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

**TEMAS: HOMICIDIO AGRAVADO Y PORTE DE ARMAS / RETRACTACIÓN DEL TESTIGO DE CARGOS / POR SÍ SOLA NO DESVIRTÚA LO DICHO INICIALMENTE / ES ADMISIBLE SOLO CUANDO OBEDEZCA A UN ACTO ESPONTÁNEO Y SINCERO DEL TESTIGO.**

… de vieja data la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

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

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, considera la Sala que el Juzgado A quo estuvo atinado cuando decidió darle mayor credibilidad a lo que el testigo JAVER DE JESÚS MAYA dijo en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial en detrimento de las retracciones que de la misma hizo con posterioridad en el juicio oral…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado por acta No. 456 del 16 de mayo de 2019. H: 8:00 a.m.

Pereira, diecisiete (17) de mayo del dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:55 a.m.

Procesados: JSES y MAMC

Delitos: Homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal

Radicación # 660016000035201403914

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa

Tema: Credibilidad de la retractación del testigo único de cargos

Decisión: Confirma fallo confutado.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira en las calendas del veinte (20) de octubre de 2015, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad penal de los procesados **JSES y MAMC** por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura están relacionados con el deceso violento de quien en vida respondía por el nombre de ANDRÉS FELIPE GALLEGO, el cual tuvo lugar en esta municipalidad a eso de las 19:20 horas del 10 de septiembre del 2.014 en el sector conocido como *“Ciudadela Salamanca”.*

Según se aduce en el escrito de acusación, para esas calendas el joven ANDRÉS FELIPE GALLEGO deambulaba por las calles de la *“Ciudadela Salamanca”,* más exactamente en inmediaciones de la Torre 1 Mza # 6, cuando sorpresivamente fue interceptado por tres fulanos, entre ellos dos sujetos conocidos como *“Marcos”* y *“Sebas”* o *“Jefferson”*, quienes procedieron a agredirlo a golpes.

El agredido reaccionó al ataque con un arma de fuego, pero fue desarmado por sus atacantes, quienes con el arma huyeron hacia un guadual que se encontraba por ahí, oportunidad que aprovechó ANDRÉS FELIPE GALLEGO para abordar una buseta que transitaba por dicho sector. Pero una vez que el rodante empezó su recorrido, al mismo se montaron dos sujetos, identificados posteriormente como los ahora Procesados JSES y MAMC, quienes de manera inmediata se dirigieron hacia la silla en la cual se encontraba sentado ANDRÉS FELIPE GALLEGO, en donde le descerrajaron en su humanidad varios impactos con un arma de fuego calibre .38, los cuales le segaron la vida, ya que cuando la víctima fue trasladada hacia un centro asistencial, llegó sin signos vitales.

Luego que la Policía Judicial adelantó las pesquisas del caso, gracias a la información que le suministró la ciudadanía, se pudo averiguar que los Sres. JSES y MAMC se encontraban seriamente implicados en la comisión del reato, razón por la cual la Fiscalía acudió ante un Juzgado Penal Municipal con funciones de control de garantías con la finalidad que se libraran las correspondientes órdenes de captura en contra de Ellos a fin de poder vincularlos al proceso.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 19 de septiembre del 2.014, ante el Juzgado 2º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las que además de legalizarse la captura de los entonces indiciados, también se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. En dichas vistas públicas a los procesados JSES y MAMC se les definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. Presentado el escrito de acusación, el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual tuvo lugar la audiencia de formulación de la acusación el día 19 de enero de 2.015. En dicha vista pública la Fiscalía acusó a los procesados JSES y MAMC de incurrir en la presunta comisión de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal gravado, tipificados en el # 7º del articulo 104 C.P. y el # 5º del articulo 365 ibídem, con la circunstancias de mayor punibilidad del # 10º del articulo 58 *ejusdem*.

