Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Penal

INDICIO COMO MEDIO DE CONOCIMIENTO - Existen inferencias que permiten identificar varias reglas de experiencia, que llevan a concluir que existía un acuerdo previo entre los partícipes.

"*La regla de experiencia que aquí se aplica nos enseña que si varias personas actúan de manera coordinada, es porque previamente se han reunido para elaborar objetivos comunes y asignar funciones y tareas que luego se deben desarrollar en pro de esos objetivos, (…)*"

COAUTORÍA – Del caudal probatorio recopilado, quedó demostrado que el otro acusado, sí actuó como coautor de la conducta punible.

"*Todo lo anterior permite concluir que quienes se apearon del vehículo tenían distribuidas sus tareas mostrando que todos eran conscientes del fin perseguido y el apoyo que debían dar para su consecución, en ese sentido la acción de JCPM no se muestra aislada, y al contrario, procedió a mermar la capacidad de reacción del otro bando lanzando piedras al lugar donde se habían refugiado, finalizando la acción delictiva en una partida colectiva. Aporte que se torna relevante, ya que neutralizar cualquier apoyo por parte de los otros integrantes del grupo enemigo hacia la persona en la cual se centraba el ataque, facilitaba sin duda el objetivo buscado que a todas luces se evidencia, cual era el de fulminar su vida.*
…
En ese contexto podemos decir que se cumplen con elementos dogmáticos para decir que en el actuar de JCPM se da la figura de la coautoría, puesto que hubo un acuerdo previo para ejecutar el punible, intervino de forma eficiente para coadyuvar en su ejecución y su aporte resultó importante en tanto aseguró que no se diera la intervención de terceros que pudieran evitar la consumación, desechándose de plano la hipótesis esbozada en primera instancia respecto de que la actuación de JCPM podría haber sido únicamente con fines de hostigar a sus contrarios sin tener conocimiento de que WACB ocasionaría la muerte de DJLC".

SITUACIÓN DE MAGIRNALIDAD O POBREZA EXTREMA – En el caso en estudio, no se debe reconocer. No se demostró y el momento procesal para debatirlo no es en la audiencia de individualización de la pena.

"*(…) para adentrarnos en el ámbito de protección que brinda la norma es necesario que la marginalidad o pobreza extrema sea profunda, es decir, no es cualesquier situación de precariedad económica, social o personal la que auspicia inmiscuir al procesado en la comisión del delito, sino que debe ser de tal intensidad que prácticamente lo impulse a cometer la infracción (…) al tratarse de circunstancias como la marginalidad, que tienen una inescindible relación con la ocurrencia de los hechos y responsabilidad del procesado, no*

puede ser debatida probatoriamente en sede de la audiencia de individualización de la pena (…)".

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente	: Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno.
Proceso No.	: 520016099032 2015 11614 01
Número Interno	: 16116.
Acusados	: WACB y JCPM
Delito	: Homicidio y porte ilegal de armas.
Aprobado	: Acta No. 14 de 30 de junio de 2021

San Juan de Pasto, ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, el Fiscal 2 Seccional de la ciudad y la defensa de **WACB**, en contra de la decisión proferida el 9 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, mediante la cual se condenó al mentado procesado luego de haberlo encontrado responsable de las conductas de homicidio en concurso con porte ilegal de armas de fuego y contrario sensu se absolvió a **JCPM** de los cargos.

1. ANTECEDENTES

1.1. FÁCTICOS:

Conforme a las pruebas recaudadas en el Juicio Oral, se establece que de tiempo atrás se presentaba una rivalidad territorial entre los habitantes, familiares o allegados de dos sectores de esta ciudad, por un lado, el grupo de "Marquetalia" y por otro el de "La Vuelta Negra", al primero

pertenecían entre otros **DJLC,** MACS, BDCB y JLSP; al segundo grupo los hermanos **WACB** y **GJCB** y **JCPM.**

En medio de las confrontaciones, dos días antes del 7 de diciembre de 2015, se presentó un incidente entre **DJLC** y **JCPM** por el cual este amenazó de muerte a **DJLC.**

Posteriormente el 7 de diciembre de 2015, siendo aproximadamente las 8:00 p.m., se encontraron **DJLC** y GJCB quien conducía una motocicleta en compañía de su esposa e hijo, y ante un ataque del primero, GJCB cayó al piso, sufriendo él y su familia algunas lesiones, situación por la cual aquél totalmente contrariado con la actitud de **DJLC** fue a dejar a su familia a su lugar de residencia, saliendo de ahí cerca de las 10:00 p.m.

Entretanto, se encontraban en una fogata a las afueras de la casa de uno de sus familiares en el barrio Sol de Oriente, **DJLC** y algunos de sus amigos, entre ellos MACS, BDCB y JLSP, hasta que son sorprendidos cerca de las 10:30 p.m. por un vehículo de color gris que arriba al sitio, descendiendo de él mientras el conductor se mantiene en el automotor, **WACB** quien salió en persecución de **DJLC** accionando un arma de fuego en su contra; GJCB tumbó las motos y salió en persecución de MACS, en dirección contraria a la ruta seguida por los primeros; **JCPM** se ocupó de lanzar piedras a quienes estaban en el lugar de residencia de la familia de **DJLC**, en el que se alcanzaron a proteger BDCB y JLSP.

En medio de la persecución que emprendió **WACB** en contra **DJLC** mientras accionaba un arma de fuego, logró

impactarlo en la espalda, luego de lo cual se devuelve hacia el vehículo en el que había llegado para inmediatamente huir en compañía de **JCPM** y GJCB.

DJLC fue auxiliado y trasladado al Hospital Departamental de Pasto, quien pese a recibir tratamiento médico, falleció como consecuencia de la gravedad de las heridas el 21 de diciembre de 2015.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL:

Con fundamento en los anteriores fácticos la Fiscalía General de la Nación inició labores investigativas y luego de recaudar diferentes EMP decidió solicitar la expedición de órdenes de captura[1] en contra de **WACB** y **JCPM** al considerarlos presuntos coautores en el homicidio de **DJLC**, los documentos fueron expedidos por el Juzgado 1° Penal de Municipal de Pasto en Función de Garantías, luego se dio la captura de los encartados y así el 31 de marzo de 2016 se celebraron las respectivas audiencias preliminares[2] ante el mismo despacho judicial, en las vistas públicas se declaró la legalidad de la captura y se consolidó en contra de los imputados medida de aseguramiento consistente en detención preventiva intramural, ello posterior a que no aceptaran los cargos formulados por la comisión de los delitos de homicidio agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, conforme a los artículos 103, 104 numerales 3 y 7, y artículo 365 del C.P

[1] Folios 1 y 2.
[2] Folios 18 a 13.

El escrito de acusación fue radicado el 18 de mayo de 2016[3], correspondiendo su conocimiento al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, ente que realizó diligencia de formulación de acusación el 1 de septiembre de 2016, manteniéndose la imputación jurídica inicial a excepción de la causal de agravación prevista en el numeral 3 del artículo 104 del C.P.[4], a continuación la audiencia preparatoria en data de 1 de noviembre del mismo año[5], el 2 de marzo de 2017 se inició el juicio oral, el debate probatorio debió desarrollarse en diferente fechas pero finalizó el día 27 de marzo de la mentada anualidad[6]; el 26 de abril de ese año, se anunció sentido del fallo condenatorio en contra de **WACB** y absolutorio a favor de **JCPM**[7]; el 30 de mayo del 2017 se dio curso a la audiencia del artículo 447 C.P.[8] y el siguiente 9 de junio se procedió con la lectura de la sentencia de rigor.

1.3. LA DECISIÓN IMPUGNADA[9]:

La señora Jueza de primera instancia, en la sentencia se refirió a la tipicidad de los delitos investigados, los hechos objeto de estipulación y los alegatos de las partes, para luego asumir el estudio de los elementos que a su criterio permiten dilucidar la responsabilidad de **WACB**, en ese entendido pasó a detallar los pormenores de los testimonios rendidos por SML, MACS, BDCB y JLSP, de los que consideró acreditadas particulares situaciones como la forma y tiempo en el que arribaron los agresores al lugar de los hechos, las actividades

[3] Folio 24.
[4] Folio 38.
[5] Folio 59 a 67.
[6] Folio 139 a 156.
[7] Folios 160 y 161.
[8] Folios 163 a 165.
[9] Fls. 171 a 198.

que desarrolló cada uno de ellos, el que todos los presentes en ese momento afirmaron que el único armado era **WACB**, persona que además emprendió persecución contra **DJLC** escuchándose un disparo pocos momentos después.

Entonces la juzgadora de origen consideró razonable atribuir responsabilidad en la ejecución del homicidio a **WACB**, máxime cuando la propia víctima tuvo oportunidad de reconocer a su agresor y trasladar tal información a SML.

Tampoco dejó de lado la juzgadora los conflictos que se han suscitado entre las pandillas de los barrios "*Marquetalia*" y *"La Vuelta Negra",* los actos de amedrentamiento que han sufrido los testigos, las reyertas que a título personal se dieron entre el occiso y acusados, circunstancias suficientes para dar un móvil a lo acontecido.

Las declaraciones también fueron fundamento para que la primigenia juzgadora estableciera las buenas condiciones de visibilidad en el lugar de los hechos, descartar cualquier confusión al identificar al autor del disparo entre los hermanos **CB** y de igual manera hacer a un lado la idea de que lo narrado por los testigos no fuese más que un ardid a fin de incriminar a los procesados habida cuenta de las rencillas generadas por la rivalidad entre sectores.

Acto seguido se adentró en el estudio de las pruebas presentadas por la defensa, de lo que podemos extraer una primera idea general respecto de que para la *A Quo* los testimonios de RLVT, JACC, VCB y ALBR no ostentan el peso de convicción suficiente para lograr el objetivo pretendido por

las defensoras, dirigido a fincar la presencia de los acusados en un lugar diferente al del homicidio, bien sea por los lazos que unen a los testigos con los procesados o por el hecho de que en sus dichos no se puede obtener la certeza respecto de si ellos estuvieron pendientes de las actividades llevadas a cabo por los acusados en forma permanente, además de no aportar razones suficientes para desacreditar lo fundamental de la prueba aportada por la Fiscalía, lo que de suyo también implica no dar relevancia a la confesión realizada por GJCB, puesto que además, en criterio de la señora Jueza, teniendo en cuenta las vicisitudes que se logró acreditar a lo largo del juicio, es racional pensar que el declarante buscó la ayuda de sus amigos para ejecutar el ilícito, antes que pretender actuar en forma aislada.

Así pues, luego de recabar en otras elucubraciones respecto de lo probado en juicio y también de ciertas posiciones asumidas por las defensoras, concluyó que se encuentra acreditada la autoría de **WACB** en la comisión de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, pero sin reconocer el agravante formulado por la Fiscalía, ya que nada se dijo en la acusación respecto de la situación fáctica que motivaba la imposición de la misma y además en alegaciones finales se iteró la falencia.

Explicó que no se aceptó la petición de considerar a **WACB** inmerso en la circunstancia de ignorancia y pobreza extrema, toda vez que aquella debió haber sido probada en el transcurso del juicio oral y no al momento de la audiencia de individualización de pena, además que si hipotéticamente se

aceptara que el procesado está inmerso en tal situación, no se probó la manera en la cual incidió para cometer el delito.

En cuanto a la dosificación de la pena, el despacho de origen procedió a fijar el *quantum* para cada uno de los delitos, así luego de ponderar las circunstancias normadas en el artículo 61 del C.P. atribuyó un total de 212 meses de prisión para el punible de homicidio y 110 meses al de porte ilegal de armas, partiendo de esos límites se ubicó en los 212 aumentándolos a 232 en virtud del concurso de punibles. Por el mismo lapso se impuso las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Habida cuenta del monto de la pena a imponer se estableció la imposibilidad de conceder subrogado o sustituto para purgar la extra muros.

En la particular situación de **JCPM**, adujo que la prueba recogida en el debate público no logró dar certeza acerca de la finalidad perseguida por la citada persona, albergando la duda de si buscaba hostigar a quienes se refugiaron en la casa o en verdad era conocedor y hacía parte del plan criminal para cercenar la vida de la víctima.

1.4. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN:

En orden cronológico sustentaron dentro del término legal el recurso de apelación los siguientes sujetos:

1.4.1. FISCALÍA[10]

[10] Folios 200 a 203.

Centra su inconformidad con la primera instancia por la decisión de absolver a **JCPM**, ya que en su sentir con las pruebas evacuadas se pudo precisar que el fallecimiento de **DL** obedeció a una pugna entre dos pandillas, siendo que en ese entendido es por demás conocido que tales nichos siempre operan en grupo, con lo que la participación de los cuatro sujetos que llegaron en el carro resulta esencial para lograr el fin.

También sacó a relucir las amenazas directas de muerte que **JCPM** realizó a la víctima, dando mayor asidero a pensar que el propósito de finiquitar la vida de **DL** era un objetivo común de la pandilla y por ello la presencia de "*CE*" en el lugar de los hechos no resulta ser algo casual, sino que responde a la necesidad de adentrarse a un territorio enemigo propósito en el que es indispensable tener una mayoría numérica.

1.4.2. DEFENSA DE WACB.

La Doctora Ana Roció Mesa, presentó varios argumentos de disenso en torno a la condena prodigada a su defendido por parte del Juzgado de primera instancia, empezando por señalar que la verdad real en los hechos quedó demostrada por la confesión de GJCB.

Pasó a enumerar 16 puntos que advierte son las razones fundamentales de ataque al fallo, entre esas argumentaciones podemos extraer las siguientes.

Llamó la atención de la apelante que la Jueza dio total credibilidad a los testigos de la Fiscalía aún a sabiendas de que su declaración se dio en el marco de un conflicto entre jóvenes de diferentes barrios.

Restó credibilidad al testimonio de Sandra Milena pues no suministró nombre concreto de quién fue la persona que ejecutó el delito, además de señalar que los hermanos CB son conocidos como *"C"*, de igual manera resta validez a los tres testigos de cargo que reconocen a **WACB**, habida cuenta que lo han observado con anterioridad y además ninguno de ellos presenció el momento cuando se ejecutó la acción.

Enunció como otra posible hipótesis el que la sindicación al procesado puede ser una retaliación producida por la madre de la víctima, si en cuenta se tiene lo acontecido con MS cuando fue conducido por ella a las instalaciones policiales y allí obligado a firmar una entrevista.

Consideró que no se tuvo en cuenta la contradicción de los testigos respecto del empleo de sustancias embriagantes y alucinógenas en la noche de los acontecimientos, las que al ser consumidas generan alteración en las condiciones de percepción.

Adujo que no se hizo una correcta valoración de los testigos de la defensa, cuyas declaraciones fueron naturales y contundentes, además de ser personas sin antecedentes, con posición social, al contrario de los propios que acompañan la acusación, hecho que mengua la confiabilidad de los últimos.

Señaló que en el proceso ha existido una investigación selectiva y no integral de los hechos, lo que ha llevado a una decisión contraria a los intereses de su patrocinado, aspecto que contrastaría con lo que debe ser el correcto proceder procesal del Fiscal, ya que se debió ahondar en las manifestaciones de GC, por medio de las cuales aceptaba ser el responsable del punible.

A continuación, pasó al análisis probatorio que en sus palabras se direcciona en punto de revisar el acontecer fáctico y en consolidar que la persona responsable del delito es JC.

