, contenida en el inciso final del artículo 450 del Código de Procedimiento Penal demandado, conforme al cual “Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento”, no se refiere a los presupuestos reiterados para privar de la libertad a un ser humano durante la etapa de la investigación previstos en los artículos 308 a 310 del Código de Procedimiento Penal, relacionados con que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, pues **para el momento en el que se anuncia el sentido del fallo, las etapas de investigación y juzgamiento ya han terminado**; o porque el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, **porque dicha valoración corresponde a la etapa inicial del proceso y no a la condena**; o porque resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso, **pues el mismo ha llegado a la fase final con el anuncio del sentido del fallo**, sino que se refiere a los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, especialmente consignados en los artículos 54 y 63 del Código Penal. Solo así puede entenderse la expresión “necesidad” contenida en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal […]”

Por lo anterior, se dispondrá la compulsa de copias ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura para los fines pertinentes.

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** el fallo condenatorio objeto de recurso proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató (Rda.) en contra de los ciudadanos HMG, FMG y ECV, por el delito de hurto calificado y agravado. En firme la presente decisión, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad hará efectivo el fallo en los términos indicados por el juez de conocimiento. Por Secretaría compúlsense las piezas procesales pertinentes con destino a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura para los fines indicados en el cuerpo motivo de esta providencia.

La decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación, que de interponerse habrá de hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

ADRIANA JULIA CATAÑO LÓPEZ

1. La víctima explicó que esa cerca eléctrica la puso para que no se pasara el ganado, y que incluso esa cerca se le ayudó a poner el señor ALBERTO hermano de los aquí acusados, cuando todavía la relación entre ellos era buena. Y de ahí en adelante él siguió manteniendo esa cerca hasta cuando la Inspectora y el Personero intervinieron para indicarle que la cerca eléctrica debía ponerse en forma posterior al alambre de púas para que no hiciera daño a las personas que transitaban por el lugar, recomendación que acató y así evitó que continuaran los problemas con sus vecinos. [↑](#footnote-ref-1)