1. La audiencia preparatoria se efectuó el 19 de mayo de 2.015, mientras que la audiencia de juicio oral se llevó a cabo en vistas celebradas el 27 de julio y el 3 de septiembre de 2.015. Luego de emitido el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio, el 20 de octubre de 2.015 se dictó la correspondiente sentencia condenatoria, en contra de la cual la Defensa se alzó de manera oportuna.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del veinte (20) de octubre de 2.015 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad penal de los procesados JSES y MAMC por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, quienes fueron condenados a purgar una pena de 480 meses y 1 día de prisión.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgado de primer nivel para poder proferir un fallo de condena en contra de los procesados JSES y MAMC, se fundamentaron en aseverar que las pruebas allegadas al juicio cumplían con los requisitos para poder proferir una sentencia condenatoria en contra de los acusados, por lo siguiente:

* Con las estipulaciones probatorias, se dio por demostrado el deceso de ANDRÉS FELIPE GALLEGO, a quien le propinaron varios impactos con un arma de fuego calibre .38.
* Las partes también estipularon el contenido de las pruebas que demostraban que los Procesados no tenían permiso para portar armas de fuego.
* La credibilidad que merece el testimonio rendido por JAVER DE JESÚS MAYA, quien en su calidad de testigo de los hechos hizo señalamientos en contra de los acusados, los cuales permitieron su posterior judicialización.
* Si bien es cierto que el testigo JAVER DE JESÚS MAYA se retractó de todo lo que en una entrevista dijo en contra de los acusados, al aseverar que cuando ocurrieron los hechos se encontraba en otro sitio y que todo lo que le dijo a la Policía Judicial fue una información que obtuvo de comentarios hechos por terceras personas, tal retractación no debía ser tenida en cuenta porque: a) La versión que el Testigo expuso en la entrevista es corroborada tanto por el testimonio del conductor de la buseta, JORGE WILSON ARROYAVE, quien expuso como dos sujetos que abordaron la buseta por él conducida, procedieron a acribillar a balazos a un joven que previamente se había montado a dicho vehículo; como por el contenido del dictamen de balística forense que habla de la trayectoria de los proyectiles que le cercenaron la vida a ANDRÉS FELIPE GALLEGO; b) Ese desdecir del testigo fue producto de unas amenazas, reconocidas por el declarante, que le hicieron unos sujetos misteriosos quienes, con una actitud abiertamente amenazadora, lo estuvieron buscando en su residencia.
* No se le debe conceder credibilidad al testimonio rendido por MARÍA ALEJANDRA ECHEVERRY, hermana del procesado JSES, ante la falta de claridad de sus atestaciones, aunado a que Ella dijo que no le constaba en dónde se encontraba su fraterno cuando sonaron los disparos.

**LAS APELACIONES:**

Las discrepancias propuestas por los recurrentes en las alzadas tienen que ver con la apreciación que el Juzgado *A quo* hizo del acervo probatorio, en especial del testimonio absuelto por JAVER DE JESÚS MAYA, la cual catalogaron como de errada y superficial.

Expusieron los apelantes que el Juzgado de primer nivel se equivocó en la apreciación del testimonio de JAVER DE JESÚS MAYA, quien se retractó en el juicio de todo lo que había dicho en contra de los Procesados en una entrevista que absolvió ante la Policía Judicial. Tal yerro de apreciación probatoria radicó en la mayor credibilidad que se le concedió a la entrevista que a lo que el testigo dijo en el juicio, en donde declaró que en momento alguno fue testigo presencial de los hechos, debido a que cuando estos sucedieron se encontraba en otro lugar, más exactamente en la casa de sus padres ubicada en el barrio *“Nacederos”*, y que lo que le dijo a los investigadores fue producto de lo que se enteró gracias a comentarios que otras personas habían hecho de lo acontecido, lo cual se constituía en simples y meras pruebas de referencia.