De la declaración rendida por SMB reiteró que no cuenta con la suficiente contundencia, pues la testigo, además de ser de oídas tuvo problemas para diferenciar entre los *"C"*, a lo que se suma que al momento de los hechos incidieron varios factores que afectaron la percepción de la víctima para reconocer al atacante y dados los múltiples conflictos que se han presentado entre los barrios puede haber varias personas con ánimo de atentar contra el fallecido.

Atacó los testimonios de MACS y BC por encontrarlos contradictorios, ya que pese a haberse ubicado en el mismo tiempo y lugar narran situaciones disímiles como lo es las actividades desplegadas por GJCB, e inclusive no concuerdan si JCPM estuvo presente al tiempo de los hechos, discrepancias que la apelante atribuye a las alteradas

condiciones psicofísicas de quienes se encontraban en la fogata.

Para finalizar con su análisis de los testimonios dio cuenta de la "*confesión*" realizada por GC, destacando que él se cubrió el rostro con algunas prendas y a pesar de ello fue reconocido por la víctima como uno de los integrantes de la familia C, quizá debido a que momentos antes habían sufrido un incidente con JC. Por otra parte, consideró que su declaración es armónica con la prueba aportada a lo largo del juicio.

Finalmente se pidió considerar las situaciones de marginalidad y pobreza extrema que rodean a las personas que viven en el barrio Marquetalia, de las que se dio cuenta en el juicio oral y en la audiencia del artículo 447, que también han exacerbado la situación de disputa que viven los barrios.

1.4.3. MINISTERIO PÚBLICO.[11]

Expresó su descontento con la decisión de primer grado por la absolución emitida a favor de JCPM, para justificar su oposición inició por recapitular los aspectos centrales de la sentencia en punto al tema, luego hizo una transliteración de las declaraciones rendidas por SMB, MACS y BDCB, con ellas dio por probado la existencia de una guerra entre pandillas desde hace varios años atrás, dando lugar a diferentes discordias, actos de amenaza y víctimas de los diferentes bandos.

[11] Folios 217 a 232.

Dedujo la conformación personal de los grupos y como ocurrieron los hechos para el 7 de diciembre de 2015, pasando a exponer que en su sentir existen varios indicios que dan cuenta de la participación de JCPM, así pues estructuró el indició de móvil, debido a la amenaza de muerte que días antes éste había dirigido contra la víctima; el indicio de presencia, en tanto para el día de los hechos acudieron los miembros de la pandilla con la finalidad de terminar la existencia de DJLC, para lo cual cada uno de ellos desarrolló un papel diferente; el indicio de huida, pues una vez ejecutada la acción todos los partícipes de manera coordinada se retiran del lugar; el indicio de mala justificación, ya que JCPM a través de prueba testimonial pretendió establecer que se encontraba en otro lugar al momento de la comisión del ilícito; y el indicio de aseguramiento de la impunidad, en el entendido de que posterior a la ejecución del delito amenazó a uno de los testigos y su familia apuntándoles con un arma de fuego.

Pasó a citar aparte jurisprudencial del cual analizó como requisitos para que se dé la coautoría la existencia de un acuerdo común, división del trabajo criminal e importancia de los aportes, explicando de manera detallada como se consolidaron durante los hechos ocurridos el 7 de diciembre de 2015, llegando a la conclusión de que el querer de **JCPM** no era únicamente realizar actos de hostigamiento, tampoco siendo de recibo el decir de la *A Quo* respecto de que si el mentado hubiera tenido la intención de ejecutar la conducta era menester que lo perfeccione por propia mano, pues se trata de un contexto de pelea de pandillas en el que

los integrantes permanecen y actúan en grupo, siendo difícil pensar que JCPM se iba a dirigir en solitario a donde se encontraba la víctima en compañía de sus amigos.

Bajo esos argumentos pidió se revoque la decisión para en su lugar dictar sentencia condenatoria contra **JCPM**.

Otro aspecto que mereció la atención del representante de la sociedad es el relacionado con la dosificación de la pena pero en punto de los criterios que para su fijación trae el artículo 61 del C.P., horizonte bajo el cual y luego de verter argumentos acerca de la mayor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo y la necesidad de la pena, precisó que se debe incrementar el quantum de la pena en un 10%, para fijarla provisionalmente en 228,8 meses, a lo que se deberá sumar el incremento en virtud del concurso de delitos imponiéndose finalmente 248.8 meses de prisión.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA:

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la decisión de primera instancia adoptada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO:

En esta oportunidad, la Sala encuentra los siguientes problemas jurídicos a resolver:

i). ¿El material probatorio recaudado durante el Juicio Oral logra derruir la presunción de inocencia que cobija a **WACB**?.

ii). De confirmarse la sentencia condenatoria en contra de **WACB** ¿Se debe incrementar la pena impuesta en virtud de las circunstancias descritas en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, según lo expone el delegado del Ministerio Público?.

iii). ¿Las acciones de **JCPM** lo ubican como coautor en la comisión del delito de homicidio del que fue víctima **DJLC**?.

iv) Hay lugar a reconocer una situación de marginalidad o pobreza extrema a favor de **WACB**.

v) ¿Hay lugar a revisar el monto de duración de la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas impuesta a **WACB**?.

2.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES:

2.3.1. Requisitos para imponer condena y el indicio como medio de conocimiento

El artículo 381 de la Ley 906 de 2004 establece que para condenar se exige conocimiento más allá de toda duda en cuanto al delito y la responsabilidad de la persona sometida al

aparato represor estatal, por su parte los artículos 7 *ibidem* y 29 de la Constitución Política de Colombia, consagran la presunción de inocencia como una de las garantías básicas del procesamiento penal, pues resulta deber del Estado a través de la Fiscalía General de la Nación el consolidar en los juzgadores una convicción que supere la duda respecto de la ocurrencia de la conducta punible y a quien se debe reprochar los efectos dañinos que haya generado.

Sin embargo, el llevar a la justicia tal grado de convicción implica el respeto por determinadas reglas, pues no se puede permitir que el objetivo sea alcanzado a través de cualesquiera medios y por ello, la Constitución, así como la ley especifican que una de esas limitaciones resulta ser el que la sentencia debe estar fundamentada en prueba legalmente obtenida y debidamente aportada al proceso.

Según lo dispuesto en el Artículo 382 del C.P. son medios de conocimiento *"la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico."*, a pesar de lo taxativamente señalado en la norma en la que no se incluye el indicio no se debe olvidar que tiene total validez, como así lo ha señalado el alto Tribunal de justicia en materia penal[12].

Es lo cierto que la sentencia de condena puede estar fundamentada en una sólida construcción de indicios e igual peso de verdad tiene que para ello se debe dar un correcto

[12] CSJ, SP3459 16 mar. 2016, rad. 37504.

manejo a ese tipo de método suasorio, pues de lo contrario fácilmente se le puede llegar a generar un contenido y alcance que esté por fuera de lo establecido en el juicio. De ahí, que sea importante recordar varios de los conceptos y estudios jurisprudenciales emanados para casos tramitados con el sistema procedimental anterior que mantienen vigencia, como se pasa a ver.

En cuanto al concepto, elementos y las clases, la Corte nos enseña[13]:

> *"…el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros* ***medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y*** *según* ***las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron****, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido.*
>
> *"Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados como graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece" (se destaca).*

[13] Entre otras, sentencias de 8 de mayo de 1997, radicación Nº 9858, 26 de octubre de 2000, radicación Nº 15610; 8 de junio de 2003, radicación Nº 18583; 13 de septiembre de 2006, radicación Nº 23251; y 2 y 17 de septiembre de 2008, radicaciones Nº 24469 y 24212, respectivamente. Reiterados también en CSJ, AP 16 sep. 2009, rad. 30935; CSJ, SP 13 feb. 2013, rad. 28465..

Respecto del alcance del indicio, la Corte[14] explica que "*no es un medio de prueba directo, sino indirecto, que se estructura en la sentencia, por medio de un razonamiento del juzgador a partir de un hecho acreditado por los medios de prueba ordinarios*", y agregó la Alta Corporación[15], invocando importantes doctrinantes que "*el indicio no se puede considerar como medio de prueba, sino más bien como una reflexión lógico semiótica sobre los medios de prueba...*"[16]

Y en cuanto a la forma en que se estructura el indicio, enseña el Órgano de Cierre, en SP3006-2015 del 18 de marzo de 2015, radicado No. 33837[17], lo siguiente:

> *"De tal suerte que, a la hora de construir un indicio, con lo primero que hay que contar es con un hecho indicador debidamente probado, lo que implica que es necesario señalar cuáles son las pruebas de ese hecho indicador y qué valor se le confiere a las mismas. Pues si no se cuenta con pruebas del hecho indicador, o existiendo no se les da credibilidad, obviamente no puede declararse probado el hecho y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de ningún indicio.*
>
> *Probado el hecho indicador, el segundo paso es señalar la regla de la experiencia, pues todo indicio ha de basarse en la experiencia. Este peldaño no puede omitirse, puesto que de la regla de la experiencia va a depender, en buena medida, el carácter o fuerza probatoria del indicio. Además, dado que la regla de la experiencia eventualmente usada puede ser falsa, o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene, es indispensable que se exprese para que pueda ser controvertida y de esa forma garantizar adecuadamente el derecho de defensa.*
>
> *Fijada la regla de la experiencia, el tercer paso será enunciar el hecho indicado, cuyo grado de asentimiento dependerá, como ya se indicó, del alcance de la regla de la experiencia.*

[14] AP 16 sep. 2009, rad. 30935
[15] CSJ, SP 30 mar. 2006, rad. 24468, reiterado en CSJ, SP3459 16 mar. 2016, rad. 37504.
[16] OSORIO ISAZA Luis Camilo. MORALES MARÍN Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005, pág.22.
[17] También en: CSJ, SP 5 dic. 2018; Rad 51543

Por último, ha de valorarse el hecho indicado, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en orden a concluir finalmente qué se declara probado".

Es importante también precisar que al estructurarse el indicio en la sentencia, partiendo de los medios de prueba ordinarios aportados en el juicio, según se reseñó párrafos atrás, no solo se tendrán en cuenta aquellas inferencias que haya realizado la Fiscalía para acusar, sino también aquellas a las que haya podido arribar el Juez de conocimiento, una vez haya finalizado la etapa probatoria, precisamente porque la primera premisa del indicio se conforma con los hechos indicadores demostrados en el juicio.

Finalmente, la Corte explica que los indicios no se deben analizar de manera aislada, sino apreciarse "*en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con los demás medios de prueba que obren en la actuación*"[18].

2.3.2. Coautoría

Conforme a los motivos de disenso de la Fiscalía y el delegado del Ministerio Público, lo medular hace alusión a la posible coautoría en el homicidio que es objeto del proceso y en ese sentido es necesario hacer algunas precisiones dogmáticas que encierra tal figura jurídico-penal, las que se enseñan de manera didáctica en el siguiente aparte jurisprudencial:

"Acerca del concurso de personas en la comisión delictiva se ha precisado que existen diferencias entre la coautoría

[18] CSJ, SP 13 feb. 2013, rad. 28465

material propia y la impropia. La primera ocurre cuando varios sujetos, acordados de manera previa o concomitante, realizan el verbo rector definido por el legislador, mientras que la segunda, la impropia, llamada coautoría funcional, precisa también de dicho acuerdo, pero hay división del trabajo, identidad en el delito que será cometido y sujeción al plan establecido, modalidad prevista en el artículo 29-2 del Código Penal, al disponer que son coautores quienes, "mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte"; se puede deducir, ha dicho la Sala[19], de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de realizar el delito.

Ha indicado la Corte[20] que la figura de la coautoría comporta el desarrollo de un plan definido para la consecución de un fin propuesto, en el cual cada persona involucrada desempeña una tarea específica, de modo que responden como coautores por el designio común y los efectos colaterales que de él se desprendan, así su conducta individual no resulte objetivamente subsumida en el respectivo tipo penal, pues todos actúan con conocimiento y voluntad para la producción de un resultado[21].

También se ha puntualizado que en dicha modalidad de intervención criminal rige el principio de imputación recíproca, según el cual, cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los coautores se extiende a todos los demás conforme al plan acordado, sin perjuicio de que las otras contribuciones individualmente consideradas sean o no por sí solas constitutivas de delito[22].

Si bien el acuerdo previo o concomitante que se precisa para configurar la coautoría material impropia puede acontecer en el marco de una reunión, la suscripción de un documento, una decantada preparación ponderada del delito, también puede ocurrir de manera intempestiva, sin una formalidad especial, pues basta por ejemplo, un gesto, un ademán, una mirada, un asentimiento, en suma, la expresión clara en la coincidencia de voluntades orientada a la realización de un mismo objetivo delictivo, lo cual debe ser apreciado en cada

[19] Cfr. CSJ, SP, 22 ene. 2014. Rad. 38725.
[20] Cfr. CSJ SP, 25 jul. 2018. Rad. 50394.
[21] Cfr, CSJ SP, 27 mayo 2004. Rad. 19697 y CSJ SP, 30 may. 2002. Rad. 12384.
[22] Cfr. CSJ SP, 2 jul. 2008. Rad. 23438.

caso concreto al constatar la forma en que se desarrollaron los hechos en sus momentos antecedentes, concomitantes y posteriores.

No en vano el acuerdo puede ser expreso, como cuando cada uno de los coautores hace explícita su voluntad, por antonomasia propia del pacto previo y la preparación ponderada del atentado al bien jurídico, pero también puede ser tácito, como ocurre en el caso de un grupo de asaltantes entre los cuales algunos llevan armas letales cuyo porte es consentido por los otros, todos en procura de sacar avante la lesión al patrimonio económico."[23]

La doctrina tampoco ha sido ajena a la temática y en punto al tema de los requisitos que se deben probar para hablar de coautoría, el tratadista Gustavo Balmaceda Hoyos resaltó:

"En este contexto, podemos establecer una serie de requisitos de procedencia que resultan ser propios de la coautoría:

a) Existencia de un concierto previo: debe existir entre los distintos autores del delito una ***unificación de propósito*** *con el fin de alcanzar un objetivo único y común entre los distintos sujetos que intervienen en el delito. El hecho de que exista un concierto previo consiste en obtener, por parte de los distintos partícipes del delito, una "triple unidad", la cual consiste en una* ***unidad de propósitos, resolución y de plan*** *para llevar a cabo el fin común…"*

b) Los coautores deben intervenir en la ejecución del delito: será fundamental que los coautores, además de poseer intención y fin común, ***participen o intervengan en la ejecución del delito.*** *Con base a este tema, la doctrina ha establecido que la participación de los distintos coautores podrá poseer una triple naturaleza:*

i) Naturaleza moral: se deben haber ***concertado*** *todos los autores del delito, a pesar de que éstos no hayan participado directamente en la ejecución del ilícito. Así,*

[23] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, sentencia SP4904-2018, radicación 49884, noviembre 14 de 2018.

podrán considerarse como coautores del delito aquellos sujetos que han aceptado la ejecución de éste, aun cuando estos sólo hubiesen presenciado la ejecución del mismo, ya que en su aceptación y consenso se supone un ***respaldo moral*** *a la ejecución del delito.*

ii) Naturaleza intelectual: este criterio hace referencia a que no será necesario que el sujeto concertado participe en la ejecución material del delito, pues basta la intervención en la ***realización o elaboración de un plan y su posterior dirección****, como ocurre en el caso de quien posee una labor de supervisión intelectual del plan. La existencia de una colaboración intelectual, como la anteriormente señalada, será suficiente para que se entienda que el sujeto ostenta la condición de coautor del delito conforme a lo dispuesto por el artículo 29 del C.P., toda vez que señala que serán considerados como coautores los que faciliten los medios materiales o intelectuales necesarios para la comisión de estos hechos.*

c) Facilitar los medios con que se ejecuta el hecho: además de los hechos o actos de consumación del delito, aquí también se incluyen aquellas conductas que se encuentren destinadas a la facilitación de los medios necesarios para su comisión, como lo podrían ser la facilitación del arma con la cual se cometerá el delito, o el ejercer algún tipo de labor de vigilancia, etc."[24]

Otro aspecto a tener en cuenta es que el tono distintivo de la coautoría con otras formas de participación como la complicidad, está dada por la finalidad que envuelve a cada una de ellas puesto que en la primera el dolo va dirigido a la comisión de una conducta punible en conjunto, en la segunda lo que interesa al agente es brindar ayuda al ejecutor perdiendo trascendencia para aquel que se logre o no el antijurídico resultado.

[24] Estudios de Derecho Penal General, una aproximación a la teoría del delito y de la pena, Gustavo Balmaceda Hoyos, Ediciones Nueva Jurídica, 2015, págs. 376 y 377.

2.3.3. Testimonio de oídas.

En vista de que en algunas ocasiones suele equipararse este tipo de testimonio con la prueba de referencia, traemos a colación, lo explicado por la CSJ en SP, 6 mar. 2008, rad. 27477 y AP 25 may. 2015, rad. 45578, que nos ayuda a establecer una diferenciación entre estos dos tipos de prueba y de paso comprender en qué consiste la primera:

> *"De otra parte, el censor incurre en el error de calificar a (sic) al supranombrado como «testigo de referencia», basado en que no presenció el hecho en que se dio muerte a Miguel Antonio Pinilla Pinilla, sino que un tercero le contó sobre lo ocurrido, con lo cual revela que confunde el concepto del testimonio de oídas, «que es aquel cuyo conocimiento de un hecho le ha sido transmitido por comentarios o experiencias de terceros, pudiendo garantizar la existencia del relato o la fuente de su información»[25], con la prueba de referencia, que para ser considera (sic) como tal, según la jurisprudencia de la Sala, debe reunir los siguientes elementos: «(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)».*

Ahora bien, el testimonio de oídas, puede en un momento dado tratarse como prueba de referencia, como así lo expresó la CSJ[26], pero ello depende de la finalidad de la práctica de aquel testimonio, como se pasa a ver:

---

[25] CSJ AP, 25 mar. 2015, rad. 45126.
[26] Cfr. CSJ Rad. 32050 – 14 de septiembre de 2009. Mg.P: YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

"La prueba testimonial llamada indirecta, de oídas, hearsay o ouï dire (oír decir), es por antonomasia una especie de prueba de referencia, pero no la única. Existen otros modos o medios, igualmente admisibles, a través de los cuales puede intentarse probar la verdad de la declaración emitida por fuera del juicio oral, como por ejemplo una evidencia escrita (una carta) o un medio técnico (una grabación). Lo importante es que se trate de un medio legítimo, legalmente admisible, a través del cual se aspire llevar al proceso un conocimiento personal ajeno (de un tercero).

Una de las particularidades más sobresalientes de la prueba de referencia, y la que, a no dudarlo, marca la diferencia con la prueba directa, es que tenga por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan a la justicia, quien no concurre al proceso. O lo que es igual, que la prueba tenga por finalidad introducir al debate oral conocimientos personales ajenos.

Si A, por ejemplo, escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y A es llevado a juicio para probar la verdad de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una ***prueba de referencia,*** *pues lo buscado, a través de ella, es probar la verdad de un conocimiento personal ajeno. Pero si lo pretendido es simplemente acreditar que B hizo la manifestación, o que ésta simplemente existió, independientemente de que su contenido sea o no veraz, se estará frente a una* ***prueba directa****, porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo), fue personalmente percibido por el testigo".*

Además de lo anterior, la jurisprudencia penal, nos entrega una guía que incluye algunos puntos de evaluación a la hora de apreciar lo que el testigo de oídas puede aportar al conocimiento de los hechos. Al respecto la CSJ, en SP, 24 jul. 2013, rad. 40702, expone:

"De esa forma, se ha concluido que aun cuando el testigo de oídas no es de por sí prueba deleznable, el

operador jurídico está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esa clase de medios de prueba, ya que esta especie de testimonio adquiere preponderancia en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material, únicamente cuando es imposible obtener en el proceso la declaración del testigo o testigos que tuvieron directa percepción del suceso. Por eso, la Sala ha establecido, según surge de sus precedentes jurisprudenciales, cuatro presupuestos a aplicar con ocasión de la apreciación del referido medio de persuasión[27]:

En primer lugar, se requiere que se trate de un testigo de referencia de primer grado, entendiendo como tal quien sostiene en su declaración que lo narrado lo escuchó directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos, en contraste con el testigo de segundo grado o de grados sucesivos, que es quien al deponer afirma que oyó a una persona relatar lo que ésta, a su turno, había oído a otra, y así sucesivamente[28]. Tal exigencia se justifica porque en el análisis de esa prueba de orden testimonial, el de primer grado ofrece mayor fiabilidad y fortaleza que el de segundo, tercero, etc., dado que lo conocido no es de una tercera o cuarta fuente, sino de la inicial respecto de lo afirmado o narrado por el testigo directo[29].

En segundo término, es preciso que el testigo de oídas señale cuál es la fuente de su conocimiento, esto es, al testigo directo del evento de quien recibió o escuchó la respectiva información, identificándolo con nombre y apellido o con las señales particulares que permitan individualizarlo, condición que resulta sustancial, de una parte, para que en el curso del proceso el funcionario intente por todos los medios legales que éste asista a declarar acerca de su cognición personal del suceso, indistintamente de que por razones debidamente justificadas (muerte, enfermedad, localización, etc.) resulte imposible obtener tal comparecencia; y de otra, porque de no ser así, es decir, de acoger o conceder mérito a la declaración de un testigo de referencia que no precisa quién es su referente, o que atribuye la ciencia de su dicho al comentario público o rumor popular —divulgado por personas desconocidas, creado, alimentado y dirigido por intereses inciertos, transformado por fenómenos de psicología colectiva, y difundido sin dirección ni sentido de responsabilidad—, en la práctica equivaldría a admitir una

[27] En similar sentido se pronunció la Sala en la providencia del 19 de octubre de 2001, radicación 30682.
[28] Cfr. Parra Quijano, JAIRO. "*Tratado de la Prueba Judicial*" "*El Testimonio*", Tomo I, pág. 161 a 166. Ed. El profesional, Bogotá.
[29] Cfr. Sentencias de 2 de octubre de 2001 y 26 de abril de 2006, radicaciones 15286 y 19561, respectivamente.

prueba testimonial anónima, cuya validez es contraria a elementales postulados que sustentan el Estado Social de Derecho[30].

En tercer lugar, es imperioso establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia, de manera que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante ex auditu es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo.

Y, en cuarto término, es fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento la confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valorados en conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se le transmitió en la forma como éste lo señaló y que efectivamente el suceso debatido ocurrió de conformidad con su narración[31].

En conclusión, el testimonio de oídas se erige como medio de persuasión idóneo, serio y creíble cuando, además de reunir los dos primeros presupuestos, "aparece corroborado o respaldado por otros elementos de convicción que no permiten dudar de la veracidad del relato hecho por otras personas al testigo"[32], *lo cual implica afirmar que la prueba testifical de referencia única, por sí sola, es decir, huérfana de otros medios probatorios que la confirmen y robustezcan, en cualquier caso carece de eficacia suficiente para desvirtuar la presunción constitucional y legal de inocencia*[33].

2.3.4. Valoración del testimonio en caso de retractación

Que un testigo al comparecer a la audiencia de Juicio Oral cambie su versión inicial, es un fenómeno frecuente que lógicamente genera problemas probatorios nada fáciles de

---

30 Cfr. En ambos sentidos: Climent Duran, CARLOS, "*La prueba Penal*" "*Testigos de referencia*", pág. 174 a 177. Ed. Tirant lo blanch. Valencia (España) 1999. Y Jacobo López Barja de Quiroga, JACOBO, "*Tratado de Derecho Procesal Penal*" "*El testigo de referencia*", pág 1326 a 1329. Thomson Aranzadi, Navarra (España) 2004.
31 Cfr. Sentencia de 5 de octubre de 2006, radicación 23960.
32 Cfr. Sentencia de 18 de octubre de 1995, radicación 9226, criterio reiterado en sentencias de 2 de octubre de 2001, radicación 15286, y 5 de octubre de 2006, radicación 23960.
33 Ídem, obras citadas.

solucionar, lo cual ha dado lugar a debates que no son ajenos al estudio jurisprudencial del Órgano de Cierre en materia penal, que establece algunas pautas a fin de adelantar la evaluación de este tipo de testimonios.

Así se explica en la SP del 5 de junio de 2013, radicado 34134:

> *"…el acontecer cotidiano enseña que no son pocas las ocasiones en que un testigo –directo o indirecto- asegura haber observado o escuchado un hecho o narra lo referido por otro acerca del tema, para luego, en cambio, negar tal conocimiento.*
>
> *Este comportamiento humano ha sido estudiado clínicamente por la ciencia psicológica al examinar los procesos de funcionamiento de la memoria llegando a establecer que "los motivos por los que una persona decide retractarse son muchos. Alguien puede retractarse por miedo, por un caso de conciencia o porque se halla en un gran estado de confusión (…)"*[34].
>
> *En el mismo sentido, se predica que:*
>
> *"(…) a los motivos por los que un individuo se retracta hay que unir los que a ese mismo individuo lo llevaron antes a la denuncia, que también son varios. Se puede testimoniar para acusar, a otros o a sí mismo, para cooperar con la policía; normalmente se testimonia para que un crimen no quede impune. Y al testimoniar, se puede decir la verdad o mentir. Los motivos de la retractación varían de acuerdo a los motivos que llevaron a hacer una cierta declaración durante el testimonio"*[35].

Y en cuanto a las pautas a que hacemos mención, tanto en la anterior sentencia como en la SP del 27 de noviembre de 2013, radicado No. 39311, se recuerda la línea que ha mantenido la Corte de tiempo atrás acerca de que la valoración probatoria no implica descartar de plano la versión

[34] MAZZONI, Giuliana. ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria. Editorial Trotta. Madrid. 2010. p. 134.
[35] Op. cit.

inicialmente conocida ni tampoco acoger indefectiblemente la última, por lo cual se ilustra:

> *"La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. "En esta materia, como en todo lo que atañe 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 la 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 como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación solo 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" (Cfr. Casación de abril 21/55 y noviembre 9/93, entre otras)."*[36]
>
> *Retomando este criterio, en sentencia del 12 de diciembre de 2000, radicación 13.407, la Sala predicó:*
>
> *"(…) Es que ni siquiera la retractación del testigo, como lo ha expresado la Sala, es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo que ha sostenido en sus afirmaciones precedentes, o que conduzca a su descrédito total, sino una circunstancia que debe llevar al establecimiento del motivo de las versiones opuestas, el cual debe ser apreciado por el Juez para determinar si le otorga credibilidad a alguna de ellas y con qué alcances, naturalmente teniendo en cuenta las demás pruebas del proceso.*[37]*" (Subrayas fuera del texto original).*
>
> *Con igual cometido, ha precisado que no es necesariamente viable otorgar mérito a la primera o a la última de las declaraciones entregadas por un testigo, sino que mediante un proceso lógico se debe escoger la que involucre contenidos de credibilidad verificables a través de otros medios de convicción, lo que además se logrará determinando cuál fue la causa racional para que el deponente se apegara o faltara a la verdad en uno u otro momento".*

[36] Sentencia del 15 de junio de 1999, radicación 10.547.
[37] Cfr. sentencia de la Sala del 25 de mayo de 1999. Radicación 12.885.

Ese criterio de evaluación que tiene como elemento fundamental la aplicación de las reglas de la sana crítica, ya había sido definido por la Corte con anterioridad a través de la SP del 2 de febrero de 2011, radicado No. 26347, reiterada en SP del 13 de abril de ese año, radicado 30894, en los siguientes términos.

> *"Ahora, atinente a la retractación, positiva o negativa, el intérprete de la prueba no puede contentarse con advertir, en esa verificación matemática ajena a la sana crítica, que las distintas versiones contrapuestas se eliminan y, entonces, la sola manifestación del fenómeno impone desechar lo dicho.*
>
> *No. La sana crítica obliga del funcionario judicial examinar las distintas aristas, intrínsecas y extrínsecas, que gobiernan las varias versiones, para ver de extractar cuál de ellas lleva la verdad, en el entendido que siempre una y otra atestaciones obedecen a determinada motivación y en alguna, por lo general, se halla la verdad".*

En SP del 27 de noviembre de 2013, radicado No. 39311, la Corte adujo además como uno de los criterios a tener en cuenta cuando se escoge la última de las versiones, el siguiente:

> *"De ahí que la retractación sólo pueda ser de recibo para el funcionario cuando la reflexión llevada a cabo respecto de ésta permita concluir que corresponde a un acto natural, franco y serio de quien lo hace y, por sobre todo, cuando lo expuesto a última hora por el testigo sea creíble y guarde armonía con las demás comprobaciones del proceso".*

Posteriormente, en SP del 11 de julio de 2018, radicado SP2709-2018, 50637, que reitera varios apartes de la SP del 25 de enero de 2017, radicado 44950[38], explica:

[38] Invocada con posterioridad también en decisión de primera instancia en SEP00050-2018, Radicación Nº. 50103, del 13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

"El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos".

2.3.5. Testimonio adjunto

Como se acaba de ver, cuando ocurre una retractación, es importante que el juzgador conozca las versiones a contrastar, para lo cual se debe cumplir un trámite que garantice la confrontación y contradicción, como así lo enseña la CSJ SP 934-2020, 20 may. 2020, radicación No. 52045:

"3.1 Del testimonio adjunto. La noción de testimonio adjunto, que carece de consagración expresa en el Código de Procedimiento Penal, ha sido desarrollada por la jurisprudencia en atención a que, conforme lo enseña la práctica judicial, con no poca frecuencia sucede que quienes concurren al juicio a rendir testimonio se desdicen de las aserciones que han efectuado en entrevistas y declaraciones anteriores, las modifican sustancialmente o incluso rehúsan haberlas efectuado.

Así, la Sala ha decantado una línea de pensamiento orientada a que, frente a un escenario de retractación o

modificación sustancial de la versión de un testigo en la vista pública, la parte interesada pueda incorporar como testimonio adjunto, susceptible de plena valoración, sus manifestaciones anteriores al juicio, pero desde luego, ello sólo resulta posible, por virtud del artículo 16 precitado, en la medida en que se garantice a la parte contra la cual aquéllas se aducen la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción.

(…)

Ahora bien, lo fundamental para que las declaraciones previas adquieran la condición de testimonio adjunto, según se esbozó, es que a la parte contra la cual se aducen se le garanticen los derechos de contradicción y confrontación. De ahí que la lectura que habilita su incorporación es la que se hace durante el interrogatorio de la persona que las suministró (en principio, por el mismo testigo o, excepcionalmente, por quien conduce el interrogatorio, si aquél, verbigracia, no sabe leer o está en incapacidad de hacerlo) y no la que eventualmente pueda realizar quien las recabó (investigadores, psicólogos, médicos, etc.) o cualquier otro testigo.