Adujeron los recurrentes que se le debe creer a lo que el testigo JAVER DE JESÚS MAYA atestó en el juicio, debido a que en el proceso existen pruebas, mal apreciadas por el Juzgado *A quo,* que corroboran sus atestaciones y desvirtúan lo que dijo en la entrevista. Entre dichas pruebas se encuentra el testimonio del conductor de la buseta, JORGE WILSON ARROYAVE, quien desvirtuó lo dicho por JAVER DE JESÚS MAYA respecto a que la víctima fue abaleada cuando estaba sentada en las sillas de la parte de atrás de la buseta, lo que no es cierto, ya que según el testimonio de JORGE WILSON ARROYAVE, el cual obtiene eco en el contenido del informe de inspección técnica al cadáver, la víctima cuando ingresó a la buseta se sentó en las sillas ubicadas en la parte delantera de la buseta, sitio en donde yacía el cuerpo del occiso cuando se llevó a cabo la diligencia de levantamiento del cadáver.

Asimismo, la Defensa del procesado JSES expuso que era poco probable que el testigo JAVER DE JESÚS MAYA haya podido saber quiénes fueron las personas que asesinaron a ANDRÉS FELIPE GALLEGO, debido a que si los hechos ocurrieron a más de 40 metros del sector en donde supuestamente se dice que estaba el testigo de marras, aunado a los efectos propios de la incandescencia que generan las luces del alumbrado público, todo ello incidía de manera negativa para que el testigo pudiera decir, con absoluta precisión, cuáles eran los rasgos físicos de los asesinos.

De igual manera el Letrado que representa los intereses del procesado MAMC expuso que no se le debe creer a lo dicho por el Policial WILLIAM CARO, cuando expuso que vio pasar por ese sector al testigo JAVER DE JESÚS MAYA, sin que le indagara nada sobre lo acontecido, lo cual se tornaba raro debido a que dicho personaje ha sido catalogado como una de las personas que en ese barrio fungen como colaboradores de la Policía.

Finalmente, la apoderada del procesado JSES, denunció que al momento de la apreciación del acervo probatorio se ignoraron los testimonios absueltos por DIDIER LOAIZA y GISELLA CALVO, con los cuales se demostraba que cuando ocurrieron los hechos, el testigo JAVER DE JESÚS MAYA se encontraba de visita en el barrio *Nacederos.*

Con base en los anteriores argumentos, los apelantes al unisonó solicitaron la revocatoria del fallo confutado, y que en su lugar se profiera una sentencia absolutoria en favor de los procesados JSES y MAMC, quienes en consecuencia deben ser puestos en inmediata libertad.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problemas Jurídicos:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte del recurrente como de los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿A pesar de haberse presentado el fenómeno de la retractación respecto del principal testigo de cargos, JAVER DE JESÚS MAYA, en el presente asunto se cumplían o no con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo condenatorio en contra de los acusados?

**- Solución:**

Los recurrentes en sus sendas alzadas denunciaron la supuesta ocurrencia de una serie de errores en los cuales el Juzgado *A quo* incurrió al momento de la apreciación del acervo probatorio, en especial en lo que atañe con el testimonio absuelto por JAVER DE JESÚS MAYA, quien fue llevado al juicio por la Fiscalía como principal testigo presencial de los hechos, lo que previamente se lo había hecho saber a la Policía Judicial en donde absolvió una entrevista, y pese a ello se retractó de detentar tal calidad, ya que al momento de absolver testimonio adujo que no se encontraba en el sitio de los hechos cuando estos tuvieron ocurrencia. Igualmente el testigo expuso que lo que le dijo a la Policía Judicial fue una información que a Él le suministraron terceras personas, de la cual nada le constaba.

Según los apelantes, el Juzgado de primer nivel se equivocó con la apreciación del testimonio absuelto por JAVER DE JESÚS MAYA, a partir del momento en el que decidió darle mayor relevancia a lo declarado por el testigo en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial en detrimento de lo que atestó en el juicio, lo cual, en sentir de los recurrente, no es correcto debido a que al proceso se allegaron pruebas que desvirtúan o contradicen lo que el testigo declaró en la entrevista, aunado a que lo dicho por el testigo en la entrevista en contra de los Procesados debía ser considerado como prueba de referencia, debido a que todo fue producto de la información suministrada por terceras personas.