La razón es evidente: sólo si la lectura de la versión extra-juicio se hace durante el interrogatorio de quien la realizó se activa para la parte contraria la posibilidad real y efectiva de ejercer la confrontación de esos contenidos probatorios, pues el contrainterrogatorio, que es la herramienta procesal primordial con la que cuenta para ese fin, está limitado por expreso mandato legal a «los temas abordados en el interrogatorio directo».

(…)

Dicho de otro modo:«…la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo: i) se haya retractado o cambiado la versión; ii) esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación, si no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia; iii) por otra parte, que la declaración se incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte, para que pueda ser valorada por el juez.

En tales condiciones, el sentenciador contará con las dos versiones, que le permitirán con mayor criterio adoptar la determinación correspondiente».

En esa línea, cuando la lectura de la declaración previa no es efectuada en el curso del interrogatorio de quien la ofreció sino en el de un tercero, aquélla no adquirirá la condición de prueba porque la parte contra la cual se aduce queda desprovista de la posibilidad de explorarla, controvertirla y desmentirla.

(…)

De ahí que la Sala haya sostenido que «…para que los apartados fácticos de las entrevistas que involucren una modificación incompatible con lo declarado en el juicio por el deponente sean incorporados al acervo probatorio y, por ende, puedan ser valorados por el fallador, se requiere que la contraparte tenga la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción en su componente de confrontación, para lo cual debe contar con la posibilidad de formular preguntas sobre las inconsistencias que resultan entre lo narrado en el testimonio y lo consignado en la entrevista, de forma que, si ello no se garantiza, ésta tendrá el carácter de prueba de referencia, pues se estaría ante un evento de indisponibilidad del testigo».

A lo anterior debe agregarse que la incorporación de una manifestación antecedente como testimonio adjunto requiere, además del cumplimiento de las anteriores exigencias, que la parte que la pretende exteriorice una solicitud en ese sentido (desde luego, en el juicio oral, pues la condición necesaria es que el testigo se retracte en esa diligencia al rendir testimonio) y que, frente a tal postulación, se profiera una decisión favorable del Juez de conocimiento.

(…)

En esa comprensión, quien pretende la aducción de una declaración como testimonio adjunto debe solicitarla y, para ello, tiene la carga argumentativa de demostrar que (i) el testigo está disponible en el juicio; (ii) al rendir testimonio se retractó de sus anteriores aserciones o las modificó sustancialmente y; (iii) la deposición previa fue leída durante el interrogatorio de quien la produjo, con lo cual se le permitió a la contraparte ejercer la confrontación respecto de sus contenidos. Sobre tal petición (como sobre cualquier otra de naturaleza probatoria) necesariamente deberá permitirse a la contraparte intervenir, a efectos de que, si a bien lo tiene, refute el cumplimiento de una o más de las condiciones que habilitan la incorporación del testimonio adjunto, por ejemplo, porque (i) en realidad el testigo no estuvo disponible, (ii) no existió una retractación, o (iii) no se le dio lectura ni se

materializó el derecho de confrontación frente a la declaración anterior".

2.3.6. Proceso de dosificación punitiva

En relación con el proceso de dosificación de la pena recordemos que el artículo 61 de la norma sustancial penal, en punto al tema ha estipulado:

> *"…Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto."*

Tal como se desprende del texto legal, se está imponiendo al juzgador un deber de ponderación, el que a no dudarlo asigna al sentenciador una función de motivación en cuanto a desarrollar los puntuales criterios establecidos en el artículo, tal baremo tiene como sentido fijar unos límites que, por una parte sirven de guía al operador judicial en el proceso de dosificación punitiva, pero por otra también son garantía a favor del procesado ya que evitan la imposición de sanción en forma arbitraria o deliberada al mero capricho.

Ha dicho la Corte Suprema que dada la trascendencia que muestra la imposición de la pena, pues es de interés para todos los convocados al proceso, las situaciones que son propias de tal procedimiento son susceptibles de ser impugnadas a través de los recursos legales, e inclusive en el curso de la apelación tiene el superior un deber de vigilancia

respecto de la legalidad de la pena, empero tal supervisión encuentra su baremo en diferentes aristas, *verbi gracia* los límites de la apelación, la prohibición de reforma en perjuicio o también que el error cometido por el juzgador de base al momento de sancionar sea de tal calado que manche el acto de matices caprichosos o arbitrarios, sentido en el cual la simple disparidad de criterios entre los apelantes y la judicatura no es motivo suficiente para modificar el quantum punitivo.

Así pues, para claridad de estos aspectos la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal en sentencia SP 16558-2015, radicación N° 44840 del 2 de diciembre de 2015 profundizó de manera amplia en la temática para enseñar que:

> *"En definitiva, para el mismo autor, son tres los criterios que a la luz de jurisprudencia actual del Tribunal Superior Español posibilitan el control judicial al proceso de individualización de la pena; de esa manera, cuando:*
>
> *(1) No se explicita en la sentencia el razonamiento a través del cual se decide la pena impuesta, esto es, en hipótesis de ausencia absoluta de motivación.*
>
> *(2)Cuando existe un razonamiento explicativo de la decisión de pena, pero dicho razonamiento (motivación) resulta incorrecto, ya sea porque se aparta de los criterios legales de cuantificación de la pena o porque razonando a su respecto realiza una errónea aplicación o interpretación de aquellos.*
>
> *(3)Cuando la pena específica impuesta resulta arbitraria o absurda, única hipótesis en que se controla el quantum de la condena*[39]*.*

[39] Íb. Pág. 509.

La misma línea de pensamiento ha seguido esta Corporación al indicar que la medida de control sobre el proceso de individualización de pena radica en el examen de su razonabilidad, en consonancia con los criterios atinentes a la necesidad, proporcionalidad y las funciones que cumple, como así incluso se plasma en el fallo citado por el actor CSJ SP, abr. 30 de 2014, rad. 41350, en donde se abordó con amplitud el tema de la dosificación punitiva, aludiendo igualmente a la también ya citada SP, feb. 20 de 2008, rad. 21731.

No obstante, la lectura del defensor tergiversa el trasfondo de la decisión al dejar de lado su contexto global, pues si bien allí se reconoce, coherentemente con algunos precedentes, que el funcionario judicial goza de cierto grado de discrecionalidad para individualizar la pena dentro del cuarto respectivo y que, por tanto, "le resultaría imposible a la Sala desarrollar tesis jurisprudenciales con base en la ***aplicación estricta*** *de los criterios del artículo 61 del Código Penal, para que los jueces impongan políticas u obedezcan a tendencias punitivas en la dosificación de la pena", a la par se sostiene que los funcionarios judiciales deben proceder en esa labor conforme a criterios razonables…*

(…)

En consecuencia, no es la mera disparidad conceptual entre uno y otro funcionario sobre esos aspectos lo que se ventila, como erradamente lo sostiene el representante de la Fiscalía en su intervención durante la audiencia de sustentación, pues ello impediría su estudio en sede de casación, sino si el Tribunal al modificar el fallo en lo tocante a la punibilidad, lo hizo para rescatar la razonabilidad en el proceso de individualización de la pena.

Desde esa perspectiva, esto es, aquella según la cual el ad quem modificó la pena en aras de salvaguardar los referidos postulados, se puede concluir que el Tribunal estaba facultado para revisar los criterios empleados por el a quo en el proceso de individualización de la pena y, por lo mismo, también a los impugnantes en apelación les asistía legitimación para promover la impugnación vertical, en tanto cuestionaron precisamente su necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Esto último cuando se advierte que la potestad de impugnar sobre lo relacionado con el monto de la pena no está en cabeza exclusiva de la defensa, pues también dimana para la Fiscalía, en virtud del rol que desempeña; del Ministerio Público, si lo que persigue es la defensa del orden jurídico o la preservación de las garantías fundamentales, y de las víctimas, como acertadamente lo acota la Procuradora Delegada, por estar de por medio su derecho de acceso a la justicia.

()

Es que, si se mira con detenimiento el integrum de la decisión, se logra determinar que el menoscabo a los principios de autonomía e independencia judicial de los artículos 228 y 230 de la Constitución Política frente al funcionario que individualiza la pena con fundamento en los criterios previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 61 del C.P., obedece a la imposibilidad de establecer pautas fijas o rígidas en torno a tales criterios -o de aplicación estricta, como se destacó de esa decisión- por lo que "será suficiente la motivación que para imponer un concreto monto punitivo conlleve, en esencia, la valoración de cualquiera de los aludidos parámetros"[40], lo cual por manera alguna descarta el despliegue de un control sobre la razonabilidad empleada en tal proceso que involucre, de contera, el escrutinio acerca de su necesidad, proporcionalidad y si cumple con sus funciones establecidas legalmente."

Esa misma providencia deja claro que si bien lo ideal sería que el juzgador de primer grado motive la imposición de sanción haciendo alusión a todos los factores que trae el artículo 61 del C.P., bien para incrementar la pena o no, la circunstancia de que se fundamente aunque sea solo en uno de ellos para sustentar su decisión es también tolerable siempre que la argumentación resulte razonable y proporcional.

[40] Ib.Pág. 44.

2.3.7. Marginalidad o pobreza extrema

Para finalizar este apartado debemos hacer alusión al punto relativo a la situación del presunto estado de marginalidad o pobreza extrema que se ha reclamado en favor de **WACB**, para esclarecer unas situaciones relacionadas con su concepto, lo que debe estar acreditado en el proceso para acceder a la rebaja de pena inherente a su reconocimiento y la oportunidad procesal propicia para que se pruebe la aducida circunstancia.

El artículo 56 del C.P. describe lo que debe entenderse al respecto de la siguiente manera:

> *"**Artículo 56.** El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición."*

La sola descripción típica de la figura nos permite elaborar algunas apreciaciones de interés para lo que se ha de resolver en el presente evento, iniciando por establecer que para adentrarnos en el ámbito de protección que brinda la norma es necesario que la marginalidad o pobreza extrema sea *profunda*, es decir, no es cualesquier situación de precariedad económica, social o personal la que auspicia inmiscuir al procesado en la comisión del delito, sino que debe ser de tal intensidad que prácticamente lo impulse a

cometer la infracción; de ello surge que debe existir un nexo causal entre la conducta investigada y la marginalidad que posiblemente llevó a cometerla, puesto que mal se haría en adjudicar tal disminución de pena cuando la especial situación del procesado en poco o nada tuvo incidencia para el quebrantamiento de la ley penal; y que si bien las circunstancias del procesado deben ser lo suficientemente ostensibles a fin de justificar su otorgamiento, en su valoración se debe ser lo bastante cuidadoso con el fin de establecer si dogmáticamente no se configura algún tipo de causal que pueda eximir de responsabilidad, caso en el cual las consecuencias jurídico penales dependerán del caso concreto.

Bajo el rigor de lo dicho en este punto ya resulta claro que los esfuerzos probatorios de la parte interesada en que se reconozca la atenuante de pena deben estar claramente dirigidos no solo a establecer la ignorancia, marginalidad o pobreza por la que atraviesa la persona, sino que se debe decantar de qué manera la precisa condición coadyuvó para que se cometiera el delito, entendimiento que también ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia cuando en punto al tema dijo:

> *"De todos modos, el aporte documental que allegó con miras a demostrar la supuesta situación de vulnerabilidad de la comunidad indígena a la que pertenecen sus representados, lejos está de permitir estructurar el estado de marginalidad que como factor diminuente consagra el artículo 56 del Código Penal, dado que, no basta con aducir genérica y abstractamente esa circunstancia, sino que es menester*

acreditar su incidencia en el delito, tópico este que no aborda el impugnante."[41]

Adentrándonos al estudio del momento procesal en el cual se debe acreditar la marginalidad, es de manifestar que tal situación va ligada al sendero procesal por el cual se tramitó el asunto, siendo claro que al tratarse de un asunto que ha llegado a sentencia condenatoria luego de haberse surtido el juicio oral, la audiencia que ordena el artículo 447 del C.P. se debe dedicar exclusivamente a tocar situaciones que puedan incidir en la punibilidad, concesión de subrogados y otros beneficios, fincados en la discusión de las situaciones personales, sociales, familiares, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, ya que todas las situaciones inherentes a los hechos, la responsabilidad del procesado así como las que puedan agravarla o menguarla deben ser discutidas y acreditadas en la etapa de evacuación probatoria ante el juez de conocimiento.

Respecto del tema la jurisprudencia nacional ha establecido:

"El tema atinente a las posibilidades probatorias de las partes e intervinientes en el decurso de la misma audiencia, fue ampliamente desarrollado en CSJ. SP, may. 16 de 2007, rad. 26716, por cuyos valiosos aportes e incidencia directa para resolver el punto objeto de debate, la Sala se permite reproducir in extenso en lo pertinente:

Pues bien, del texto que viene de transcribirse (el del artículo 447, se aclara), es importante abordar tres temas acerca de la diligencia en cuestión, alusivos al momento de su

[41] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación en proceso 41.596 de fecha 21 de agosto de 2013, M.P. Gustavo Malo Fernández.

realización, su objeto y la actividad probatoria que podría llegar a demandar.

En cuanto a la oportunidad procesal, la ley claramente diferencia dos momentos para el efecto. El primero, luego de que el juez ha anunciado el sentido del fallo condenatorio en el punto culminante del juicio oral, y, el segundo, una vez verifique el allanamiento o acepte el acuerdo celebrado con la Fiscalía, en los términos de los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

En ambos casos se parte de la base de que en contra del sujeto pasivo de la acción penal se dictará sentencia condenatoria, bien porque fue vencido en el juicio oral, anuncio que hace el juez tras sopesar la prueba allegada en dicho acto y los argumentos de cierre de las partes e intervinientes, ora porque aceptó su responsabilidad en los hechos, materializada en el allanamiento o en un acuerdo que celebró con el ente instructor, aprobado por el juzgador luego de verificar, junto con la aceptación voluntaria, libre, espontánea y con cabal asesoría del defensor, que hay un mínimo de prueba a partir del cual inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (art. 327 Ib.), y que lo pactado discurre por caminos de legalidad.

De allí entonces que la prueba que se tabula en el juicio oral, apunta única y exclusivamente a determinar la responsabilidad o no del acusado en los sucesos por los cuales fue convocado al juicio, mientras que el fundamento probatorio que conlleva a avalar el allanamiento o acuerdo y emitir el subsiguiente fallo condenatorio, radica en los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o informes aportados por la Fiscalía, sin que pueda denominárseles "prueba" en sentido estricto, naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público -del cual se prescinde en estos casos-, con total respeto de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración.

Es por lo anterior que el legislador ha establecido un espacio procesal diferente para que las partes e intervinientes puedan pronunciarse sobre otros aspectos trascendentales, diferentes a la definición de la ya decantada responsabilidad, que deben ser tenidos en cuenta por el

fallador al momento de adoptar su decisión de condena, los cuales tocan con la "probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado" (artículo 447 del Código de Procedimiento Penal), fundada en aspectos del tenor de las "condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable""[42]

Pero la posición analizada no resulta ser novedosa, ya que de tiempo atrás se había establecido que al tratarse de circunstancias como la marginalidad, que tienen una inescindible relación con la ocurrencia de los hechos y responsabilidad del procesado, no puede ser debatida probatoriamente en sede de la audiencia de individualización de la pena y en ese sentido bastante clarificadora resulta la sentencia del 17 de mayo de 2007 de la Sala de Casación Penal emitida bajo el radicado 26.716, que a la sazón dijo:

"Por lo tanto, se reitera, la diligencia contemplada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 no es un espacio propicio para alegar circunstancias que puedan afectar los extremos punitivos de la sanción, frente a aspectos que tuvieron incidencia directa al momento de la comisión del delito, tales como los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y coparticipación, arts. 27 y 29 C.P., respectivamente), la determinación de los delitos continuados o masa (par. art. 31 C.P.), el exceso en las causales de justificación (inc. 2 num. 7° art. 32 C.P.), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56 C.P.) y la ira o el intenso dolor (art. 57 C.P.)".