Acorde con lo anterior, como punto de partida para determinar si le asiste o no la razón a los reproches que los recurrentes han formulado en contra del fallo confutado, observa la Sala que en efecto el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra de los procesados JSES y MAMC se cimentó en la credibilidad que el Juzgado *A quo* le otorgó a los señalamientos que en una entrevista el testigo JAVER DE JESÚS MAYA CANO efectuó en contra de los Procesados como las personas quienes asesinaron con un arma de fuego a ANDRÉS FELIPE GALLEGO, según hechos ocurridos a eso de las 19:20 horas del 10 de septiembre del 2.014 en el sector conocido como “*Ciudadela Salamanca”*.

No desconoce la Sala que en lo que atañe con el testimonio absuelto por JAVER DE JESÚS MAYA CANO tuvo lugar el fenómeno conocido como el de la *retractación,* el cual se presenta cuando un testigo desdice o desmiente de lo que en el pasado dijo en contra o a favor de otras personas. Lo que en efecto sucedió con el testigo JAVER DE JESÚS MAYA CANO, por lo siguiente:

1. En una entrevista que absolvió ante la Policía Judicial en horas de la mañana del 11 de septiembre de 2.014, expuso que se encontraba en vía pública, en inmediaciones de la manzana C de la “*Ciudadela Salamanca”* dialogando con varios vecinos, cuando vio transitar por esos lares a un joven desconocido que no residía por ese sector, el cual fue sorpresivamente abordado por tres jóvenes, entre quienes se encontraban los ahora procesados JSES y MAMC, a quienes conoce por residir en esa urbanización y que además de la vagancia se dedican al expendio de narcóticos, con los cuales el foráneo se transó en una gresca en la que el forastero sacó un arma de fuego para usarla en contra de sus agresores, pero que no lo consiguió ya que Ellos lo desarmaron para luego salir huyendo hacía un guadual con dicho instrumento bélico.

Al suceder lo anterior, el joven foráneo abordó una buseta que transitaba por ese sector y se sentó en las sillas de atrás, cuando de repente el testigo se da cuenta que también JSES y MAMC se subieron a esa buseta y que se dirigieron hacia el sitio en donde estaba sentado el joven, a quien MAMC le descerrajó un disparo en el pecho, mientras que JSESle propinó una patada que hizo que cayera al piso de la buseta, sitio en el cual MAMC procedió a rematarlo a balazos.

Luego de ocurrido los hechos, el testigo expuso que los asesinos se apearon de la buseta para huir con dirección hacia un guadual[[1]](#footnote-1).

1. Cuando el testigo JAVER DE JESÚS MAYA CANO acudió al juicio a rendir testimonio, infirmó y desmintió todo lo que en el pasado le dijo a la Policía Judicial en la entrevista que absolvió el 11 de septiembre de 2.014, al aducir que esos hechos Él en momento alguno los presenció debido a que cuando ocurrieron se encontraba en la casa de una hermana ubicada en el barrio *Nacederos,* lugar en donde pernoctaba por estar más cerca de su sitio de trabajo: la plaza minorista de mercado conocida como *“la Galería”,* ubicada en la calle 42, a la que debía madrugar para ejercer sus labores de cotero.

Igualmente el testigo adujo que todo lo que le dijo a la Policía Judicial fue una información que a Él, en su calidad de líder comunitario, le suministraron varios vecinos del sector quienes supuestamente presenciaron los hechos, pero que después Ellos, o sea los informantes, le dijeron que no estaban seguros y que tenían sus dudas, por lo que existía la posibilidad de que como consecuencia de una información equivocada se haya encarcelado a unas personas inocentes.

Como se podrá colegir de lo hasta ahora dicho, no existe duda alguna que en el presente asunto, en lo que atañe con el testimonio absuelto por JAVER DE JESÚS MAYA CANO, tuvo lugar el fenómeno de la retractación, pero por el simple y mero hecho que un testigo se retracte o desdiga de sus declaraciones anteriores, ello no quiere decir que de manera automática se anuló la credibilidad de sus dichos, porque en tal evento se torna necesario cotejar y confrontar los dichos del testigo con el resto del acervo probatorio, para de esa forma poder determinar a cuál de esas dos versiones contrapuestas se le debe creer, o si en su defecto ambas son mendaces y dignas de poca credibilidad.