2.4. ESTUDIO DE CASO

Para adentrarnos al análisis en concreto, se establece que el motivo de apelación se dirige en diferentes vías, por

---

[42] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal M.P. José Luis Barceló Camacho, SP 16558-2015, radicación N° 44840, diciembre 2 de 2015.

una parte, la defensa de **WACB** para lograr su absolución y por otra la Fiscalía y el Delegado del Ministerio Público para lograr la condena de **JCPM**. No obstante, la valoración probatoria se realizará de manera conjunta, en vista de que como se verá la secuencia en que ocurren los acontecimientos exigen una mirada global e integral para establecer el papel que los precitados desempeñaron, y más cuando se introduce en el debate su posible participación como coautores.

2.4.1. Responsabilidad de los señores WACB y JCPM

Ahora bien, cabe anotar también que el desenlace fatal que cobró la vida de **DJLC**, no fue observado directamente por aquellas personas que instantes antes de que el recibiera un impacto con arma de fuego, eran sus compañeros, de ahí que cobra importancia tanto la prueba indiciaria que permita establecer quién fue el autor o autores del ilícito, como el testimonio de oídas que sirvió como canal receptor del relato de la víctima cuando aún estaba consciente en el centro hospitalario que brindó la atención inmediata para preservar su vida.

Además, encontraremos que uno de los acompañantes de la víctima hizo manifestaciones contrarias al comparar el contenido de sus versiones antes y durante la audiencia de Juicio oral, por lo que será necesario determinar cuál de ellas o si ninguna merece credibilidad.

A la vez, se presentó en Juicio Oral el señor GJCB afirmando que él fue quien accionó un arma de fuego en contra de **DJLC**, con lo que buscó excluir de cualquier participación

y responsabilidad a su hermano **WACB**, situación que debe también aclararse para establecer si efectivamente se generó una confusión que perjudicaría a una persona ajena a los hechos delictivos que nos ocupan.

Cada uno de estos aspectos deben evaluarse para arribar a la solución del caso que nos ocupa.

Empezaremos por revisar el testimonio de JLSP porque dependiendo del resultado de su evaluación es posible establecer sus efectos en el conjunto probatorio, dado que la defensa de **WACB**, acude al hecho de que las personas que integraban el grupo del cual formaba parte **DJLC** se encontraban bajo el influjo de sustancias estupefacientes y por ello su capacidad de percepción se encontraría disminuida, lo cual fue dado a conocer únicamente por este testigo al momento de comparecer al Juicio Oral.

Entonces, al rendir su testimonio JLSP, la Fiscalía como parte que había requerido su práctica se percató que estaba entregando una versión diferente a la que se dio a conocer durante la etapa de investigación, de ahí que adelantó el trámite para introducir su versión inicial como parte de lo atestiguado en juicio, en línea de lo que se calificó como una retractación.

Así, son importantes los insumos jurisprudenciales que nos exigen examinar si fue legalmente introducido el testimonio adjunto del señor JLSP brindado durante la investigación, y si es así, pasar a evaluar cuál de sus versiones merece credibilidad, en tanto que tal como se explica por

nuestra Alta Corporación Penal, la sola constatación de la retractación de un testigo, no implica descartar de plano la versión inicialmente conocida ni tampoco acoger indefectiblemente la última.

Los requisitos que nos explica la Corte para considerar válidamente introducido el testimonio adjunto se concretan en los siguientes:

i) Que el testigo se haya retractado o cambiado la versión.

ii) Que esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación.

iii) Que la declaración se incorpore mediante lectura.

iv) Que se haga la solicitud de la respectiva parte, para que pueda ser valorada por el juez.

Aplicando tales requerimientos al *sub examine* se encuentra en primer lugar, la entrevista rendida por JLSP, el 13 de enero de 2016[43], ante el Patrullero Didier Reyes Larrahondo, Investigador Judicial de la SIJIN Pasto, en el que se hace un relato completo de lo ocurrido el 7 de diciembre del 2015, suministrando detalles sobre su ubicación cerca a las diez de la noche, sus actividades relacionadas con una fogata en compañía de **DJLC**, entre otros, para indicar luego que siendo las diez y quince, arribó un vehículo ocupado por cuatro hombres, siendo uno de ellos **WACB**, y procede a describir en detalle sus acciones y las de los otros ocupantes del rodante, así como lo ocurrido después de esta incursión.

[43] Fls. 112 y 113 de la carpeta principal

En cambio, al rendir testimonio en la audiencia de Juicio Oral, manifestó que efectivamente se encontraba en la mencionada reunión en compañía de la víctima, y da cuenta también del arribo sorpresivo de un vehículo de color gris. Sin embargo, al ser interrogado por la Fiscalía para que suministre los detalles de lo ocurrido después expuso que estaban "*drogados*" todos, que habían consumido de todo y que por esa razón no recordaba lo sucedido en esa noche, igualmente adujo no tener memoria de haber rendido una entrevista, solo que le hicieron firmar un documento que tampoco recuerda, dado que también estaba "*drogado*".

Vemos que efectivamente, nos encontramos frente a una retractación, ya que en su relato inicial rememoró lo sucedido en horas de la noche de aquel 7 de diciembre del 2015, sin que en ningún momento se aduzca que su capacidad para retrotraerse a esa fecha esté limitada precisamente por el consumo de sustancias alucinógenas o cualquiera otra que le impida recordar los sucesos, circunstancia que es invocada en la audiencia de Juicio Oral, contrariando entonces esa primigenia versión.

En segundo lugar, se adelantó también una lectura de esa entrevista inicial[44].

En tercer lugar, escuchada la entrevista y conociendo la retractación del testigo, tanto este como la defensa accedieron a su contenido y ello permitió que se adelantara

[44] Audiencia de Juicio Oral, sesión del 17 de marzo de 2017, Archivo 111105, minutos 00:25:17 a 00:36:20

el contrainterrogatorio con lo que se brindó la garantía necesaria de los principios de contradicción y confrontación.

Finalmente, la Fiscalía cumplió con su carga de realizar solicitud expresa para que debido a la actitud del testigo se incorpore la entrevista que rindió ante policía judicial y forme parte integral del testimonio[45].

Se cumplen así, los requerimientos jurisprudenciales para tener en cuenta la manifestación realizada por el señor JLSP ante el personal investigador y proceder enseguida a compararla con lo declarado en el Juicio Oral y determinar a cuál de las versiones se otorga credibilidad si acaso hay lugar a ello, o si a ninguna.

En ese proceso, resulta estratégico en algunas ocasiones como aquí será de utilidad, comparar los detalles suministrados en una y otra oportunidad, así como verificar los contenidos de las versiones contrapuestas a través de otros medios de convicción, aunque en otras ocasiones es posible establecer además cuál es la causa racional para que inicialmente se entregue una versión y cuál la causa para que se dé la retractación.

En esa senda, revisamos la entrevista rendida por JLSP, el 13 de enero de 2016, encontrando que suministra detalles que nos permiten conocer su ubicación, cuando describe el lugar en el que se encontraba, las personas con quienes se hacían compañía, la actividad que estaban adelantando, ya que estaban amenizando el encuentro con una fogata en las

[45] Ibidem, minuto 00:39:30

afueras de la casa de un familiar de **DJLC**, la hora en que hace arribo un vehículo de color gris, el número de sus ocupantes, la utilización de un arma de fuego por parte de quien identifica como WILBER, los actos desplegados por su hermano a quien distingue con el alias de "AFU", al igual que la forma de intervención de quien conoce como "ESTRELLA", el hecho de que no pudo distinguir al otro ocupante del automotor, ya que se percató que eran cuatro hombres.

El testigo describe también, la forma en que el grupo que estaba departiendo junto a la fogata, fue disgregado, logrando protegerse él, B y un sobrino de D, en la casa, y que en cambio Miller y la víctima, se vieron obligados a huir por la calle, cuando se inicia una persecución directa por parte de W con arma de fuego en mano, quien disparaba a D.

En fin, resulta tan descriptivo el relato, con una secuenciación bastante coherente, que difícilmente, puede aceptarse que se realiza por alguien que no recuerda nada de lo acontecido, o que al momento de la entrevista tuvo dificultades para realizar el relato.

Esa riqueza descriptiva, contrasta con lo depuesto en juicio, porque simplemente adujo no recordar los hechos, pero sí alcanzó a mencionar la fecha, horas y arribo de un vehículo, atribuyendo esa falta de memoria al hecho de que se encontraban *"drogados"*, sin embargo, no entrega detalles de qué tipo de sustancias o elementos los habría llevado a ese estado, la cantidad consumida, quién o quiénes los suministraron. Llama la atención también que la misma razón

fue suministrada para justificar que no recordaba si rindió una entrevista o su contenido, aunque sí reconoció su firma.

Afirma que para la fecha de los hechos estaba drogado y que para la fecha de la entrevista también, sin embargo, en dicha diligencia no quedó ningún registro o constancia que permita siquiera superficialmente determinar un estado que afectara sus sentidos pues se encuentra un relato coherente, circunstanciado y prolijo en detalles. Nombres, ubicaciones, tiempos. O se denota al menos que ante la coherencia del relato y la capacidad de recordación, no pudiera pensarse por parte del entrevistador que estuviese bajo el influjo de sustancias alucinógenas.

Esta actitud asumida en la audiencia de Juicio Oral, unida al hecho de que estaba tratando de evadir el cumplimiento de la citación realizada por la Fiscalía, al punto de que se acudió a las autoridades policivas para lograr su ubicación y su conducción, nos indican que JLSP trataba más bien de ocultar todo aquello de lo que tuvo conocimiento por encontrarse presente en el lugar y hora de los sucesos que al final cobraron la vida de **DJLC**.

Por otra parte, como se verá, la secuencia de cada fase factual y su resultado, coincide con los relatos que también realizaron en juicio al menos dos de las personas que formaban parte del grupo del que hacía parte la víctima, MACS y BDCB, todo lo cual nos permite otorgar mayor credibilidad a la inicial versión suministrada por el testigo JLSP.

En cuanto a las causas que dieron lugar a la retractación, no fueron establecidas a través de su testimonio, aunque SMB manifestó que fueron amenazados al menos dos testigos que debían comparecer al juicio, esto es M y B, de lo que se enteró porque ellos mismos le comentaron al respecto. Se tiene además que, al inicio del Juicio Oral, el señor Fiscal dio a conocer la dificultad en lograr la comparecencia de los testigos quienes habían informado a la asistente de su despacho, su deseo de no presentarse, por haberse elevado en su contra amenazas.

Es más, la situación de riesgo para los testigos fue corroborada cuando se presentó un incidente en medio de la audiencia de Juicio Oral, al momento en que rendía su testimonio BDCB, quien en medio del interrogatorio informó que desde la puerta del recinto le estaban indicando gestos o señales que simulaban dispararle en la cabeza y que lo mismo hizo A, por lo que hubo la necesidad de que la señora Jueza diera la orden al personal que prestaba seguridad a fin de que se alejara a las personas que estaban ubicadas en la puerta y que se pidiera apoyo policial a fin de brindar protección.

Lo anterior aunado al hecho que enseguida se resaltará sobre el contexto de violencia entre grupos, se ofrece como una causa razonable por la cual algunos testigos no comparecieron al juicio o por la cual no quisieran hacer un relato sobre los hechos o para retractarse de lo dicho al inicio de la investigación. Al respecto JLSP, negó haber sido víctima de algún tipo de amenaza, cuando fue interrogado al respecto por el señor Fiscal al notar el cambio de su declaración, sin

embargo, aún sin existir algún tipo de amenaza, el riesgo era latente para todos los testigos, como se acaba de exponer.

El riesgo a que se alude, no solo fue notorio durante la actuación procesal, se agrega que el contexto en el que tienen ocurrencia los hechos, se relaciona con la confrontación grupal, que fue manejada durante la investigación y juzgamiento como la lucha entre "*pandillas*" diferenciadas por la residencia de sus integrantes en determinado sector de este municipio, o por el contacto derivado de la amistad o la familiaridad de personas de otros sectores con dichos residentes.

Lo anterior fue descrito por SMB quien explicó al ser interrogada sobre los posibles motivos o causas de la agresión en contra de **DJLC**, que ello obedeció a que siempre se presentaban disputas entre dos grupos bien diferenciados, por un lado, los de "*La Vuelta Negra*" y por otro los de "*Marquetalia*".

Por su parte, MACS, también hizo referencia a la confrontación de esos grupos que se distinguen como los de "*La Vuelta Negra*" y los de "*Marquetalia*" ubicándose él en este último, y fue muy expresivo al indicar que en ese contexto ocurre muerte tras muerte, y que ninguno de ellos puede sobrepasar su territorio.

Ahora bien, en medio de esa animadversión generada por esas líneas invisibles entre un sector y otro, se presentaron varios incidentes, que corroboran el tenso

ambiente que vaticinaba la ocurrencia de una situación mucho más grave.

SMB, cuenta que días antes la víctima tuvo una pelea con **C** por una niña a la que le había pegado él, por su parte MACS, manifestó que se enteró que **DJLC** había tenido dos días antes un problema con CE, por la prima, razón por la cual éste amenazó a **DJLC**, diciéndole que lo iba a matar. A su vez BDCB indicó que el motivo de la agresión se produjo porque la víctima le había pegado a la sobrina de **JCPM**.

Otro incidente acaeció la misma noche del 7 de diciembre de 2015, que se describe por ALBR y su pareja GJCB, cuñada y hermano de **WACB**. Dan a conocer que en varias ocasiones cuando iban a recoger a su hijo al jardín, se encontraban con **DJLC** y había desavenencias.

Ya para esa noche en específico, ALBR indica que se transportaban en la moto con su esposo e hijo, y cuando pasaban por la cancha Libertad en dirección a Rio Blanco, en un cruce, se encontraron con **DJLC** y Caicedo, y él sacó un cuchillo tratando de agredir a su esposo quien esquivó el ataque pero caen con la moto sobre el andén y se lesionaron, lo cual causó gran enojo a su pareja, por lo que los llevó a ella y a su hijo a la casa y salió luego sin conocer hacia donde se dirigía o lo que pretendía hacer.

El relato de GJCB será analizado más adelante, puesto que hasta este punto lo que resulta relevante, es confirmar que la rivalidad entre los grupos que hemos venido

mencionando, era una constante y que este episodio sería el detonante que definiría la suerte de **DJLC**.

Veamos enseguida qué sucedió después, conforme la descripción que realizaron directamente MACS y BDCB en el Juicio Oral y JLSP a través de su testimonio adjunto, lo que se integrará al relato entregado por SMB.

Conforme al referido por los primeros prenombrados, se establece que en la noche del 7 de diciembre del 2015, se encontraban reunidos con **DJLC** y M, y por tratarse de una fecha especial en la que se acostumbra prender velas, estaban ubicados hacia la calle, en donde se había encendido una fogata; sin embargo siendo aproximadamente las 10:30 p.m., de manera sorpresiva irrumpe un vehículo marca Renault 9 de color gris, que era ocupado por cuatro hombres, del que descendieron tres de ellos quedando el conductor pendiente del automotor y con este encendido.