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

“La retractación no es por sí sola causal que destruye, de inmediato, lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que ataque a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación, y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir, ordinariamente, en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas tal como sucedieron; o un interés propio o ajeno que lo lleva a negar o alterar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace, y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso…”[[2]](#footnote-2).

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, considera la Sala que el Juzgado *A quo* estuvo atinado cuando decidió darle mayor credibilidad a lo que el testigo JAVER DE JESÚS MAYA dijo en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial en detrimento de las retracciones que de la misma hizo con posterioridad en el juicio oral, por lo siguiente:

* Los dichos del testigo respecto a que para el momento en el que ocurrieron los hechos se encontraba en otro lugar distante son infirmados por lo atestado por el Policial WILLIAM CARO FLÓREZ, quien adujo ser comandante del *CAI* ubicado en la “*Ciudadela Salamanca”*, y que cuando se enteró del homicidio estuvo realizando labores de vecindario por el sector, y que en esas actividades, a eso de las 21:30 horas, vio al Sr. JAVER DE JESÚS MAYA, al cual conoce porque en el pasado le ha prestado algunas colaboraciones a la Policía por su calidad de líder cívico, quien se encontraba cerca de la torre en la que residía en compañía de varias personas, a quien saludo[[3]](#footnote-3).

Es de resaltar que las atestaciones del Policial WILLIAM CARO FLÓREZ, de quien no existen razones de ningún tipo para dudar de la credibilidad de sus dichos, además de desvirtuar lo mendazmente declarado por el testigo JAVER DE JESÚS MAYA sobre que estaba en otro sitio, ratifican lo que el testigo MAYA CANO dijo en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial respecto a que se encontraba en compañía de varios vecinos del sector en el momento en el que ocurrieron los hechos.

* El testigo JORGE WILSON ARROYAVE, quien es el conductor de la buseta en donde tuvo lugar el asesinato, ratifica en parte lo que el testigo JAVER DE JESÚS MAYA expuso en la entrevista sobre algunas de las circunstancias en las cuales sucedió el homicidio.

Así tenemos que este testigo expuso que en efecto a eso más o menos de las 20:00 horas, cuando estaba haciendo el recorrido de regreso, la buseta por Él conducida fue abordada por un joven, quien se sentó en las sillas delanteras, más exactamente en la 2ª silla ubicada al lado derecho de la puerta[[4]](#footnote-4), pero que al arrancar el rodante también se subieron dos personajes, a quienes supuestamente no pudo distinguir dizque porque en ese momento estaba encandilado, los cuales le propinaron como cinco tiros al pasajero, para luego darse a la huida, previo a unas amenazas que le hicieron para que detuviera la buseta.

* El testigo JAVER DE JESÚS MAYA admitió que él acudió de manera voluntaria a la Policía para hacerle saber de su condición de testigo presencial de los hechos. Asimismo expuso que como consecuencia de su acto de civismo fue víctima de unas intimidaciones que en su contra le hicieron unas personas que en dos ocasiones se presentaron a buscarlo en el lugar de su residencia, de quienes un vecino les oyó decir que *«él daba papaya».*

Igualmente el testigo adujo que le constaba que MAMC había amenazado con *“quemoniar”* a un vecino que era testigo de los hechos, quien es conocido con el remoquete de *“el Profe”.*

* El testigo NÉSTOR FELIPE VARGAS, quien fue uno de los policiales que estuvo a cargo de la investigación, expuso que el Sr. JAVER DE JESÚS MAYA, de manera voluntaria, les hizo saber su condición de testigo presencial de los hechos, razón por la cual le recepcionaron una entrevista. De igual manera el testigo adujo que el Sr. MAYA CANOles puso en conocimiento que los indiciados eran unos tipos peligrosos y que lo habían estado amedrantando, razón por la que Ellos le ofrecieron que se acogiera al programa de protección de testigos, pero que JAVER DE JESÚS MAYA no aceptó por miedo a perder la vivienda que el Gobierno Nacional le había regalado en la *“Ciudadela Salamanca”.*
* Con el testimonio absuelto por la Sra. MAIRA ALEJANDRA ECHEVERRY SUÁREZ, se pretendió demostrar que en el preciso momento en el que ocurrieron los hechos, el procesado JSES se encontraba en el apartamento en donde residía con sus padres y hermanos en la *“Ciudadela Salamanca”*. Pero las atestaciones absueltas por la testigo de marras para acreditar tal coartada, pues como se adujo en el fallo opugnado, no son creíbles ante las inconsistencias e imprecisiones en las que la testigo incurrió, ya que no supo explicar de manera razonable en dónde se encontraba su hermano en el momento en el que Ella dice que escuchó los disparos, ya que según su versión, Ella en esos precisos momentos no se encontraba en compañía de su fraterno sino de su menor hija[[5]](#footnote-5).
* El testigo JAVER DE JESÚS MAYA en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial ofreció un relato claro, lógico y coherente de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en virtud de las cuales se dio cuenta de lo acontecido; aunado a que no supo explicar de manera satisfactoria el por qué se enteró de lo sucedido.

De lo antes expuesto, se desprende sin hesitación alguna que el testigo JAVER DE JESÚS MAYA faltó a la verdad, al parecer por haber sido víctima de amenazas y presiones propiciadas por *“fuerzas oscuras”*,cuando decidió retractarse de lo que declaró en una entrevista que absolvió ante la Policía Judicial en la cual señaló a los Procesados como las personas que asesinaron a quien en vida respondía por el nombre de ANDRÉS FELIPE GALLEGO.

Pese a lo anterior, la Sala no puede desconocer que apartes de lo que declaró el testigo JAVER DE JESÚS MAYA en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial fue infirmado por lo atestado por JORGE WILSON ARROYAVE y lo consignado en el álbum fotográfico elaborado por los investigadores que llevaron a cabo el levantamiento del cadáver del óbito, ya que mientras que JAVER DE JESÚS MAYA aseveró que la víctima se sentó en las sillas ubicadas en la parte trasera de la buseta, lugar en donde fue abatido a balazos por los asesinos, tales afirmaciones resultaron no ser ciertas según lo demostrado por las pruebas antes aludidas, de las cuales se desprende que ANDRÉS FELIPE GALLEGO se sentó en las sillas ubicadas en la parte delantera de la buseta, lugar en donde fue baleado por los homicidas. A lo cual se le debe adicionar que acorde con lo atestado por JORGE WILSON ARROYAVE, las condiciones de iluminación en el sitio de los hechos eran deficientes, o sea que no eran las mejores pese a que había alumbrado público.

De lo antes expuesto se desprende que existe la amplísima probabilidad que el testigo JAVER DE JESÚS MAYA no haya podido darse cuenta con suma precisión de lo que aconteció al interior de la buseta como consecuencia de las deficientes condiciones de iluminación que imperaban en el sitio de los hechos, siendo ello la razón por la cual se equivocó respecto del lugar de la buseta en que se sentó la víctima, lo cual, en sentir de la Colegiatura pudo ser producto de una justificada confusión si nos atenemos a que el propio conductor de la buseta, JORGE WILSON ARROYAVE, adujo que el hoy occiso si bien se sentó en la parte delantera, lo hizo prácticamente antes del centro de la buseta[[6]](#footnote-6).

Por otra parte, en caso que se diga que el testigo faltó a la verdad en todo lo que dijo respecto del sitio o el lugar de la buseta en el que fue abatido por los asesinos ANDRÉS FELIPE GALLEGO, de igual manera la Sala no puede desconocer que en el proceso existen pruebas que demuestran que el testigo sí estuvo en el sitio de los hechos en el momento en el que estos acaecieron, y que en efecto presenció la inicial gresca que los Procesados protagonizaron con la víctima, e igualmente que pudo darse cuenta del momento en el que los asesinos, sedientos de sangre, abordaron la buseta para ajusticiar al hoy óbito.

Tal situación, nos hace concluir que en lo que atañe con las declaraciones absueltas por JAVER DE JESÚS MAYA se ha presentado una especie de hibridación compuesta por aspectos que merecen credibilidad y otros que no, lo cual no implica que como consecuencia de ese fenómeno tan peculiar se deba invalidar o desechar de manera integral la credibilidad de lo atestado por el testigo de marras, porque en tales eventos el Juzgador de instancia, al momento de apreciar el testimonio, está habilitado para escindir los aspectos a los que se le debe conceder credibilidad de aquellos que no la merecen, lo cuales han de ser purgados.

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

“Al margen de lo anterior, no sobra recordar al censor que la doctrina de la Corte ha insistido en afirmar que las simples contradicciones en las versiones vertidas por determinado testigo no son suficientes para restarles todo mérito, gozando el sentenciador de la facultad de determinar, siguiendo las reglas de la sana critica, que son verosímiles en parte, o que todas son increíbles o que alguna o algunas de ellas tienen aptitud para mostrar la verdad….”[[7]](#footnote-7).

Por lo tanto, al hacerle una *disección* a las declaraciones absueltas por JAVER DE JESÚS MAYA CANO, la Sala válidamente puede escindir sus dichos de la siguiente manera:

* Una parte a la que se le debe conceder absoluta credibilidad, la cual tiene que ver con la presencia del testigo en el sitio de los hechos, lo que le permitió ver cuando los Procesados inicialmente agredieron a la víctima, la forma como ella abordó una buseta que transitaba por ese sector y como los Procesados también se montaron en dicho rodante.
* Otra parte de dudosa credibilidad, la que corresponde a los dichos del testigo respecto que la víctima se sentó en la parte posterior de la buseta, lugar en el donde fue acribillada a balazos por los asesinos; lo cual no resultó ser cierto, en atención a que las pruebas habidas en el proceso demostraban que el hoy óbito se sentó en las sillas ubicadas en la parte delantera de la buseta, sitio en donde los homicidas lo abalearon.

Por otra parte, no es cierto lo dicho por los recurrentes respecto a que lo que el testigo JAVER DE JESÚS MAYA CANO dijo en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial debía ser apreciado como una prueba de referencia, debido a que lo declarado en tales términos por el testigo de marras se allegó de manera correcta al proceso respetando los postulados que orientan los principios de la confrontación, inmediación y contradicción a partir del momento en el que la entrevista de marras se utilizó por la Fiscalía como herramienta para impugnar la credibilidad del testigo {inciso 3º articulo 347 C.P.P.; ordinal b articulo 393 ibídem y articulo 403 *ejusdem*}. Lo que se da en aquellos eventos en los que el declarante incurre en contradicciones o se retracta de lo que sobre los tópicos adverados dijo en una pretérita declaración o de lo que sobre la misma les contó a otras personas. En estas hipótesis, o sea cuando la declaración extraprocesal es utilizada para impugnar la credibilidad del testigo, la misma necesariamente debe hacer parte del proceso al encontrarse liada con lo declarado por el testigo mediante la figura conocida como *“testigo adjunto”[[8]](#footnote-8).*

Sobre lo anterior, la Corte se ha expresado de la siguiente forma:

La posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral **está supeditada** a que el testigo se haya **retractado o cambiado la versión**, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.

Es **requisito indispensable** que el testigo esté **disponible** en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

(:::)

La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.

La incorporación de la declaración anterior debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004…….”[[9]](#footnote-9).

Finalmente en lo que tiene que ver con los reproches formulados por parte de la apoderada del procesado JSES, quien denunció que al momento de la apreciación del acervo probatorio se ignoraron los testimonios absueltos por DIDIER LOIZA y GISELLA CALVO, con los cuales se demostraba que cuando ocurrieron los hechos, el testigo JAVER DE JESÚS MAYA se encontraba de visita en el barrio Nacederos; la Sala dirá que el Juzgado de primer nivel no incurrió en tales yerros de preterición probatoria debido a que esos testigos en momento alguno acudieron a rendir testimonio al proceso por la sencilla razón consistente en que la Defensa desistió de dichas pruebas a la finalización de la sesión del juicio oral celebrada el 27 de julio de 2.015.

A modo de conclusiones, se tienen las siguientes:

* Si bien es cierto que en el presente asunto tuvo lugar el fenómeno de la retractación del testimonio absuelto por JAVER DE JESÚS MAYA CANO, de igual manera la ocurrencia de dicho fenómeno no implicaba la invalidez probatoria de la credibilidad que ameritaba dicha prueba, ya que el Juzgador de instancia estaba habilitado para determinar a qué partes de lo declarado por el testigo debía creerle y a cuáles no. Y así tenemos que en la actuación existían pruebas que demostraban que era cierto todo lo dicho por el testigo de marras en una entrevista, en la cual señaló e identificó a los Procesados como los autores del homicidio. Mientras que resultó ser mendaz lo que MAYA CANO atestó en el juicio, cuando pretendió desdecirse de lo que había adverado en contra de las acusados.
* En momento alguno el Juzgado de primer nivel incurrió en los yerros de preterición probatoria denunciados por uno de los recurrentes, porque las pruebas que supuestamente ignoró apreciar nunca se practicaron como consecuencia del desistimiento que de las mismas deprecó la Defensa.
* No es cierto que lo declarado por el JAVER DE JESÚS MAYA CANO en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial deba ser considerado como una prueba de referencia, debido a que esa entrevista, al ser utilizada como herramienta para impugnar la credibilidad del testigo de marras, fue allegada válidamente al proceso con respeto de los postulados que orientan los principios de la inmediación, contradicción y confrontación.

Lo dicho hasta ahora es suficiente para que la Sala concluya que el Juzgado *A quo* no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por los recurrentes, razón por la que el fallo confutado ha de ser confirmado en todo aquello que tiene que ver con la declaratoria de responsabilidad criminal pregonada en contra de los procesados JSES y MAMC. Pero dicha sentencia se modificara en lo que atañe con el monto de las penas accesorias de inhabilitación de derecho y funciones públicas, las cuales se deben considerar como ilegales por exceder los límites máximos de ley si tenemos en cuenta que los Procesados fueron condenados a dichas penas accesorias por un lapso igual al de la pena de prisión, lo cual no es correcto debido a que acorde con lo consignado en el inciso 3º del artículo 52 C.P. se tiene que esa pena en un principio debe corresponder a un tiempo igual al de la pena de prisión sin exceder el tope de los 20 años, y como quiera que en el presente asunto la pena de prisión impuesta a los Procesados fue de 40 años y 1 día de prisión, ello nos quiere decir que la pena accesoria de marras solamente debe ser por el lapso de 20 años.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida en las calendas del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira en las calendas del veinte (20) de octubre de 2015, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad penal de los procesados **JSES y MAMC** por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el fallo confutado en todo aquello que tiene que ver con el monto de las penas accesorias de inhabilitación de derecho y funciones públicas impuestas a los Procesados JSES y MAMC, las que corresponderán al lapso de veinte (20) años.

**TERCERO:** Declarar que en contra del fallo de segunda instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**M**agistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**M**agistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**M**agistrado

1. Registros # 01:01:10 hasta el # 01:32:00. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 9 de diciembre de 1994. Rad. # 12.855. [↑](#footnote-ref-2)
3. Registros # 38:58 al # 40:00. [↑](#footnote-ref-3)
4. Registros # 04:43 al # 04:50. [↑](#footnote-ref-4)
5. Registros # 24:04 al # 24:15. [↑](#footnote-ref-5)
6. Registro # 07:20 al # 07:25. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 6 de abril de 2.005. Rad. # 23154. [↑](#footnote-ref-7)
8. Respecto de la figura del testigo adjunto, se pueden consultar, entre otras la sentencia del 9 de noviembre de 2.006. Rad. # 25738 y la sentencia del 21 de octubre de 2009. Rad. # 31.001. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 25 de enero de 2.017. SP606-2017. Rad. # 44950. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-9)