Quienes arribaron bajo esas circunstancias al sitio de la fogata fueron identificados ya sea por sus nombres y apellidos o por uno de sus nombres y sus apodos, al igual que fue suministrada su descripción, lo que para los testigos era fácil determinar por la luminosidad del sector y porque se conocían de tiempo atrás por razón de vecindad, recordemos que precisamente esa cercanía territorial era lo que generaba conflictos. A la vez los deponentes indicaron las acciones que adelantaron cada uno de los partícipes de la agresión, lo cual es muy importante analizar de manera integral y no aislada porque ello fue el resultado de una serie de acontecimientos y que unido a las circunstancias modales

del momento, nos permitirán establecer sí aquí tuvo ocurrencia una coautoría y si **JCPM** se incluye en la misma como lo alegan la Fiscalía y el delegado del Ministerio Público.

Aquí es necesario, revisar los argumentos presentados por la defensora de **WACB** y que podemos resumir en tres aspectos, i) La confusión que puede generar el apodo de *"Cuy"* respecto de la identificación del agresor, en tanto los dos hermanos **CB** son conocidos como "*C*"; ii) El ubicar a **WACB** en un lugar diferente al momento de los hechos, y iii) La responsabilidad de GJCB en la ejecución del punible, con fundamento en su confesión.

Adentrándonos en el primer punto, dice la defensora que la declaración de SMB, además de tratarse de una testigo de oídas, no produce la convicción suficiente acerca de que la víctima hubiera reconocido en su atacante a su protegido, pues se limitó a responsabilizar al *"Cuy"* sin que hubiera diferenciado a cuál de los dos hermanos se refería, situación que adquiere relevancia cuando la propia declarante aceptó que a los dos parientes se los conoce con el mismo apelativo y ello fue ratificado por otros testigos.

Empero el planteamiento de la apelante no es de recibo, porque en primer término el hecho de que la testigo no haya sido presencial de los hechos, no permite su descarte de plano en el conjunto probatorio, no solo porque su conocimiento provino directamente de **DJLC**, con quien logró dialogar cuando aún estaba consciente al arribar al centro hospitalario, lo que la convierte en una testigo de oídas de primer nivel, sino además porque todo lo que él le memoró coincide con el relato

de las personas que lo estaban acompañando al momento del arribo del grupo agresor.

En segundo término, el alcance que la defensa quiere dar al tema de los alias, no es como lo quiere mostrar, puesto que, si se analiza en conjunto la prueba recogida, inclusive la aportada por la bancada defensiva, se acaba con cualquier duda que se pueda albergar al respecto, consolidando la idea de que los hermanos **CB** son sujetos ampliamente conocidos en el sector y plenamente identificables uno como "*Afu*", haciendo alusión a GJCB, y el otro como el "*Cuy*" refiriéndose a WA.

A la defensa le asalta una duda: ¿Cómo saber si aquel a quien la víctima refirió con el alias de "*Cuy*" es la misma persona que en audiencia de Juicio Oral fue señalada por la testigo SMB y que respondió al nombre de **WACB**?. La respuesta afirmativa es contundente, y aquí también cobra relevancia el estudio probatorio que acoja la prueba en su integridad y no de manera aislada.

En tal sentido brinda luces la misma víctima, puesto que entre él y su victimario había un conocimiento anterior solidificado por las continuas disputas que había entre las pandillas, sus integrantes, inclusive de forma personal entre ellos; lo que de suyo permite inferir que D sabía distinguir a la perfección entre el *"Cuy"* y *"Afú"*, ya que se reitera tal diferenciación se daba tanto a nivel social en el barrio como familiar, al igual que entre los grupos rivales. En ese sentido la única conclusión racional apunta a decir que cuando él en

esos momentos herido, le dijo a SMB que su agresor era el "*Cuy*", hacía directa alusión a **WACB**.

SMB[46], también brinda información por conocimiento directo, pues a más de haber recibido información de la víctima, da cuenta de cómo los dos familiares son totalmente individualizables ya que los conoce hace 10 años, siendo reconocidos cada uno por su respectivo alias.

A lo anterior se suma el hecho de que al revisar los testimonios de aquellos que acompañaban a la víctima se determina que del grupo de personas que arribaron al sitio de reunión solo una actuó en persecución del hoy occiso, que era la única que llevaba un arma de fuego y la accionó en dirección hacia su perseguido. Y así describen este episodio los testigos: MACS relata que **WACB** persiguió a D, que sacó el arma de fuego y la desenfundó, que dicha persona se conoce con el alias de *"Cuy"* y que únicamente él adelantó esta acción; BDCB, aunque no menciona el alias, es contundente en decir que el individuo que salió en persecución de la víctima responde al nombre de **WACB;** por su parte JLSP al rendir entrevista, indicó que del vehículo salió por la parte de atrás **WACB** a quien le dicen *"Cuy"* y apuntó con un arma de fuego hacia el grupo inicialmente y luego en contra de **DJLC**.

Además, MACS[47] deja claro que distingue perfectamente a los dos consanguíneos y establece de forma certera el rol que desempeñaron cada uno en la noche del 7 de diciembre, sin

[46] Cd 7 marzo 2 audio 1 minutos 42:02 y ss, 46:40 y ss, 54:09 y ss.
[47] Ibid audio 2 minuto 6:10 en adelante.

dubitación distingue entre "*afú*" y el "*cuy*", sabe que son hermanos y da cuenta de los problemas que han existido entre las pandillas desde tiempo atrás. De otro lado ratificó conocer a Wilber porque aquel trabajaba en la escuela donde el testigo estudió, también aseguró haber sido objeto de persecución por parte de GC la noche del ataque, razón de más para que pudiera identificar a cada uno.

A su turno, BDCB[48], de igual manera conocía a los hermanos anteriormente puesto que había tenido problemas con ellos y manifiesta que lo perseguían, por ello diferencia perfectamente a los apodados *"Cuy"* y "*Afú*", al punto que los pudo reconocer y describir las actividades que realizaron cada uno la noche de los hechos.

También JLSP[49] en su declaración tuvo oportunidad de mencionar que a quien se conoce como *"Afú"* responde al nombre de G.

Si ello no fuera suficiente, MACS y BDCB, en la audiencia de Juicio Oral señalaron directamente a **WACB** como la persona que salió en persecución de la víctima con un arma de fuego que accionaba en su contra. De esa forma los relatos de estos testigos se complementan con el que brindó la víctima a SMB, para establecer sin duda que la persona a la que se refirió la víctima como alias *"Cuy"* es **WACB.**

[48] Cd 7 marzo 16 audio 2 minuto 12:03 en adelante.
[49] Cd 7 marzo 17 audio 4 minuto 15:50 y ss.

De paso esta ilación deriva también en establecer que pese a que nadie observó el momento preciso en que se realizó el disparo que alcanzó la integridad de **DJLC**, al complementar el relato que hacen los testigos directos con el que entrega la testigo de oídas, SMB, se determina que la persona que es observada inicialmente realizando la persecución que se sabe suficientemente fue una sola, es la misma persona que la víctima señala de ser quien accionó un arma de fuego, elemento que todos coinciden en afirmar estaba en manos de **WACB**.

Pero también los testigos de la defensa aportan datos valiosos en pro de verificar si puede haber confusión respecto de los apelativos con los que son conocidos W y G, puesto que cuando se interrogó a ALBR[50], que dicho sea de paso convive con GJCB, no tuvo dudas en precisar que a su pareja se lo conoce como *"Afú"*. EJPC vecino del barrio señaló que a Wilber se lo conoce como "cuyes" y a su hermano le dicen *"Afú"*[51] e inclusive GC explicó que, si bien a toda su familia les dicen *"Cuyes"*, a él lo conocen como "*Afú"*[52].

Bajo el tamiz de lo recapitulado inane resulta pretender crear un manto de duda acerca de la identidad de la persona que ejecutó el arma de fuego contra la humanidad de **DL**, pues en conjunto con los relatos de los testigos de la Fiscalía no queda duda de que tal sujeto fue **WACB**, ya que fue directamente reconocido por quienes se encontraban presentes al momento de los hechos, lo cuales manifestaron conocer de tiempo atrás al mentado, haberlo observado

[50] Cd 7 marzo 17 audio 5 minutos 55:10 y 58:06.
[51] Cd 7 marzo 22 audio 7 minuto 15:57.
[52] Cd 7 marzo 22 audio 7 minuto 34:52.

cuando se apeó del rodante portando un arma de fuego y al poco tiempo oír el disparo, justo cuando había salido en persecución del hoy fallecido.

El segundo punto de controversia nace de los esfuerzos realizados por la abogada que representa los intereses de **WACB** en pro de consolidar la idea de que su protegido se encontró la noche del 7 de diciembre de 2015 departiendo con amigos y familiares en una reunión de barrio que inició alrededor de las 7:00 p.m. y culminó en la casa del profesor Jaime Coral en horas de la madrugada del 8 de diciembre.

En ese sentido declaran VACB[53], JACC[54] y EJPC[55], sin embargo sus dichos no son suficientes para construir con la fuerza necesaria la idea que se pretende, pues si bien todos afirman haber visto a **WACB** desde tempranas horas de la noche, que en ningún momento se alejó del lugar y permaneció hasta la madrugada del siguiente día, al momento de preguntarles sobre actividades que el procesado estuvo realizando, ninguno apunta a establecer actos concretos respecto de los cuales se pueda deducir sin asomo de duda que **WACB** estuvo presente en la fiesta durante los momentos en que se estaba ejecutando el atentado contra la vida de DJLC.

Al respecto la testigo VACB comentó que estuvieron en la reunión, comieron, compartieron licor y bailaron, en similar sentido declaró JC y EP, agregando este último que observó a **WACB** preparar carne junto al señor Jaime, con ello al aplicar

[53] Cd 7 marzo 17 audio 5 minuto 28:57 y ss.
[54] Cd 7 marzo 17 audio 6 minuto 14:44 y ss.
[55] Cd 7 marzo 22 audio 7 minuto 11:12 y ss.

las reglas de la experiencia y haciendo nuestra la tesis planteada por la Jueza *Ad Quo,* es menester establecer que en este tipo de eventos las personas se dispersan, se distraen en las diferentes actividades y por ende cabe la probabilidad de que aunque sea por algunos minutos WACB se hubiere ausentado del lugar sin que los declarantes se percaten de la situación, trasladándose hasta donde se encontraba reunido el grupo adversario.

Valga recalcar dos aspectos, primero, no se trata en este punto de descartar unos u otros testigos por sus profesiones, actividades diarias o nivel de escolaridad, como al parecer lo entiende la defensora, lo que se busca es hacer un análisis de la prueba aportada por las partes y en el presente evento los testigos llevados a estrados en favor de la tesis de **WACB** dejan abierto un boquete respecto de la íntegra permanencia de aquel para la noche de los hechos, situación que es solventada por los testigos de la Fiscalía cuando sin arrimo de dubitación afirman la participación de él en los actos violentos, dando por menores de cuáles fueron sus acciones, siendo que como ya se analizó, eran personas que estaban en total capacidad de reconocer al enjuiciado.

Así, ante la contundencia de los relatos de cargo, la estrategia de ubicar en otro sitio a **WACB**, a la hora del ataque a **DJLC** y su grupo, pierde peso, puesto que si bien los testigos de descargo mencionan que también estaban en una actividad especial precisamente por tratarse de la acostumbrada celebración de encender velas, resulta que la misma se prolongó por toda la noche, en lo cual era factible que los testigos no se percataran de la ausencia temporal de **WACB**, además que la agresión no ocurrió en un lapso

prolongado de tiempo, sino en cuestión de minutos, al igual que por tratarse de rencillas derivadas del dominio territorial, había proximidad.

Cercanía que se deduce no solo del contexto de las confrontaciones claramente distinguidas por los sectores o territorios que indican su vecindad, sino que así también lo explica SMB, cuando se le pregunta por la distancia entre los barrios de *"Vuelta Negra"* y *"Marquetalia"* informó que era "*poca*".

El tercer punto de estudio en el acápite relativo a la responsabilidad de **WACB** tiene que ver con la confesión realizada por su hermano GJCB aceptando ser el responsable del homicidio de **DJLC**, sin embargo considera esta Colegiatura que los medios de convicción arrimados para establecer como verídicas las afirmaciones vertidas por el testigo confeso no son suficientes y además, al menos en punto de aceptar que él fue quien accionó el arma, lo que no necesariamente implica su ausencia de responsabilidad.

Como único testigo para reforzar las afirmaciones de G se presentó a su esposa ALBR la cual en su narración[56] da a conocer que el día de los hechos, en horas previas, alrededor de las 8:00 p.m. cuando se dirigían a su hogar fueron víctimas de un ataque perpetrado por DJLC, en el que resultó lesionada la familia incluyendo su menor hijo, hecho que habría sido el detonante para que G saliera de la casa aproximadamente a las 10:00 p.m. regresando momentos después para comentarle que había ido a buscar al pretérito agresor.

[56] Cd 7 marzo 17 audio 5.

Por su parte GJCB comentó que para ese 7 de diciembre trabajó hasta la 6:00 p.m. se dirigió a su hogar encontrándose con su esposa e hijo, a las 7:30 p.m. salieron hacía donde el suegro y de regresó a casa pasando por la cancha del Libertad se encontraron con D quien estaba acompañado de Brayan y el primero de ellos intentó agredirlo ocasionando la caída de la familia del rodante en el que se transportaban, posterior a ello se fueron a su hogar, permaneció de 10 a 15 minutos y salió a buscar a su amigo Jimmy Calvache quien le facilitó la "pacha"[57], se fue a la calle principal tomó un taxi con dirección a la Ciudadela el cual se aparcó a unas casas de donde se encontraba la víctima departiendo con unos amigos, se colocó la capucha del buzo y una bufanda, en tanto D fue consciente de su presencia salió corriendo, las otras personas se internaron en una casa, el declarante se fue tras de quien huía, le disparó pero la víctima siguió en su fuga y él hizo lo propio pero tomando una vía en sentido contrario. Al siguiente día le informaron que **DJLC** estaba herido.

Analizando en conjunto las dos narraciones y contrastándolas con el material probatorio ofrecido por el Fiscal se observan varias situaciones que llevan a no dar total credibilidad a la supuesta confesión de GJCB.

En cuanto a la ocurrencia puntual de los hechos en el sector de la Ciudadela, el relato de GJCB se quedó huérfano de cualquier medio de prueba que lo pueda sustentar, puesto que su pareja tuvo contacto con él hasta aproximadamente las 10:00 p.m. hora en la que salió retornando al hogar media

[57] Arma de un solo disparo.

hora después, resultando claro que como están las cosas, al juicio oral no se allegó otros medios de convencimiento que den soporte a la narración en el momento justo de ocurrencia de los hechos, o en otras palabras, la parte más importante del relato, alusiva al encuentro que sostuvo con el grupo enemigo y la forma en la que presuntamente atentó contra la integridad de DJLC, se observa huérfana de medios cognoscitivos que la apoyen.

A contrario sensu la prueba incriminatoria recogida desdibuja las narraciones de quien busca hacerse con la responsabilidad, puesto que los testigos que son soporte de la acusación señalan que al lugar de los sucesos llegó un carro gris viejo de marca Renault 9, del cual desabordaron varias personas, una de ellas armada, ésta fue tras de D y a los pocos instantes se sintió el disparo. Como vemos en ese relato ninguno de los presentes menciona que los agresores hubiesen llegado en taxi, además de haber sido ese el medio utilizado, el testigo confeso, no menciona qué ocurrió con dicho automotor, si el conductor lo esperó para facilitar su huida o si era conocido como para que se quedara impávido frente al acto de agresión que los testigos presenciales indicaron que fue perpetrado de manera inmediata al descenso del automotor por parte de los agresores.

En ese interregno las declaraciones dieron cuenta de que quien portaba el arma era WC o "*Cuy*", que *"Afú"* también estuvo presente teniendo el espacio para perseguir a uno de los declarantes y además dejar tirando al piso unas motocicletas, para luego escapar en el vehículo.

Pero si lo anterior fuera poco el mismo relato de GJCB presenta ciertos matices que llevan a tornarlo a lo menos dudoso, nos encontramos en un contexto de fuertes y constantes conflictos, que impedían que unos arribasen al territorio de los otros. Bajo ese presupuesto a lo menos resulta extraño que una sola persona decida incursionar en territorio enemigo para ejecutar un acto de venganza, nótese que desde el momento en que ocurrió el altercado entre D y G habían pasado cerca de dos horas, lapso en el que se logra apaciguar los ánimos, reflexionar sobre la situación y emprender acciones más concienzudas.

GJCB dijo en su relato que una vez arrimó a donde se encontraba la banda rival se colocó la capucha del buzo y una bufanda vio varias personas que no alcanzó a reconocer, pero que cuando D lo vio salió corriendo[58], pero entonces si el agresor había cubierto su rostro como es que la víctima inmediatamente lo reconoce y emprende la huida, cómo dedujo D de quien se trataba y que iba justamente tras él, así pues toma mayor fortaleza lo aducido en las narraciones de la contraparte, las cuales son firmes al decir que los sujetos que se apearon del rodante no tenían cubiertos sus rostros lo que facilitó su identificación. Además, si era GJCB quien tenía un objetivo ya fijado resulta a lo menos extraño que no haya reconocido a ninguna de las otras personas que departían en la fogata, pues lo mínimo que debió haber hecho es observar a los que estaban congregados con el fin de identificar a su blanco, circunstancia que daba pie para que pudiese reconocer a por lo menos uno o varios de los sujetos con quienes sostiene contienda de tiempo atrás.

[58] Cd 7 marzo 22 audio 7 minuto 48:19

Bajo los anteriores presupuestos mal puede pensarse que el dicho de GJCB tenga la facultad de generar duda respecto de la teoría del caso presentada por el Fiscal, corroborada durante el juicio oral, respecto de la participación en el homicidio por parte de **WACB**.

No está por demás resaltar que otras argumentaciones de la defensa, como lo es el de planes creados por terceros o la pandilla de Marquetalia para incriminar a su protegido, el supuesto estado de alicoramiento o drogadicción en el que estaban quienes departían en la fogata, las malas condiciones de visibilidad o que en el sector pudieron haber otras personas enemigas de la víctima, no pasaron de ser tesis carentes del suficiente respaldo probatorio, e inclusive en el caso de dos de ellas como la situación de alienación de los muchachos que estaban departiendo cerca de la Ciudadela y el mal estado de visibilidad, fueron controvertidos por medio de la prueba testimonial.

Se resalta también que la única fuente que adujo que las personas que departían en la fogata, estaban "drogados" fue JLSP, pero claramente se denotó que ello lo expuso simplemente con el fin de evadir el relato atribuyendo su falta de memoria a ese estado, en total contravía de su relato inicial y el brindado por los testigos presenciales MACS y BDCB.

Finiquitado el punto atinente a la responsabilidad de **WACB** que permite concluir en el descarte de los argumentos defensivos, se pasa enseguida a evaluar lo relacionado con el

cuestionamiento formulado por la Fiscalía y Ministerio Público respecto de la responsabilidad de **JCPM.**

Con el precitado, de manera similar a como sucedió con **WACB,** es conocido además con un sobrenombre, sin embargo, cabe aclarar que en la audiencia de Juicio Oral **JCPM** fue señalado directamente por SML como la persona que conoce como CE; igual situación se presentó con MACS y BDCB, quienes también señalaron a **JCPM** como otra de las personas que hacía parte del grupo agresor, indicando que él procedió a lanzar piedras a la casa de la familia de la víctima y que citan como CE.

Ahora para establecer su responsabilidad en el homicidio de **DJLC,** toda vez que el devenir del juicio oral no aportó pruebas directas acerca de la existencia de un plan previo para acabar con la vida de **DJLC**, será menester analizar si, como lo planteó el representante de la sociedad, los indicios resultan suficientes para llegar a concluir más allá de toda duda, acerca de la participación como coautor.

Ya miramos conforme a los precedentes, que el indicio debe partir de un hecho o hechos demostrados que nos permitan inferir conforme a una regla de la experiencia otro hecho que en principio es desconocido.

En el *sub examine* se lograron demostrar los siguientes hechos:

- La existencia de un prolongado conflicto entre dos grupos diferenciados por sus lugares de residencia o

familiaridad o amistad con los mismos, por un lado, los del sector de Marquetalia y por otro los de la Vuelta Negra, del primero hacía parte el hoy occiso y del segundo **JCPM**, los hermanos CB y N.

- **JCPM** y G habían tenido confrontaciones directas con la víctima, el primero dos días antes y el segundo la misma noche del 7 de diciembre de 2015, cerca de las 8:00 p.m.

- El último incidente produjo un gran enojo a GJCB, por lo que fue a dejar a su familia a la casa, y salió cerca de las 10:00 p.m., regresando tiempo más tarde en la misma noche.

- La incursión del grupo atacante se dio alrededor de las 10:30 p.m. del 7 de diciembre de 2015, en un sector que es de dominio del grupo de Marquetalia del que hacía parte **DJLC**.

- El grupo agresor arribó al sitio donde se produjo el ataque en un vehículo de color gris con cuatro ocupantes, tres de los cuales descendieron del mismo y el conductor que se quedó a cargo del automotor.

- Cada uno de los que descendieron del vehículo adelantó una acción específica, conforme los deponen MACS, BDCB y JLSP, así: **WACB** salió en persecución de **DJLC** accionando un arma de fuego en su contra; GJCB tumbó las motos y salió en persecución de MACS, en dirección contraria a la ruta seguida por los primeros; **JCPM** se ocupó de lanzar piedras a quienes estaban en el lugar de residencia de la

familia de **DJLC**, en el que se alcanzaron a proteger BDCB, JLSP y un sobrino de la víctima (M).

- **WACB,** fue observado con un arma de fuego que accionó directamente en contra de **DJLC** al iniciar la persecución.

- El arma fue adquirida por GJCB, pero la terminó portando y utilizando su hermano **WACB**.

- Después de que los amigos de la víctima lo pierden de vista escucharon un disparo, entretanto el vehículo en el que arribaron se movilizaba despacio.

- Después del disparo, todos regresan al vehículo y huyen.

- Posterior a los hechos BDCB, da a conocer que **JCPM** lo amenazó, lo que tuvo ocurrencia dos días después de que declarara ante la Fiscalía.

Ahora bien, relacionados los hechos anteriores, procede determinar en el camino indiciario, cuáles son las inferencias lógicas que de ellos se desprenden, entre las cuales encontramos:

- El ambiente de permanente conflicto entre los grupos enfrentados, que tenían entre sus diferencias la idea de un dominio territorial, permite determinar que entre sus integrantes existía una identidad de intereses, un compañerismo que los fortalecía ante los contrincantes.

- La defensa del territorio, que hacía conocer de antemano que ninguno de los integrantes de cada grupo podía sobrepasar los límites de su sector sin correr riesgo, permite establecer que para romper esa regla debía existir un motivo suficiente que justificara someterse a un peligro latente inclusive de muerte. Igualmente que actuar de manera individual aumentaría el peligro, por lo que es más probable que se actúe de manera grupal, lo que hace que pierda credibilidad la confesión de GJCB quien manifiesta haber actuado de manera solitaria.

- En esa misma lógica, la incursión en horas de la noche, en un sector hostil para los atacantes, permite descartar la idea de un ataque impulsivo por parte de una sola persona, y hace más probable que GJCB con quien se presentó el último enfrentamiento buscara el apoyo de su grupo programando y organizando la incursión.

- La enemistad antecedente grupal unida a los incidentes directos entre **DJLC** con **JCPM** y GJCB, permiten inferir que existían motivos para que ellos actuaran en su contra, igual para que los demás integrantes del grupo se unieran a cualquier plan de venganza, lo que describen el señor Fiscal y Ministerio Público, como el indicio de móvil.

- La forma en que actuaron los cuatro individuos que arribaron en el vehículo de color gris, refleja que existía coordinación ya que mientras **WACB** perseguía a **DJLC,** GJCB tiraba las motos y perseguía a MACS, y **JCPM** lanzaba piedras a los demás. Lo cual a su vez indica claramente que había un objetivo común, cual era atacar directamente a

quien luego falleciera y neutralizar a quienes lo acompañaban para evitar cualquier acción de apoyo en su defensa.

- El hecho de que se mantuviera el vehículo encendido con un avance lento mientras se ejecutaba el ataque conjunto indica que la idea era utilizar el menor tiempo posible en el ataque y además facilitar la huida.

- La posterior actuación de **JCPM** amenazando a BDCB por el hecho de haber declarado en la Fiscalía, deja entrever dos situaciones, primero su rígida voluntad de integración al grupo de la Vuelta Negra, manifestada en su convicción para protegerlo y preservarlo, y segundo el querer, de a lo menos, amedrantar a un testigo que acudiría a juicio oral para declarar acerca de los hechos ocurridos el 7 de diciembre, en los cuales él había tenido activa participación.

Estas inferencias permiten identificar varias reglas de experiencia que nos llevarán luego a una sola conclusión, esto es que existía un acuerdo previo entre los partícipes.

Así de la identidad de grupo, se encuentra como regla de experiencia que si se adelanta una actuación en contra de uno de sus integrantes sus compañeros también se sentirán afectados.

Por el dominio territorial y su permanente defensa, unido a la enemistad antecedente y grupal, permite aplicar una regla de experiencia de preservación, ya que un solo individuo no se

someterá al riesgo extremo de perder su vida ingresando sin ningún apoyo a territorio hostil.

Y por supuesto, el trabajo mancomunado, coordinado y rápido al que hemos hecho referencia en varias de las inferencias, durante la acción de agresión y posterior a ella con la utilización de un vehículo y un conductor a cargo del mismo para facilitar el arribo y la huida grupal, indican claramente un acuerdo previo, un plan previamente orquestado para atacar a **DJLC,** a la vez que tuvieron el suficiente cuidado de ubicar exactamente donde se encontraba.

La regla de experiencia que aquí se aplica nos enseña que si varias personas actúan de manera coordinada, es porque previamente se han reunido para elaborar objetivos comunes y asignar funciones y tareas que luego se deben desarrollar en pro de esos objetivos, máxima a la que nuestra Corporación ya ha acudido en anteriores oportunidades[59] con apoyo en lo enseñado por el Órgano de cierre en materia penal[60], cuando nos indica:

> *"Cuando el proceso inferencial pueda hacerse a partir de una máxima de la experiencia, la argumentación suele expresarse como un silogismo, donde la máxima de la experiencia es la premisa mayor, el dato demostrado (otrora llamado hecho indicador) constituye la premisa menor, y la síntesis dará lugar a la respectiva conclusión.*
>
> *Así, por ejemplo, si no existe "prueba directa" de que varias personas acordaron previamente realizar una conducta punible (elemento estructural de la coautoría), pero se tiene el dato de que actuaron coordinadamente, el dato desconocido (el acuerdo previo) puede inferirse razonablemente a partir del dato conocido (actuaron coordinadamente), a partir de un enunciado general y abstracto que puede extraerse de la observación cotidiana*

[59] T.S. de Pasto, 26 mar. 2021, rad. 52001600048520160415 4-01 N.I. 18302 MP Silvio Castrillón Paz.
[60] CSJ. SP 1467-2016. 12 oct. 2016, rad. 37175. MP. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

y repetida de fenómenos, que podría expresarse así: casi siempre que varias personas ejecutan una acción de forma coordinada es porque previamente han acordado su realización.

"Valga aclarar que este tipo de reglas no se extrae de la observación frecuente de acuerdos para cometer delitos (esto escapa a la posibilidad de observación cotidiana), sino de la percepción de fenómenos frecuentes sobre el comportamiento de los seres humanos cuando interactúan armónicamente entre sí: eventos deportivos, trabajos grupales, etc.

"Como es apenas obvio, el nivel de generalidad (o mayor cobertura del enunciado general y abstracto) incide en la solidez del argumento. Así, por ejemplo, entre mayor sea la cobertura de la regla: "casi siempre que los seres humanos actúan coordinadamente es porque previamente han acordado realizar la acción conjunta", mayor será la fuerza del argumento estructurado a partir del dato de que varias personas actuaron coordinadamente, claro está, bajo el entendido de que el mismo está demostrado".

"Un argumento de esa naturaleza suele ser suficiente, incluso si se le considera aisladamente, para sustentar un determinado aspecto de la responsabilidad penal".

Otra inferencia de acuerdo previo proviene de que la víctima con la última persona con la que tuvo hostil contacto fue con GJCB, sin embargo quien accionó el arma de manera directa fue **WACB,** ello es indicativo de que las personas que se movilizaron en el vehículo debieron haber definido quién iba a portar el armar y ejecutar la acción, a la vez que decidieron quién sería el conductor y quién neutralizaría a los acompañantes adelantado las acciones que fueran necesarias en ese momento, como así ocurrió cuando GJCB tiró las motos al piso y **JCPM** lanzó piedras al menos a tres de los acompañantes de la víctima quienes se protegieron en la casa de su familia, todo ello indicativo de que se debía neutralizar o disminuir cualquier apoyo a la víctima por parte de sus acompañantes.

Todo lo anterior permite concluir que quienes se apearon del vehículo tenían distribuidas sus tareas mostrando que todos eran conscientes del fin perseguido y el apoyo que debían dar para su consecución, en ese sentido la acción de **JCPM** no se muestra aislada, y al contrario, procedió a mermar la capacidad de reacción del otro bando lanzando piedras al lugar donde se habían refugiado, finalizando la acción delictiva en una partida colectiva. Aporte que se torna relevante, ya que neutralizar cualquier apoyo por parte de los otros integrantes del grupo enemigo hacia la persona en la cual se centraba el ataque, facilitaba sin duda el objetivo buscado que a todas luces se evidencia, cual era el de fulminar su vida.

Al juntar todas estas piezas se determina que encajan perfectamente para mostrar un solo panorama, y es que las personas que actuaron para atentar contra la vida de **DJLC**, tenían total conocimiento de ese puntual objetivo.

En ese contexto podemos decir que se cumplen con elementos dogmáticos para decir que en el actuar de **JCPM** se da la figura de la coautoría, puesto que hubo un acuerdo previo para ejecutar el punible, intervino de forma eficiente para coadyuvar en su ejecución y su aporte resultó importante en tanto aseguró que no se diera la intervención de terceros que pudieran evitar la consumación, desechándose de plano la hipótesis esbozada en primera instancia respecto de que la actuación de JCPM podría haber sido únicamente con fines de hostigar a sus contrarios sin tener conocimiento de que **WACB** ocasionaría la muerte de **DJLC.**

No está por demás decir que existe tipicidad en su conducta puesto que conocía de la finalidad que tenía el grupo respecto de finiquitar la vida de **DJLC** empleando un arma de fuego y dirigió su voluntad en pro de alcanzar esa consigna en conjunto con los demás miembros de su grupo, resulta antijurídica en tanto se produjo la efectiva lesión al bien jurídico tutelado de la vida e integridad personal del cual era dueño la víctima, sin que se hubiera siquiera esgrimido algún tipo de circunstancia que justifique su actuar y es culpable en tanto al conservar plenas facultades mentales no había obstáculo que le impidiera comprender lo ilegal de su comportamiento y guiar su accionar respecto de ello, empero no lo hizo.

Así pues, se condenará a **JCPM**.

2.4.2. Se debe incrementar la pena en virtud de las circunstancias descritas en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000.

Censuró el representante del Ministerio Público el proceso de dosificación de la pena realizado por la *A Quo*, pero particularmente en cuanto a los criterios de fijación de la sanción que trae el artículo 61 de la Ley 599 del 2000, relativos al daño real o potencial creado, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la mayor o menor gravedad de la conducta, aspectos de los cuales el señor Procurador discrepó respecto de la valoración realizada en la sentencia de condena, ello con el fin de solicitar la imposición de una pena mayor.

Recordemos que para que pueda existir una modificación de la sanción ya impuesta se debe respetar determinados presupuestos, y que luego a efectos de legitimar su revisión en sede de apelación se debe exponer determinados tipos de error en ese proceso, conforme lo enseña la CSJ en el asunto con radicación N° 44840 del 2 de diciembre de 2015 atrás indicado, a saber:

i) Que no se haya explicitado en la sentencia el razonamiento a través del cual se decide la pena impuesta
ii) Cuando hay motivación pero el razonamiento resulta incorrecto.
iii) Cuando la pena específica impuesta resulta arbitraria o absurda.

En ese sentido, lo que se debe revisar en sede de segunda instancia y a ello están legitimados también los impugnantes es a requerir un proceso de razonamiento, en lo cual la Corte indica que no ha impuesto tesis jurisprudenciales de **aplicación estricta** de los criterios del artículo 61 del Código Penal, aunque si indicar su motivación con criterios de razonabilidad.

Ahora bien, conforme a los planteamientos presentados por el representante de la sociedad no se acude a esta sede por ausencia de motivación o incorrección, o que el monto impuesto sea arbitrario o absurdo, pero tampoco hace ver que el análisis de la primera instancia sea irrazonable.

Por el contrario, si se observa los argumentos de la jueza de instancia para fijar una puntual pena a imponer, se deduce que echó mano de la gravedad de la conducta y la intensidad del dolo para incrementar la pena en 4 meses, puesto que pasó de la mínima posible a imponer que se había calculado en 208 meses, para fijarla finalmente en 212 meses de prisión para el delito de homicidio, conducta que resultó ser la de mayor gravedad, ello significa que elevó 2 meses por cada ítem. En ese contexto y si bien lo deseable hubiera sido que la togada se refiera a la totalidad de factores que integran el artículo 61, el hecho de haber omitido algunos de los ítems de suyo no significa que ese proceder contraste con la punibilidad tazada, ya que al no poderse establecer un acto de ligereza en su motivación quedamos atados a reconocer que se encuentra en el ámbito de discrecionalidad con el que cuenta el juzgador al momento de precisar la punibilidad.

Se concluye así que no se encuentran razones de peso que permitan considerar que se debe incrementar la pena impuesta por la primera instancia en contra de **WACB.**

2.4.3. Marginalidad o pobreza extrema en favor de WACB.

Considera la defensora que durante el juicio oral quedó plenamente acreditada la contienda entre pandillas que viene de años atrás, la cual se produce entre sectores deprimidos de la sociedad Pastusa, lo que muestra una situación notaria de marginalidad, la cual padecen no solamente el condenado sino cada uno de los intervinientes en ese conflicto, por ello

resultaba menester conceder esa rebaja en un acto de humanización de la pena.

Sin embargo debe la Sala apartarse de la postura esgrimida por la apelante por diferentes razones a saber.

Como bien se enunció en la jurisprudencia atrás invocada, la situación de marginalidad debe estar íntimamente ligada con los hechos y la responsabilidad del autor de un delito, por ello no es una situación que pueda llegar a discutirse en sede de audiencia de individualización de la pena, toda vez que si nos encontramos ante los rigores de un juicio oral, la parte que pretenda demostrar un nexo causal entre la alegada condición especial y la comisión del ilícito debe ir preparada con el soporte probatorio necesario que respalde dicha circunstancia y solo si ello se acredita hacer su pedimento de rebaja de pena.

Por otra parte, si bien es cierto que no quedó duda respecto de la conformación de pandillas y la confrontación que han sostenido, también lo es que la prueba recogida de ninguna manera fue contundente como para arribar a la conclusión de que todos los integrantes de esos grupos se encuentran en un constante estado de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema y siguiendo esa línea menos lo fue como para decir que **WACB** se ubica en esa precisa situación, pero si en gracia de discusión se aceptase que el sentenciado es una persona marginal, no se pudo conectar como podría haber incidido aquello en la comisión del punible, al contrario lo que se evidencia con claridad es un crimen programado como venganza ante los roces y

agresiones que, de parte y parte, se venían presentando entre diferentes integrantes de los grupos permanentemente enfrentados por el dominio y respeto territorial.

Pero como se dijo, la anterior afirmación no es carente de soporte suasorio ya que en juicio dieron testimonio varias personas que al momento de los hechos integraban uno u otro grupo, expresando que se dedican a realizar algún tipo de labor u oficio, *verbi gracia,* el mismo GJCB expuso que el día 7 de diciembre de 2015 llegó a casa proveniente de su trabajo como maestro de estuco y pintura[61], BDCB afirmó ser estudiante[62], MACS estudió hasta primero de bachillerato y tiene como labor ser mototaxista[63], antecedentes que alejan la idea que presenta la defensora. De igual manera otras personas vecinos de los sectores que acudieron como testigos, dan cuenta de ser personas honradas con trabajos respetables, por ello la sola mención de vivir en un barrio o hacer parte de un grupo que se identifica con un determinado territorio, de ninguna manera puede ser soporte sólido para considerar acreditados los requisitos que exige el artículo 56 del C.P., ya que en el caso estudiado para consolidar esa convicción a favor del procesado exigía de la defensa una solicitud oportuna acompañada del despliegue probatorio necesario en punto al tema, todo lo cual lleva a la Sala a descartar la solicitud en ese sentido enarbolada por la defensora.

2.4.4. Proceso de dosificación punitiva, sustitutivos y subrogados penales, respecto de JCPM.

[61] Cd 7 marzo 22 audio 7 minuto 43:08 en adelante.
[62] Cd 7 marzo 16 archivo 2 minuto 11:00 en adelante.
[63] Cd 7 marzo 2 minuto 5:30 en adelante.

Al encontrar acreditada la responsabilidad penal del precitado, se pasa en consecuencia a adelantar el proceso de dosificación punitiva, manteniendo el análisis de primera instancia que concluyó que la causal de agravación punitiva del homicidio prevista en el numeral 7º de artículo 104 del C.P. no se acreditó por parte de la Fiscalía, por tratarse de un aspecto que favorece al procesado y además porque ello no fue debatido en sede de apelación.

Se parte así de la punibilidad fijada para cada una de las conductas en concurso.

En primer lugar, se tiene que para el delito de Homicidio en el artículo 103 del C.P. se fija una pena entre 208 y 450 meses de prisión, ámbito de movilidad sobre el cual se requiere aplicar el sistema de cuartos, cálculo que se concreta en los siguientes datos:

Cuarto	**Ámbito de movilidad**
Primer cuarto	208 meses a 268 meses y 15 días de prisión
Segundo cuarto	268 meses y 15 días a 329 meses de prisión
Tercer cuarto	329 meses y 1 día a 389 meses y 15 días de prisión
Último cuarto	389 meses y 16 días a 450 meses de prisión

Enseguida, se procede a escoger el rango sobre el cual se concretará la pena, para lo cual se verifica que a favor del sentenciado, obra la circunstancia de menor punibilidad prevista en el numeral 1º del artículo 55 del C. P. relacionado con la ausencia de antecedentes penales, en tanto que no se

conoce en la actuación elementos que acrediten lo contrario. No concurren además circunstancias genéricas de agravación, lo que nos permite ubicarnos en el primer cuarto mínimo, cuyos topes se fijan como se ve, entre 208 meses a 268 meses y 15 días de prisión.

Corresponde ahora revisar aquellos aspectos relacionados en el inciso 3º del artículo 61 del C.P., pero con el fin de mantener el criterio de la primera instancia, se atenderá únicamente a la gravedad de la conducta y la intensidad del dolo. En lo primero se coincide en recabar que el contexto en el que suceden los hechos en el que se fijan reglas extralegales de control territorial y sanciones extremas cuando estas se incumplen, sin duda hacen que este tipo de comportamientos generen peligro no solo para los integrantes de los grupos enfrentados sino para la comunidad en general de la que hacen parte esos sectores y aledaños; en cuanto a lo segundo, sin atisbos de duda, se denota en el comportamiento de **JCPM** su plena voluntad de acabar con la vida de uno de los integrantes del grupo considerado contrincante, no solo por esa latente rivalidad, sino también porque cualquier desavenencia resulta un motivo de venganza y de muerte.

Razones que nos llevan a realizar un incremento del monto mínimo de la pena, de 4 meses, con un resultado punitivo para el delito de Homicidio de **DOSCIENTOS DOCE (212) MESES DE PRISION.**

Continuamos con el proceso de dosificación punitiva para el delito de Porte ilegal de armas, previsto en el artículo

365 del C.P. para el cual se fija la pena entre 108 y 144 meses de prisión, en el que haciendo extensivos los motivos que se invocaron para el delito antecedente, se determina como cuarto punitivo aplicable el mínimo que tiene su rango entre 108 y 117 meses de prisión.

Enseguida, respecto de los aspectos indicados en el inciso 3º del artículo 61 del C.P., se establece que si bien **JCPM** no accionó el arma, su comportamiento resulta de gravedad porque avala el uso de armas de fuego en medio de la permanente confrontación que se presenta con el grupo adversario, lo que incrementa el riesgo para la vida no solo de sus afines sino de la comunidad en general, y propició en este caso una afectación directa a la vida de **DJLC** quien estuvo varios días luchando por sobrevivir sin lograrlo, lo que de suyo incrementó su sufrimiento y el de sus familiares, razones que nos llevan a incrementar el límite mínimo en 2 meses para un total de 110 meses de prisión.

Ahora bien, la adición punitiva por efectos del concurso de delitos, será la misma que se impuso para **WACB,** por lo que teniendo como base el delito de homicidio que es de 212 meses de prisión se incrementará en 20 meses, para un total definitivo de **DOSCIENTOS TREINTA Y DOS (232) MESES DE PRISIÓN.**

Por otro lado, conforme a los artículos 43, 44 y 52 del C.P. procede la imposición de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo período de la pena de prisión, es decir **DOSCIENTOS TREINTA Y DOS (232) MESES.**

Cabe también como corresponde imponer la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, acorde a lo normado en el artículo 49 del C.P.

Al respecto explica la CSJ en el fallo invocado por la primera instancia, SP–2636-2015, 11 de marzo de 2015, rad. 43881, que al establecerse la responsabilidad del procesado respecto del delito de Porte ilegal de armas, conforme al verbo rector que se le haya enrostrado, se entiende cumplida la carga de motivar la imposición de la pena accesoria relacionada con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, aspecto que en el presente evento se cumple, pues se exhibieron en antecedencia las razones por las cuales **JCPM** debe responder también como coautor en dicho punible.

Sin embargo, exige la Corte en el pronunciamiento aludido, que es deber del juzgador adelantar el proceso de dosificación punitiva, igual que ocurre con las penas principales, razón por la cual se procede a su fijación.

Establece el artículo 51 del CP en cuanto a la pena accesoria que nos ocupa, que su duración será entre 1 y 15 años, a lo cual se aplica el sistema de cuartos y adelantando el mismo estudio que para los delitos por los cuales se impone condena, resulta procedente acudir al primer cuarto, que se ubica entre 1 año y 4 años y 6 meses. En cuanto al incremento que se debe aplicar al límite mínimo se impondrá en la misma proporción porcentual que se fijó respecto del delito del cual deviene la pena accesoria, que fue del 22,22 % (2/9), lo que

implica que se adiciona al mínimo 12 meses para un total de 24 meses.

Establecido lo anterior, se revisa lo relacionado con el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustitutivo de prisión domiciliaria, sobre los cuales se establece su improcedencia, dado que no se cumple con el requisito objetivo previsto en los artículos 38B y 63 del C.P. que fijan como límite la pena imponible en 8 y 4 años respectivamente.

2.2.5. Revisión de la duración de la pena accesoria impuesta a WACB

Aunque este aspecto no se incluyó como punto de debate para analizarse en la alzada, se determina que la primera instancia no acogió en su totalidad las recomendaciones impartidas en el pronunciamiento jurisprudencial invocado, por lo que en aras de consolidar las garantías fundamentales del precitado se deberá modificar la duración de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, tanto en aplicación del principio de legalidad como el de igualdad, determinando además que redunda en consecuencias favorables punitivas.

En ese sentido y como quiera que la primera instancia realizó similar incremento punitivo respecto del delito de porte de armas, el resultado al final es idéntico al que se acaba de fijar para **JCPM,** razón por la cual se debe modificar el monto impuesto y fijarlo en 24 meses.

2.2.6. Otras disposiciones

Una vez acreditada la teoría de coautoría que este caso es impropia en cabeza de **WACB** y **JCPM,** no podemos dejar de lado que en el accionar delictivo participaron otras personas como ya se analizó de manera amplia, razón por la cual resulta factible que también GJCB y el sujeto llamado N hubieran concurrido al sitió del punible con similar convicción. En ese sentido se compulsará copias de la presente sentencia a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación con sede en esta ciudad para que se adelante la investigación correspondiente si es que aún no se ha iniciado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia objeto del recurso de apelación, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto el 9 de junio de 2017, y en su lugar CONDENAR a **JCPM** de notas civiles y personales conocidas en el proceso a la pena de doscientos treinta y dos (232) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, debido a que se lo halló responsable, en calidad de coautor, de los delitos homicidio en concurso con el fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal.

Igualmente imponer la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas con una duración de 24 meses.

No proceden a su favor el sustitutivo de prisión domiciliaria ni el subrogado de la suspensión de la pena, en consecuencia, por secretaría de la Sala Penal **LÍBRESE ORDEN DE CAPTURA** en su contra.

SEGUNDO: MODIFICAR la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas que se impuso en contra de **WACB** a que se hace referencia en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia objeto del recurso de apelación, la cual tendrá una duración de 24 meses.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada

CUARTO: Compulsar copias de la presente decisión a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación con sede en este municipio, para que adelante la investigación pertinente conforme se dijo en la parte motiva.

QUINTO: JCPM o su defensa pueden hacer uso de la impugnación especial conforme las reglas establecidas en el Comunicado 05/19 del 9 de abril de 2019 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia donde se fija reglas provisionales para tramitar apelación de primeras condenas emitidas en segunda instancia por los tribunales superiores.

SEXTO: Contra la presente decisión procede el recurso de casación que debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

2468

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES,

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 del 11 de abril de

2020, PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 del 07 de mayo de 2020, PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020, PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020, PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020, PCSJA20-11632 del 30 septiembre de 2020 y PCSJA21-11724 del 28 de enero de 2021, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, y CSJNAA20-21 del 24 de junio de 2020 y CSJNAA21- 0001 del 12 de enero de 2021 emitidos por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro del proyecto presentado en el asunto arriba referenciado.

Pasto, 31 de mayo de 2021.

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario