

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA – RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
Magistrado Ponente: JULIÁN RIVERA LOAIZA¹

Pereira, Risaralda, marzo diez (10) de dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 251

Hora: 1:45 PM

Radicación	66001 600 035 2014 00890 01
Procesados	Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño
Delito	Homicidio Agravado tentado y Uso de Menores de edad para la comisión de delitos
Juzgado de conocimiento	Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pereira
Asunto a decidir	Recurso de apelación contra sentencia ordinaria No. del 25 de mayo de 2015

1- ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Defensa², contra la **Sentencia No.011 del 25 de mayo de 2015**, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pereira, Risaralda, por medio de la cual se condenó a los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño**, como coautores penalmente responsables de la conducta punible de **Homicidio Agravado Tentado en concurso heterogéneo con Uso de Menores en la comisión delitos** a la pena principal de trescientos sesenta (360) meses de prisión, a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años-.

¹ Nombrado en propiedad ante esta Corporación por la H. Corte Suprema de Justicia, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021) suscribiendo el Acta No. 094, dentro de los términos establecidos por la Ley.

² Doctor José Fernando Vega Barreto.

2. HECHOS

Acaecieron el pasado 22 de febrero de 2014, a eso de las 22:50 horas, en la vía que dirige al Corregimiento de Mundo Nuevo, Pereira, cuando el joven David Alejandro Gutiérrez, encontrándose en estado de indefensión, fue agredido con arma blanca, por tres sujetos (dos mayores de edad y un menor de edad), que previamente lo sacaron del bar donde se encontraba (denominado Bombay) y lo trasladaron a ese lugar, en un vehículo Mazda color rojo de placas JGE274.

Agresión que le generó a la víctima, múltiples heridas en cara, tórax, hemotórax izquierdo, neumotórax derecho y toracostomía izquierda.

Calenda en la que, se logró la captura de los agresores, en inmediaciones del sector Invico, en la calle 14 con carrera 13 esquina, cuando se movilizaban en dicho rodante, siendo identificados como **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño** y el menor J.C.H.

3-. IDENTIDAD DEL ACUSADO

Yhoan Manuel Hernández Cristancho identificado con cédula de ciudadanía No.1.088.266.477 expedida en Pereira, Risaralda, nacido el 14 de diciembre de 1988 en Pereira, hijo de Maria Mery y Gustavo de Jesús.

Luis Heider Arcila Castaño identificado con cédula de ciudadanía No.9.868.790 expedida en Pereira, Risaralda, nacido el 22 de marzo de 1983 en Santuario, hijo de Inés Amelia y Pedro Luis Arcila.

4-. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

4.1 El 24 de febrero de 2014, ante el Juzgado Primero (1) Penal Municipal con funciones de control de garantías de Pereira, se desarrolló la audiencia de legalización de captura en situación de flagrancia, formulación de imputación en contra de los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño**, como presunto coautores, de las conductas punibles de **Homicidio agravado en grado de tentativa (artículo 103, 104 num.7 y 27 del C.P.) en concurso con el delito de Uso de Menores de edad para la comisión de delitos (artículo 188 D del Código Penal)**, con la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58 numeral 10, los cuales no fueron aceptados. Diligencia en la que, se declara legalmente incautado el vehículo de placas JGE-274, cojo rojo, modelo 1987.

Así mismo, en dicha diligencia, se impone medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, en contra de ambos imputados.

4.2 Presentado el escrito de acusación, asumió el conocimiento de la actuación el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de conocimiento de Pereira (R), según acta de reparto de fecha 30 de abril de 2014.

4.4 Ante ese funcionario, el día 27 de mayo de 2014, se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación en la cual se le enrostraron los cargos a los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño** como probables coautores a título de dolo de los delitos de Homicidio con circunstancias de agravación en la modalidad de tentativa (artículos 103, 104 numeral 7 y 27 del C.P.), con circunstancias de mayor punibilidad del artículo 58 numeral 10 ibidem, (coparticipación criminal), en concurso con el delito de Uso de Menores de edad en la comisión de delitos, verbos rectores inducir y utilizar, consagrado en el artículo 188 del compendio penal. Luego, ante la misma instancia se realizó la audiencia preparatoria el 12 de agosto de 2014.

4.5 El juicio oral se inició el 27 de octubre de 2014, concluyendo el 25 de noviembre del mismo año con la emisión del sentido del fallo de carácter condenatorio. Escenario donde se corrió el traslado que demanda el artículo 447 del C.P.P. Posteriormente, se emite la sentencia ordinaria No.011 del 25 de mayo de 2015, por medio de la cual se condenó a los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño**, como coautores penalmente responsable de la conducta punible de **Homicidio Agravado Tentado en concurso heterogéneo con Uso de Menores en la comisión delitos** a la pena principal de trescientos sesenta (360) meses de prisión, a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años-.. Se negó a los sentenciados la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

4.6 La Defensa interpuso y sustentó dentro del término de ley el recurso de apelación contra la sentencia enunciada.

5. LA SENTENCIA APELADA

El juez de primera instancia consideró que, de la valoración de las pruebas practicadas en juicio oral, se evidencia la responsabilidad de los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño**, en el entendido que la Fiscalía, logró soportar con otros medios probatorios, la declaración de la víctima que ingresó como prueba de referencia, ante la indisponibilidad de éste.

Alude que, en efecto, la Fiscalía desarrolló una labor acuciosa en aras de superar la ausencia de la víctima y probó diversos aspectos que permiten tener la primera entrevista ofrecida por el señor David Alejandro Gutiérrez, al investigador del CTI, Sr. Eleuterio Valbuena el 23 de febrero de 2014, como cierta.

Se deja en claro que, la víctima ingresa al centro de salud Pinares médica, a eso de las 11:22 de la noche y manifestó a los servidores de esa entidad, que las lesiones la habían ocasionado varias personas, como aparece consignado en la historia clínica estipulada; escenario en el que se refiere, ingresó consciente y orientado, por lo que considera, no se puede pregonar un estado diferente, así la víctima sea drogadicto, refiriendo el A-quo que: *“Lo anterior, porque es bien sabido que no necesariamente el consumo de droga produce enajenación mental. Es el juez el encargado de valorar esta situación y de acuerdo al comportamiento adoptar la conclusión pertinente en el sentido de creer o no al testigo o entrevistado”*.

Por lo anterior, refiere el Juez que, el estado psíquico de la víctima era óptimo, pues a pesar de recibir 19 puñaladas, señaló enfáticamente a los galenos y a los servidores de la Policía Nacional, Subintendente Nelson Ospina Álvarez y al patrullero Daniel Flórez Henao, quienes lo trasladaron al centro de salud, que los autores habían sido una persona identificado con el alias de “Mundo Malo” y “Juancho”; información que también brinda al investigador Eleuterio Rodríguez Valbuena al día siguiente de los hechos.

Que es a partir de dicha información que, la Policía Nacional, a través del intendente de la Policía Nacional Wilmar Alonso Giraldo Correa, logra establecer que “Mundo Malo”, es un ciudadano con varios informes de agresiones a la comunidad y que se moviliza en un vehículo Mazda 323 color rojo, placas JGE274, siendo así como se realiza el plan candado, lográndose la interceptación de dicho rodante, el cual en su interior, iban 3 personas, el conductor Luis Heider Arcila Castaño, Yhoan Manuel Hernández Cristancho y un menor de edad J.C.H.C., por lo que se procedió a la captura de los mencionadas.

Considero el A-quo que, atendiendo que se estipuló por los sujetos procesales que, al menor J.C.H.C., se le realizaron las audiencias preliminares ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Adolescentes con funciones de control de garantías de Pereira, escenario donde aceptó cargos por el delito de homicidio en grado de tentativa imputado, puede advertir que no existe duda que los 3 capturados estuvieron en la escena de los hechos, además que la señora Leidy Sthefanny Cristancho, testigo de la defensa, afirma que todos salieron juntos y que Yhoan Manuel y el menor J.C.H.C. son parientes.

En ese orden, el A-quo sólo da credibilidad a la primera entrevista rendida por la víctima, la cual ingresa como prueba de referencia, a través de la cual el señor David Alejandro Gutiérrez, señala que para el día de los hechos, se encontraba en el bar Bombay, ubicado en la carrera 9 con calle 8 de Pereira, donde su amiga Sandra Milena Díaz, que en el lugar hizo presencia un sujeto, del cual describe sus características, que le reclama por un presunto hurto cometido a una anciana, obligándolo a subirse al vehículo Mazda, que conducía otra persona y que posteriormente, arriba un menor de edad, de apropiadamente de 12 años, siendo conducido posteriormente a una carretera destapada por la Universidad Tecnológica, donde lo bajan del vehículo y *“el amemado comenzó a apuñalarlo, luego le paso un cuchillo al niño y entre los dos siguieron lesionándolo, el conductor se bajó y le ponía el pie en la cabeza”*, oportunidad en la que logra escapar por un barranco.

Versión que se consideró, se encuentra concordante con la entrevista que rindió la señora Sandra Milena Díaz Narváez, y con las demás pruebas, resaltando que Yhoan Manuel Hernández Cristancho, presentaba manchas de sangre en su pantalón y se encontraba embarrado, como lo mencionaron los patrulleros Jhon Deiner Martínez y Jorge Iván Ramírez.

De otra parte, señala que, se logra establecer que los acusados, indujeron y materializaron la voluntad del menor J.H.C.C., para que colaborara en el ilícito de tentativa de homicidio.

6. DEL RECURSO DE APELACION

El representante de la Defensa, presenta recurso de apelación en aras que se revoque la providencia de primera instancia y en su lugar, se imparta fallo absolutorio en favor de los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño**, al considerar que la sentencia de primera instancia se sustentó exclusivamente en pruebas de referencia.

En primera medida, hace alusión a que, las versiones de la víctima no han sido corroboradas, además que son contestes, en el entendido que, a los agentes de la Policía Nacional Daniel Flórez Henao y Edison Ospina Álvarez, les manifestó que lo agredieron dos personas, uno “mundo malo” y otro “Juancho”, sin que mencionara a un menor de edad. Al investigador Eleuterio Rodríguez, le manifestó que los agresores, habían sido dos personas y un menor de edad y ya, en la versión que rinde ante el investigador de la Defensa Alberto de Jesús Vallejo, asegura que el único que lo agredió fue el menor de edad y que, la intervención del señor Yhoan Manuel, fue de auxiliarlo, quintándole de encima al menor.

Por ello, no entiende que el A-quo brinde más credibilidad a la primera versión del ofendido, porque esta se respalda en otras pruebas, pues a su juicio, tales pruebas no existen. Además, porque en la declaración que rinde el señor David Alejandro Gutiérrez, el pasado 16 de julio de 2014, manifestó que él había mentido en la primera versión que dio al CTI y que, lo había hecho porque tenía ira o rabia con estas personas y que su intención era que los cogieran a todos, oportunidad en la que incluso, niega estar amenazado.

En cuanto a la ropa ensangrentada del señor **Yhoan Manuel Hernández**, señala que ello fue precisamente porque intervino en la defensa del señor David Alejandro Gutiérrez, cuando separó al menor de edad de éste.

Que, en torno al señor **Luis Heider Arcila**, debe tenerse en cuenta que, el ofendido sólo indicó que podía reconocer al menor y al “amemado”, pero a la otra persona no, por lo que considera, que ello *“tiene una explicación muy lógica y es que el ofendido jamás vio el rostro del señor HEINER ARCILA, toda vez que es falso lo sucedido en el Bar Bombay, en el sentido de que lo sacaron de ese establecimiento y por otro lado tampoco lo pudo ver durante el forcejeo con el menor, porque este orilló el vehículo y no se bajó del mismo, el señor HEINER solamente era el conductor del carro”*.

Que de ser cierto que lo sacaron del bar, no se entiende como no reconoce la persona que conducía el vehículo, máxime cuando la víctima refiere que, el conductor se bajó del carro y le puso el pie en la cabeza.

Pone de presente que, si bien existen pruebas de referencia con las cuales se concluye que, las personas involucradas sí estuvieron en el lugar de los hechos, lo cierto es que no existe, ni se logró demostrar, quien causó las heridas a la víctima, teniéndose sólo como hecho cierto que fue el menor de edad, pues cuando fue sometido a audiencia de imputación, dicho menor aceptó los cargos, pero nunca manifestó que lo había hecho en compañía o con ayuda de otras personas.

Considera que, no existe prueba directa de alguien que certifique que efectivamente sus defendidos, fueron los causantes de las heridas del señor David Alejandro Gutiérrez, a excepción

de la misma declaración de la víctima, suministrada al investigador de la Defensa, donde aseguró haber mentido en la primera entrevista, porque en esos momentos tenía rabia, ira y trató de vengarse, denunciándolos a todos, pero que realmente quien lo lesionó fue el menor.

Que no se refuta que la víctima estuvo en el bar Bombay, pues así lo manifestó tanto la víctima como la señora Sandra Milena Díaz, sin embargo, no se pudo corroborar que haya sido sacado de dicho bar y luego, trasladado en un vehículo.

Que tampoco, pueden realizarse aseveraciones como que, las lesiones no fueron realizadas por una sola persona y que, necesariamente se requirió de mas sujetos, porque de no ser así, se habría defendido fácilmente la víctima, toda vez que se trata de un homicidio que no se logró consumar por circunstancias ajenas a su voluntad, refiriendo que, la causa fue la intervención del señor Yhoan Manuel (Mundo Malo), quien *“se metió a quitarle al menor de encima para evitar un posible homicidio”*.

7. CONSIDERACIÓN PREVIA

Resulta imperioso dejar constancia expresa que el Magistrado Ponente de esta decisión, fue nombrado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en propiedad del Despacho 003 de la Sala, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, recibiendo a esa fecha, un aproximado de cuatrocientos (400) procesos penales en conocimiento y ciento veinte (120) cuadernos de tutela de segunda instancia vencidos, dentro de los que se encontraba el presente asunto.

Asunto que, si bien se profiere en la fecha, ello deviene en virtud de la gran cantidad de procesos de Ley 906 de 2004 (con persona privada de la libertad), próximos a prescribir que debían fallarse de manera inmediata, solicitudes de libertad, como también asuntos Constitucionales que demandaron en su momento, mayor prioridad, de acuerdo al gran cumulo de asuntos que se encontraban en el Despacho al posesionarse al suscrito Ponente.

Al momento de recibir el Despacho 003 fue necesario organizar el inventario de asuntos, pues el que había no obedecía a criterios que permitieran conocer la realidad del estado de la oficina, a lo que se suma que al atraso de varios años se sumaba que la mayoría de expedientes en materia penal no contaban con los registros orales de las audiencias respectivas, por lo que el Despacho tuvo que comenzar a requerir el envío de tales registros, lo que ha sido difícil y dispendioso, ya que muchos de esos registros corresponden a audiencias realizadas años atrás. A esto debe agregarse que muchos casos con personas privadas de la libertad estaban cerca de la prescripción de la acción penal, por lo que hubo que enfocar todos los esfuerzos en la atención de tales asuntos, en particular casos en los que las víctimas son menores de edad y los delitos imputados correspondían al título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Y como muchos asuntos penales que ingresaron desde el inicio de la pandemia correspondían a expedientes electrónicos, la organización del inventario conllevó la necesaria organización de estos asuntos y su revisión

para saber su estado y si los mismos contaban con toda la información requerida para entrar a resolverlos con la decisión pertinente.

También hay que agregar que al anterior trabajo se sumó la actividad orientada a escanear los expedientes físicos para digitalizarlos y contar con los mismos en versión electrónica (como sucedió con este asunto), lo que conllevó un trabajo de varios meses que tuvo que asumir el Despacho 003.

Lo anotado hizo que se prolongaran los tiempos para tomar las decisiones pertinentes en la mayoría de los asuntos, dado su mayor o menor complejidad, el volumen de la prueba, los intereses jurídicos involucrados y la naturaleza de los asuntos.

Debido a ello, y atendiendo a la congestión judicial que presenta el Despacho 003, se procede, en la fecha, a emitir una decisión sobre el asunto, en los siguientes términos.

8. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1. COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer y desatar el recurso interpuesto por la Defensa por cuanto se dirigió contra una sentencia de primera instancia proferida por un juez penal del circuito de conocimiento de este distrito judicial, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

8.2. PRINCIPIO DE LIMITACIÓN

En su labor, la Sala se limitará a estudiar los aspectos objetivos planteados por el recurrente en su alzada y aquellos que se encuentren estrictamente relacionados con tales postulados, sin desconocer lo preceptuado en el artículo 31 de la Carta Fundamental y el 20 de la Ley 906 de 2004.

8.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Corresponde a la Sala determinar, si a partir de los argumentos esbozados por el representante de la Defensa de los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño**, es procedente la revocatoria de la sentencia condenatoria de primera instancia, en el entendido que el recurrente considera que la responsabilidad de sus defendidos, se basó únicamente en pruebas de referencia.

8.4. DECISIÓN DE LA SALA

Un principio esencial del sistema es aquel según el cual para proferir sentencia condenatoria “*se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio*”. Para llegar a una conclusión de responsabilidad o inocencia es indispensable la **apreciación conjunta de la prueba**, luego de

realizar la respectiva crítica individual a cada uno de los medios de prueba, tal como lo establece el artículo 380 de la ley 906 de 2004.

Es necesario precisar que el apelante, trata de sustentar su disenso a efectos de lograr la revocatoria del fallo condenatorio en: i) el soporte exclusivo de la sentencia condenatoria en prueba de referencia, desatendiendo la prohibición contenida en el inciso 2° del artículo 381 del C.P.P., y ii) la indebida valoración de los testimonios, comprendiéndose por esta instancia que, lo pretendido es demostrar la existencia de la duda probatoria a favor de los acusados.

8.4.1 PRUEBA DE REFERENCIA Y TESTIGOS DE OÍDAS.

En virtud de lo anterior, la censura principal de la defensa se establece en que estos elementos probatorios convergen en prueba de referencia, amén de los señalamientos de testigos de oídas, lo cual imposibilita de conformidad a la prohibición legal del inciso 2° del artículo 381, emitir fallo condenatorio. Frente a este tópico, deviene necesario clarificar algunos aspectos sobre la prueba de referencia y el testigo de oídas. La prueba de referencia, normativamente -artículo 437 del CPP- se define como toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención del mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Atendiendo entonces los motivos de disenso del recurrente, deviene oportuno recordar que la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que “la prueba que acompaña a la de referencia para que se estime válida, puede tener naturaleza ratificatoria o complementaria, en la medida en que proporcione nuevos elementos de juicio que en su valoración resulten trascendentes para el objeto del proceso o corroboren los que por el camino de la prueba de referencia ya existen”.

“... en virtud del principio de libertad probatoria, no existe ninguna tarifa legal para establecer la suficiencia demostrativa de la prueba complementaria de cara a las exigencias del referido inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004. **Es por ello que en ese propósito la prueba que acompañe a la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en dicha norma, puede ser directa o de carácter inferencial o indirecto sobre los hechos o, incluso, de corroboración periférica.**

Al respecto, la Sala ha enfatizado en la necesaria claridad que debe existir en torno a la prueba de referencia y su conexión con la “prueba directa” y la “prueba indirecta”, bajo el entendido que entre la primera y las últimas no existe identidad, pues estas responden a una relación entre la prueba y el hecho que integra el tema de prueba, de la misma manera que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral.

Así se ha precisado que:

En la práctica judicial, la Sala ha advertido que existen algunas imprecisiones, que impiden aplicar el artículo 381 en toda su dimensión, entre ellas: (i) la confusión entre prueba de referencia y prueba indirecta; (ii) la posibilidad de demostrar cualquier aspecto del tema de prueba a través de prueba “indiciaria” o “indirecta”; (iii) la forma

de corroborar las versiones sobre delitos que suelen ocurrir en la clandestinidad, como es el caso del abuso sexual; y (iv) la diferencia entre la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y la valoración de las pruebas aportadas en cumplimiento de dicha prohibición.

Al margen de las diferentes posturas teóricas en torno a lo que debe entenderse por prueba directa o indirecta, la Sala estima conveniente aclarar que los aspectos relevantes de la prueba de referencia no tocan necesariamente con esta temática, por lo menos no de forma diferente de lo que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral. Si se adopta como criterio diferenciador de la prueba directa e indirecta su conexión con el hecho que integra el tema de prueba, la primera categoría la tendrán, por ejemplo, el testigo que dice haber visto disparar o el video donde aparece el procesado cometiendo el hurto, mientras que la segunda se podrá predicar, verbigracia, del testigo que dice haber visto al procesado salir corriendo de la escena de los hechos, de la huella dactilar del procesado hallada en la escena del crimen, etcétera.

La declaración anterior al juicio oral, que pretende aducirse como prueba de referencia, puede tener el carácter de prueba directa o indirecta, según el criterio establecido en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, es posible que el testigo antes de morir declare que una determinada persona fue quien le disparó (prueba directa), o también lo es que asegure que luego de recibir el disparo vio a un viejo enemigo suyo salir corriendo del lugar donde ocurrieron los hechos (prueba indirecta).³

De allí se sigue que si la condena puede estar basada en prueba directa e, incluso, exclusivamente en prueba indirecta⁴, el medio de conocimiento que acompañe a la de referencia, en orden a superar la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, puede tener cualquiera de tales características, siempre y cuando, dentro de su valoración conjunta, tenga la condición de rebasar el estándar de conocimiento de la duda razonable.

(...)

En consecuencia, debe subrayarse que la exigencia de medios probatorios que sirvan en el cometido de complementar, ratificar o corroborar la prueba de referencia, no se satisface sino a partir de la aportación de otros elementos demostrativos de naturaleza distinta que ofrezcan datos objetivos y relevantes para la estructuración de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, los cuales, en su conjunta valoración, deben estar dirigidos a llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y las circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, según lo establecido en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004.

Luego, en virtud del principio de libertad probatoria por cualquier medio, verbigracia testimonios, historias clínicas, informes entre otros, el juzgador podría adquirir el conocimiento sobre aquella declaración en la cual no se produce su inmediación, pues el testigo no está disponible para comparecer al juicio oral, es decir, su versión se obtuvo por fuera del debate público. También, se advierte que la prueba de referencia puede ser confrontada por la contraparte y finalmente, el juez de instancia será quien de conformidad a su raciocinio le otorgue el valor correspondiente dentro del conjunto probatorio, el cual es menguado, pues su apreciación como fundamento de condena esta proscrita de no armonizarse con otros medios probatorios.

³ CSJ SP-3332-2016, 16 mar. 2016, rad. 43866.

⁴ CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468, CSJ SP, 24 ene. 2007, rad. 26618.

Se ha señalado amplia y pacíficamente por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia que, **el testimonio de oídas** es una especie de la prueba de referencia, al concebirse como el medio utilizado para llevar esa manifestación o declaración al juicio. Al respecto refiere:

“la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la expresión de asentimiento, negación o respuesta”². Empero, como esta declaración anterior -que constituye prueba de referencia no puede ingresar por si sola al proceso, requerirá siempre de “un testigo de acreditación si está contenida en un documento...o de un testigo de oídas si las manifestaciones de quien no está disponible para testificar se hicieron a un tercero: Cuando la declaración no está plasmada en un documento, sino que fue hecha a un tercero quien se encargará de publicitarla en el juicio, la aducción de aquella obviamente lo será como prueba de referencia y su práctica se ceñirá a las reglas propias del testimonio, escenario en el que le corresponderá al testigo de acuerdo con el interrogatorio y contrainterrogatorio del que sea objeto, exponer el contenido de la declaración y todos los pormenores de la forma en que obtuvo ese conocimiento”⁵

Se advierte palpable la diferencia entre el testigo de oídas y la prueba de referencia, pues se entiende que el primero, como medio, es aquel quien por su percepción personal pudo tener conocimiento de información transmitida por comentarios o terceros, pudiendo garantizar el relato o la fuente de su información, mientras que la prueba de referencia es la declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio.

8.4.2. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SEÑORES YHOAN MANUEL HERNÁNDEZ CRISTANCHO Y LUIS HEIDER ARCILA CASTAÑO

Procede entonces la Instancia a determinar si, conforme a las pruebas que desfilaron en juicio oral, se logra llegar al convencimiento más allá de toda duda, que los hoy acusados, atentaron contra los bienes jurídicos de la vida e integridad física y la libertad individual, de acuerdo a los hechos acaecidos el pasado 22 de febrero de 2014, donde resultó lesionado con arma corto punzante el joven David Alejandro Gutiérrez.

Se dirá desde ya que, conforme a las pruebas debatidas en juicio oral, la decisión de la Sala será la de confirmar el fallo de primera instancia, pues contrario a lo indicado por el defensor recurrente, para este caso la atribución de responsabilidad penal de los acusados, no se basa única y exclusivamente en prueba de referencia, como pasaremos a esbozar:

En este caso la Fiscalía y la defensa, según los registros del juicio, presentaron un acuerdo de estipulaciones para considerar demostrado los siguientes hechos o circunstancias relevantes:

i) Se tiene como hecho cierto que, mediante informe de laboratorio del 31 de marzo de 2014, suscrito por la investigadora Beatriz Eugenia Ríos Valencia, se logró la plena identificación del

⁵ Auto del 8 de abril de 2014, radicación 36784 – AP1823-2014.

señor Yhoan Manuel Hernández Cristancho, identificado con cedula de ciudadanía No.1.088.266.477 de Pereira.

ii) Se tiene como hecho cierto que, mediante informe de laboratorio del 31 de marzo de 2014, suscrito por la investigadora Beatriz Eugenia Ríos Valencia, se logró la plena identificación del otro acusado señor Luis Heider Arcila castaño, identificado con cedula de ciudadanía No.9.868.790 de Pereira,

iii) Como hecho cierto que, el vehículo Mazda automóvil rojo palcas JGE274 servicio particular, incautado, se encuentra con sus sistemas de identificación originales, así mismo las placas del vehículo, de acuerdo al informe de investigador de laboratorio del 26 de febrero de 2014, suscrito por el técnico Juan Orlando Sánchez Marciales.

iv) Se da por hecho cierto que, el 22 de febrero de 2014, el señor David Alejandro Gutiérrez, ingresó por urgencias a la Clínica Pinares Medica, por la Policía Nacional, con heridas corto punzantes, múltiples penetrantes a tórax, cara y hombro izquierdo, con disnea y efisema subcutáneo, con 19 heridas por arma corto punzante relacionadas así en la historia clínica *“en mentón hay 2 heridas, una de 1 cm y otra de 4 cm; en pómulo izquierdo hay 2 heridas; en hombro izquierdo hay 5 heridas; en antebrazo izquierdo hay 2 heridas posterior y medial de 3 cm. Cada una; en hemitórax izquierdo a nivel de línea mamaria 3er espacio intercostal herida aproximada de 4 cm, sangrante, profunda, con enfisema subcutánea con sangrado y dolor, pulmones hipo ventilados; en tórax posterior hay 4 heridas, siendo la mayor de 5 cm, para vertebral izquierda y las otras 3 heridas de 2 a 3 cm, sangrantes al mismo nivel”*.

v) Se da por hecho cierto, que se realizó el primer reconocimiento médico legal a la víctima el 23 de febrero de 2014, por el médico legista Gabriel Andrés Díaz adscrito al Instituto Nacional de Medicina, realizado sin la presencia de la víctima teniendo como fundamento la historia clínica, en el que se diagnostica al señor David Alejandro Gutiérrez *“Heridas múltiples por arma corto punzante cara y tórax, hemotorax izquierdo, neumotórax derecho, toracotomía izquierda, pendiente por definir toracotomía derecho “y que, en cuanto interpretación y conclusiones, se establece “mecanismo traumático de lesión: corto punzante; incapacidad médico legal provisional 35 días. Debe regresar a nuevo reconocimiento al término de la incapacidad provisional. Agregó, secuales médico-legales a determinar. De no haber mediado una oportuna y adecuada atención médica, la evolución natural de las lesiones, hubiera sido hacia el deceso de DAVID ALEJANDRO GUTIERREZ”*.

vi) También se da como hecho cierto que, la víctima, según reconocimiento médico legal perito Dra. Adriana López, de medicina legal, realizado sin la presencia de la víctima teniendo como fundamento la historia clínica y el primer reconocimiento médico legal, el 25 de abril de 2014, se determinó *“Mecanismo Traumático de Lesión: corto punzante. Incapacidad Medico-legal PROVISIONAL CUARENTA (40) días. Secuelas Medico Legales a determinar”*.

vii) Posteriormente, ya iniciada la practica probatoria de la Fiscalía, se estipula como hecho cierto que, al menor J.C.H.C., se le realizaron audiencias preliminares el 23 de febrero de 2014, ante el Juzgado 2 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Adolescentes de Pereira-, donde se legaliza captura, se formula imputación por homicidio tentado, coautor-

cargos que fueron aceptados y se impone media preventiva al adolescente en centro de atención especializada-

Una vez expuesta la teoría del caso por la Fiscalía se pasó a la presentación de la prueba testimonial de cargo que consistió en las declaraciones de: Edison Ospina Álvarez- subintendente Policía Nacional, Wilmer Alonso Giraldo- Intendente, Daniel Flores Henao- Patrullero Ponal, José Heider Vera Gutiérrez- Subintendente Ponal, Jorge Iván Ramírez Calvo – Patrullero, Investigador Ricaurte Ortiz- CTI de la fiscalía URI Pereira (con quien además, se introduce la entrevista rendida por la señora Sandra Milena Díaz Narváez, aceptada como prueba de referencia), Eleuterio Rodríguez- Investigador del CTI (con quien además, se introduce la entrevista rendida por la víctima David Alejandro Gutiérrez, admitida como prueba de referencia) y Jhon Deiner Martínez – Patrullero Ponal-

Por otro lado, se practicó la prueba testimonial de la defensa, que consistió en el testimonio de la señora Leidy Stephanie Hernández y el señor Alberto De Jesús Vallejo Londoño (investigador defensa), a través del cual, también se introduce la entrevista que rindiera la víctima.

En ese orden, en primera medida se puede apreciar que frente a la materialidad de la conducta atentatoria contra la vida e integridad física, no existe discusión, pues de conformidad a las estipulaciones probatorias se acredita que los hechos ocurrieron el 22 de febrero de 2014, a eso de las 23:00 horas aproximadamente, cuando el joven David Alejandro Gutiérrez fue agredido con arma corto punzante, siendo llevado a Clínica Pinares Medica, por parte de la Policía Nacional; centro asistencial donde se determinó que ingresa con 19 heridas corto punzantes, “*en mentón hay 2 heridas, una de 1 cm y otra de 4 cm; en pómulo izquierdo hay 2 heridas; en hombro izquierdo hay 5 heridas; en antebrazo izquierdo hay 2 heridas posterior y medial de 3 cm. Cada una; en hemitórax izquierdo a nivel de línea mamaria 3er espacio intercostal herida aproximada de 4 cm, sangrante, profunda, con enfisema subcutánea con sangrado y dolor, pulmones hipo ventilados; en tórax posterior hay 4 heridas, siendo la mayor de 5 cm, para vertebral izquierda y las otras 3 heridas de 2 a 3 cm, sangrantes al mismo nivel*”.

Ahora bien, la información que a criterio del Juez de instancia permite señalar a los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño** como coautores responsables de aquellos hechos, se establece principalmente en: i) las versiones de los testigos que refieren haber escuchado de la víctima, quienes fueron sus agresores; ii) la corroboración que previo a los hechos, la víctima si se encontraba en el bar Bombay, de la señora Sandra Milena Díaz Narváez; iii) la verificación con el testimonio de la testigo de la defensa Leidy Sthefanny Hernández Cristancho, que los acusados si se encontraban juntos.

Así pues, se tiene que en audiencia celebrada los días 27 y 28 de octubre de 2014, la Fiscalía solicitó la admisibilidad como prueba de referencia de la entrevista realizada a la víctima David Alejandro Gutiérrez, como quiera que no fue posible su comparecencia, como también de la entrevista rendida por la señora Sandra Milena Díaz Narváez, haciendo claridad de la indisponibilidad de estos testigos. **Solicitud a que la accedió la Juez de Conocimiento, sin que se presentara en ese momento, oposición alguna por parte de la Defensa, respecto de la decisión adoptada por el A-quo.**

Por lo anterior, la entrevista rendida por el señor Gutiérrez, el pasado 23 de febrero de 2014, se incorporó a través del investigador Eleuterio Rodríguez, quien la recepcionó, quien, en la misma fecha, da lectura a la misma, de la cual se extrae lo siguiente:

“... yo estaba en el bar Bombay, ubicado en la carrera 9 con calle 8 en Pereira, anoche como a las 11:00 PM, yo había llegado antes al bar, porque yo les colaboro en el trabajo, yo me estaba tomando una cerveza, cuando llego una persona de tez morena, como amemado y me dijo que lo acompañara que para ver si yo había robado a una viejita que era de por ahí, yo le dije “como así” yo no he hecho nada y le dije “vamos”. A esta persona yo lo había visto rondando el bar esta semana, el usa gorra, estatura baja, contextura gruesa to no sé cómo se llama, él me dijo que lo acompañara hasta el carro de él, salí con él y me monte en el carro, es una Mazda rojo, 323, la placa era como 724, en el carro había otra persona que lo estaba conduciendo, el vestía prendas blancas, me subí y arrancamos, en el carro dimos la vuelta más arriba del bar por la carrera 8 para tomar la calle 7 y luego volver a coger la carrera 9, paramos y el que me había sacado del bar, el amemado, se bajó y me dijo, espere que voy a ir a traer a mi abuela, cuando volvió como a los ocho minutos, llego con un niño como de 12 años, yo pensé que era el hijo de él, luego este señor le pregunto al niño que si yo había sido el que había robado a su abuela y el niño dijo que no, que la que sabía era ella, luego el niño se subió al carro y nosotros también, supuestamente a buscar a la abuela, arrancamos en el carro hacia la Universidad Tecnológica, cuando llegamos por allá, ellos se metieron por una carretera destapada y oscura, yo le preguntaba que donde es que vive la señora, ellos me decían que allí adelantico, luego pararon el carro y se tiro del carro el amemado, se bajó y le dijo al conductor que orillara el carro y el me cogió de la camisa, luego saco un cuchillo y se lo entregó al niño, el amemado que me tenía agarrado, me tiro al suelo y saco otro cuchillo de la pretina, esta persona empezó a darme cuchillo por la espalda, el conductor se bajó y me ponía el pie en la cabeza, luego me colocaron un cuchillo en la mano y forcejeé con él y logre soltarme y me tire por un barranco, yo sentí que ellos se metieron a buscarme, yo me escondí en el monte entre unos árboles altos, yo me quede quieto hasta que ellos se fueron, yo escuche que el niño decía “yo le pegue varias”, al momentico escuche que prendieron el carro, dieron la vuelta y regresaron por el mismo lado, luego yo empecé a salir a la carretera y me tire a una zanja y al momento subió un carro, un microbús y siguió derecho, luego subió un carro gris y me arrastre hasta la mitad, el carro paró y me le colgué por la ventanilla, pero no quiso parar y siguió, yo no me quise soltar yo iba colgando y me le tire encima al capo y el carro seguía andando y yo estaba colgado del capo, luego por esos lados de Mundo Nuevo, iban pasando unos policías y el carro les pito, los policías le dijeron al del caro que me montaran y nos fuéramos para el hospital y ya llegamos acá. Yo estoy en la capacidad de reconocer al niño y al otro hombre que es amemado y al conductor no lo alcance a ver bien. Cuando ellos me dijeron que me subiera al carro yo estaba drogado me acababa de trabar, a mí me tienen amenazado y a los del bar también, porque ellos me dijeron eso” (Minuto 45:35 y ss.).

Diligencia en la que también se escuchó al investigador Ricaurte Ortiz, quien introduce el contenido de la entrevista rendida por la señora Sandra Milena Díaz Narváez, dado que se admitió como prueba de referencia. El mencionado testigo procedió igualmente dar lectura en los siguientes términos:

“El día 22 de febrero siendo las 4:30 de la tarde, llego al bar Bombay donde yo trabajo y donde yo vivo un amigo a quien yo conozco como Alejo, el llego y me dijo que si le iba a regalar comida y yo le dije que los sábados no hacia comida. Yo continúe atendiendo en el bar y Alejo me pidió una cerveza y se sentó en una mesa y caminaba por el bar, yo veía que el saludaba a la gente porque es conocido en el sector. El llego solo al bar, yo lo vi como hasta las 6 de la tarde en el

bar, pero después no lo volví a ver, no se para dónde se fue, ni con quien se fue. Yo a Alejandro lo conozco desde que el nació, la mamá se llamaba Adriana y el papá Carlos, ellos ya fallecieron, Alejandro esa viviendo con una tía de nombre Yolanda en el barrio el Triunfo, pero actualmente pagaba residencia en diferentes partes de Pereira. Él es una persona desempleada y consumidor de estupefacientes. Yo sé que a él le dicen la rata, él estuvo como 2 años detenido en el Marceliano. Yo a Alejo lo veo porque él va a buscarme a la casa para que yo le de comida o para que lo deje bañar. Yo no sé el nombre completo de él, me acuerdo que la mamá se llamaba Adriana Gutiérrez, yo lo conozco porque nos criamos allá en el Triunfo. En relación a los hechos de hoy, desconozco que pudo haber sucedido o quien lo pudo haber agredido. Yo me entere de lo que paso porque la policía fue al bar a preguntar si había habido algún problema o algo, que porque en la clínica Pinares, había una persona herida que manifestó que lo habían sacado del bar de nosotros, no tengo nada más que agregar”.

En este punto, valga la pena recordar que, si bien estas pruebas de referencia fueron debidamente solicitadas e incorporadas al juicio oral en audiencia del 28 de octubre de 2014, contrario a lo esbozado por el recurrente, se advierte que, la Fiscalía si demuestra la responsabilidad de los encartados, a través de las pruebas complementarias que corroboran las de referencia, veamos:

En ese orden, en primer lugar, debe quedar en claro que, la totalidad de los testigos de la Fiscalía no se circunscriben a prueba de referencia como lo refiere el apelante, como quiera que tal apreciación resulta desacertada, pues conforme lo analizado en precedencia, ese no es el concepto formal de la prueba de referencia. Y es que, si un testigo no observó la ocurrencia de los hechos, ello no implica la imposibilidad de suministrar la información que directamente percibió, estructurándose de esta forma el hecho indicador sobre determinado aspecto, que en últimas se traduce en prueba indiciaria.

Con fundamento en lo anterior, esta Sala de decisión considera que las versiones de los miembros de la Policía Nacional, Edison Ospina Álvarez, Subintendente, Daniel Flórez Henao, patrullero y Jhon Deiner Martínez, también patrullero, en lo referente a las manifestaciones de la víctima, sí pueden apreciarse como testimonios de oídas pues reúnen sus versiones las características y requisitos para su apreciación.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha referido:

“La Corte se ha ocupado de fijar los requisitos para la correcta apreciación del testigo de oídas. Específicamente, en CSJ SP, 24 jul. 2013, rad. 40702, se resumieron los presupuestos a aplicar con ocasión de la apreciación del referido medio de persuasión, así:

(i) 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.

(ii) 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.

(iii) *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, (iv) 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. 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”, 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 (providencia citada. Cfr. igualmente, CSJ SP10694–2014, 13 ag. 2014, rad. 37924; CSJ SP5921–2017, 26 abr. 2017, rad. 42526; CSJ SP1777–2019, 22 may. 2019, radicado 53914)”⁷.

Colorario de lo anterior, y de conformidad a los registros de la audiencia y atendiendo la evaluación del juzgador de primer grado, se advierte plausible el cumplimiento de cada uno de estos presupuestos. Como punto de partida, se tiene la versión de **Edison Ospina Álvarez-subintendente Policía Nacional**, como primer respondiente, quien da cuenta que el día de los hechos, aproximadamente a las 22:40 horas, en la vía rural que conduce a la Universidad Tecnológica de esta ciudad, se encuentran vehículo particular que señala que había una persona lesionada en la vía, al parecer, encontrando más adelante en efecto, a una persona herida con arma blanca. Que atendiendo que, la Central se demoraba un poco y en aras de integridad, se solicitó al vehículo particular trasladarlo a centro asistencial, que en este caso fue la Clínica Pinares Medica. (minuto 8:40 y ss., audiencia del 27 de octubre de 2014).

Se averigua al lesionado y cuando llegan al centro asistencial y le prestan primeros auxilios, da información de quien lo lesionó y en que se movilizaban.

Oportunidad en la que el policial, señala que una vez le prestan primeros auxilios al señor David Alejandro Gutiérrez, éste da información de quien lo lesionó y en que se movilizaban, recuérdese **“el joven manifestó que el que le había causado las lesiones era apodado mundo malo, que estaba en un vehículo y venía acompañado de un muchacho Juancho, iban en un vehículo Mazda 323 color rojo”⁶**; información que refiere, le dieron a la central de radio para la búsqueda correspondiente.

Por su parte, el testigo **Daniel Flórez Henao, Patrullero de la Policía Nacional**, ratifica que el 22 de febrero de 2014, cuando se encontraban realizando patrullaje, a esos de las 22 horas, en la vía que comunica a la Universidad Tecnológica, encontraron lesionado a la hoy víctima, con lesiones al parecer de arma blanca, solicitando al vehículo particular lo trasladara a la Clínica Pinares Medica.

⁶ Minuto 10:35 y ss.

Policial que deja en claro que, cuando el lesionado estaba estabilizado, les informó que lo lesionaron “Mundo Malo” y “Juancho”, que se movilizaban en un vehículo rojo Mazda 323, señalando que estas dos personas, le estaban haciendo reclamo por algo que él no había hecho⁷.

Aunado a ello, **Jhon Deiner Martínez, patrullero de la Policía Nacional**, quien hace arribo a la Clínica Pinares el día de los hechos, también refiere que una vez estabilizada la víctima David Alejandro Gutiérrez, éste da a características de 3 jóvenes, uno de ellos menor de edad, refiriendo que, “*el primer nombre que dio fue el alias de mundo malo*” información que dan a la central de radio⁸.

Policial que incluso, en el ejercicio del conainterrogatorio y preguntas complementarias del Juez, deja en claro que tuvo comunicación directa con la víctima, que este le dijo que en el vehículo iban 3 personas, uno de ellos menor de edad, señalando a un alias “mundo malo” y que, con relación a la persona que conducía el vehículo, era el más alto de las 3 y el menor era un niño⁹.

Es de resaltar entonces que, contrario a lo argumentado por la defensa, los testigos están brindando una declaración de lo que percibieron con sus sentidos, de su conocimiento personal, en el entendido que ellos pudieron hablar con la víctima, lo interrogaron sobre los acontecimientos y el responsable, manifestándoles al unísono, que fue “Mundo Malo” y “Juancho” quienes lo habían lesionado, aclarándole al patrullero Jhon Deiner Martínez, que fueron 3 personas, uno de ellos menor de edad, quienes lo agredieron, siendo conteste en referirse a alias mundo malo, como uno de sus agresores.

En ese sentido, se considera que los mencionados policiales, son testigos de primer grado, pues percibieron la información directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos, en este caso, la víctima. Asimismo, los testigos identifican inequívocamente la fuente de la información, refiriendo que proviene de David Alejandro Gutiérrez, víctima de los hechos. Ahora, frente a las condiciones en las cuales la fuente de la información transmitió el dato al testigo indirecto, se percibe diáfananamente que éste se encontraba consciente, y ese hecho estipulado se deviene de la historia clínica, dejándose claro que ya se toma contacto con la policía, cuando fue estabilizado por los profesionales de la medicina.

También se entrevistó que proporcionó información concreta a los policiales, en torno al vehículo donde se transportaban sus agresores, el alias de uno de ellos, lo cual denota precisamente ese grado de conciencia, entendiéndose como creíble que se hubiese podido realizar en esas condiciones, es más, según su versión coincide con lo manifestado posteriormente, en la entrevista que recepciona el investigador Eleuterio Rodríguez el 23 de febrero de 2023, sin que tenga injerencia alguna que, en ese momento no especifique un alias, como lo pretende enrostrar el apelante, pues en esa oportunidad, deja claro que se trataba de 3 sujetos, dos mayores y uno menor de edad, que se movilizaba en aquel Mazda 323 color rojo.

⁷ Minuto 3:09 y ss.

⁸ Minuto 4:16 sesión 2 octubre 28 de 2014

⁹ Minuto 12:10 y ss. Sesión 2 del 28 de octubre de 2014.

Como lo refiere la jurisprudencia, 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, y en este caso son tres funcionarios de la Policía Nacional que, al unísono refieren que la víctima en el centro asistencial, les indicó quienes lo agredieron y en que vehículo se transportaban.

Por tanto, gracias a la declaración de los policiales, se cuenta con la corroboración de los dichos de la víctima en la entrevista del 23 de febrero de 2014, en torno a que, el señor Gutiérrez fue agredido por tres personas, uno de ellos menor de edad, cuando fue sacado del bar Bombay donde se encontraba, por estos sujetos que se movilizaban en un vehículo Mazda 323 color rojo.

Al corroborar dicha información, también se cuenta con hechos indicadores que establecen indicios graves de responsabilidad en contra de los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño**, como son:

i) Que el intendente Wilson Alonso Giraldo, adscrito a la estación de Policía Villa Santana de ésta ciudad, al escuchar en la Central del reporte que se encontraba herido el señor David Alejandro Gutiérrez y que, presuntamente había sido agredido por ciudadanos que se movilizaban en un vehículo Mazda 323 color rojo, dentro de los cuales se encontraba alias “Mundo malo”, informó que ese vehiculó lo tenían referenciado en el sector con las placas JGE 274 y recibido quejas de ese alias (Minuto 29:00 y ss. Audiencia del 27 de octubre de 2023).

Información que, igualmente empieza a ratificar lo dicho por la víctima en la entrevista, quien a pesar haber sido lesionado, pudo recordar que las placas del vehículo son “*como 724*” verificándose que sí pudo tomar nota de los números de la placa, que, si bien no da con exactitud, si contiene la misma numerología señalada por el policial, como el rodante en que se movilizaba “Mundo Malo”.

ii) Es así, como se logra de manera célere la ubicación de dicho rodante, lográndose la captura de tres ciudadanos, en efecto, uno menor de edad, dentro de los cuales, efectivamente se hallaba un ciudadano que relató a uno de los policías captores, que se hacía llamar “Mundo Malo”, quien además se encontraba con manchas de sangre en su ropa, lo que configura en efecto, un hecho indicador que establece un indicio grave contra los procesados.

El subintendente José Heider Vera Gutiérrez, quien adelantó el procedimiento de captura en flagrancia, señala que, con ocasión al reporte de la central de radio, del caso del corregimiento de Mundo Nuevo, se señaló que los implicados huían en un vehículo y se efectuó el plan candado, lográndose la interceptación del rodante Mazda 323, rojo, de placas JGE 274, señalando que logró la captura de “*los dos aquí presentes y un menor de edad*” (Minuto 29:30 y ss. Audiencia del 27 de octubre de 2014).

Policial que, de manera directa, pudo apreciar, **a)** que uno de los ocupantes tenía manchas de sangre, por un altercado con una persona que le habían robado un celular días antes; **b)** también en sede de preguntas complementarias del juez, el testigo señala que quien conducía el vehículo era Luis Heider Arcila Castaño, que al lado del conductor estaba Yhoan Manuel Hernández

(quien tenía sus pantalones con manchas de sangre) y el menor en la parte de atrás y, **c**) deja en claro que sí verificó si alguno de ellos le decían Mundo Malo, señalando a Yhoan Manuel, quien refiere así se lo hizo saber (Minuto 50:15 y ss.).

Información que fue corroborada por el otro agente captor, Jorge Iván Ramírez Calvo, quien en audiencia de juicio oral, establece la presencia de los dos acusados y un menor de edad, en el vehículo Mazda 323, color rojo, señalando al señor **Luis Heider** como la persona que lo conducía, que las otras personas son el acompañante y el menor, reiterando que el señor **Yhoan Manuel**, se le encontró el pantalón con manchas de sangre.

Así mismo, tal verificación de los ocupantes del rodante, se ratifica con el dicho del agente **Jhon Deiner Martínez**, quien señala que llegó a apoyar posterior a la captura de los ciudadanos y, pudo identificar a Mundo Malo como el agresor, dado que además de las manchas de sangre en su ropa, tenía las características que dio la víctima, como una persona de baja estatura, morena y robusta, además se encontraba en el mismo Mazda 323 color rojo (Minuto 4:16 y ss. Audiencia del 28 de octubre de 2014).

iii) Recuérdese además que, las prendas de vestir fueron sometidas a peritaje correspondiente, determinándose que sí se trataba de sangre humana, como lo certifica la Doctora Margarita María Arregoces Torregrosa, Bióloga Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, según experticia por ella realizada.

Y si bien, la Fiscalía no procedió a ordenar el cotejo de la sangre hallada en dichas prendas, con la de la víctima, lo cierto es que por ello, no puede desecharse tal información, pues el hecho que si se tratase de sangre humana, corrobora aún más, el acopio probatorio antes analizado, del cual se logra establecer con claridad, que el señor **Yhoan Manuel Hernández Cristancho**, en efecto, si se encontró en el lugar de los hechos, donde se agredió con arma blanca a la hoy víctima, en compañía de los dos ocupantes del rodante, dentro del cual si estaba el señor **Arcila Castaño**.

Así pues, estos indicios resultan graves e importantes para considerar que, la víctima (de quien debe decirse, no se probó tuviera alguna animadversión contra los acusados), sí tuvo la oportunidad de percatarse que lo agredieron tres personas, una de ellas menor de edad, que se movilizaban en un vehículo Mazda 323, que uno de ellos tenía el alias de Mundo Malo; información corroborada por los policiales:

- Se intercepta el vehículo de placas JGE274 Mazda 323 color rojo.
- En su interior, coincidentalmente, van tres ocupantes, dos adultos y un menor, de quienes señaló la víctima todos tuvieron participación, recuérdese *“luego pararon el carro y se tiro del carro el amemado, se bajó y le dijo al conductor que orillara el carro y el me cogió de la camisa, luego saco un cuchillo y se lo entregó al niño, el amemado que me tenía agarrado, me tiro al suelo y saco otro cuchillo de la pretina, esta persona empezó a darme cuchillo por la espalda, el conductor se bajó y me ponía el pie en la cabeza, luego me colocaron un cuchillo en la mano y forcejeé con él y logre soltarme y me tire por un barranco”*

- Dentro de estas personas, sí se encontraba un ciudadano que, se conoce con el alias de “Mundo Malo”, esto es, el señor **Yhoan Manuel Hernández Cristancho**, quien también se verifica, era la persona que tenía manchas de sangre en su pantalón, que resultaron ser de humano.

Por tanto, el relato de la víctima, si se encuentra soportado en los testimonios de los miembros de la Policía Nacional, a quienes se les otorga credibilidad, dado que sus intervenciones fueron consistentes, hiladas, coherentes y no demostraron ni se percibió en ellos, animadversión alguna a los acusados; su información coincide y complementa su historia, lo que hace creíble su relato.

Aunado a ello, si se corrobora el dicho de la víctima, con lo referenciado por la señora Sandra Milena Díaz, que indicó a través de la entrevista, que el señor David Alejandro Gutiérrez, sí estuvo el día de los hechos en el bar Bombay, lo que ratifica aún más los dichos del ofendido y, la corroboración que debe verificar la instancia, sin que tenga injerencia alguna que la señora Sandra, refiera que solo lo vio hasta las seis de la tarde, porque se trata de la apreciación personal de la ciudadana, mas no se certifica que todas las personas presente en dicho establecimiento de comercio, lo hayan visto salir y que no estaba en el lugar desde dicha hora, pues la misma testigo en la entrevista refiere que había más personas en el lugar.

Es lo que vio la señora Sandra, hasta el momento que ella lo vio, sin embargo, ello no desdibuja que la víctima, estuvo en dicho lugar antes de la ocurrencia de los hechos.

En ese orden, de cara a las pruebas de cargo, se permite entender el compromiso penal de los encartados, de quienes se verifica, esa división del trabajo criminal que demanda el artículo 29 del código penal, respecto de la agresión realizada al señor David Alejandro Gutiérrez, en contra de su humanidad, siendo claro que la prueba indiciaria, complementa la de referencia, atendiendo los parámetros del artículo 381 del C.P.P.

Compromiso penal que, no sólo se configura respecto del delito atentatorio contra el bien jurídico de la vida e integridad física, sino también del delito de Uso de Menores de Edad para la comisión de delitos, por el que también fueron acusados, al verificarse que los ciudadanos **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño**, sí indujeron al menor J.C.H.C. a atentar contra la vida de Daniel Alejandro Gutiérrez.

Con relación a esta conducta punible, dijo la Corte:

“Aun cuando la Corte Constitucional, en la sentencia C-121 de 2012, consideró que este delito gira en torno a la instrumentalización, en realidad el mismo contempla una gama de comportamientos en donde la manipulación del menor representa solamente una parte del tipo penal.

En efecto, allí se describen tres grupos de conductas alternativas, a saber: (i) inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar de manera directa a un menor de 18 años a cometer delitos; (ii) promover el que otros utilicen, constriñan o induzcan al menor con tal propósito; y (iii) participar de cualquier modo en alguna de esas acciones.

Como se observa, en el primero de los mencionados grupos se reprime a quien materialmente realiza uno o varios de los verbos rectores allí previstos. En el segundo a quien hace que terceras personas sean las que despliegan sobre el menor alguno de los concretos comportamientos en él referidos, esto es, utilizar, constreñir o inducir. Y en el tercero a quien determina a otros a inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar al menor de edad o les presta alguna contribución en su realización

En relación con el primero de esos grupos, cabe anotar que allí la norma establece una especie del ilícito de constreñimiento para delinquir previsto en el artículo 184 del Código Penal, en cuanto la acción recae no sobre cualquier persona sino sobre un sujeto calificado (menor de 18 años). Claro que el tipo penal del artículo 188 D contiene una mayor riqueza descriptiva, pues su configuración se presenta no sólo por constreñir sino también por inducir, facilitar, utilizar, promover o instrumentalizar.

Adicionalmente, a diferencia de lo que ocurre con el constreñimiento para delinquir, que es un tipo penal subsidiario, pues se comete siempre que la conducta “no constituya delito sancionado con pena mayor”, el punible de uso de menores de edad es de carácter autónomo, de manera que puede concurrir perfectamente con el delito fin, es decir, que si alguien ejecuta sobre el infante o adolescente los actos de inducir, facilitar, utilizar, constreñir, promover o instrumentalizar, pero además interviene en el ilícito realizado por éste incurrirá en las dos infracciones penales¹⁰”.

Por ello, es claro que la configuración de esta conducta punible, se materializa en aquellos eventos en los que, el menor de edad, interviene como “coautor o participe en una actividad delictiva ideada por un adulto que previó conscientemente la utilización de aquél en la realización de la conducta en cualquiera de sus modalidades, recayendo el juicio de reproche en este último y sin perjuicio del concurso de conductas que se pueda desprender del actuar delictivo del menor instrumentalizado”.

Así pues, si bien el recurrente pretende demostrar que el menor de edad J.C.H.C. actuó sólo, conforme a las pruebas que desfilaron en la audiencia de juicio oral, ello queda desvirtuado, por cuanto la víctima David Alejandro Gutiérrez, dejó siempre en claro que, sus agresores fueron dos adultos y un menor de edad. Así mismo, es evidente que, el menor J.C.H.C., sí intervino como coautor de la conducta delictiva de homicidio agravado tentado, en esa actividad previamente concertada, pues tal y como lo refiere el ofendido, vio a uno de los agresores, que le pasa el cuchillo al menor y de manera conjunta, arremeten contra su humanidad.

Cargos que fueron aceptados por el menor J.C.H.C., en las audiencias preliminares celebradas por el Juzgado Segundo Penal para adolescentes con funciones de control de garantías de Pereira, el pasado 23 de febrero de 2014, las cuales fueron objeto de estipulación por las partes, observándose que el joven, no se abrogó la materialidad de los hechos, como lo quiere hacer ver el togado de la defensa, pues su aceptación de cargos, fue como “coautor “del delito atentatorio contra la vida e integridad física.

Coautoría que dirige a que, no actuó solo, que fueron más de dos personas las que desplegaron la conducta punible, entendiéndose que, la víctima señalara que cada uno de los

¹⁰ CSJ. SP15870-2016, Rad. 44931 del 2 de noviembre de 2016.

ocupantes tuvo participación, relatando que al menor, previamente se le busca en casa, se le lleva al lugar de los hechos y se le pasa un arma blanca (cuchillo), claramente, induciéndolo a cometer un delito tan grave, en contra de la humanidad del señor David Alejandro Gutiérrez, configurándose de esta manera, el delito establecido en el artículo 188 D del Código Penal, que fuera objeto de acusación por parte de la Fiscalía.

LA VALORACIÓN DE LOS TESTIGOS DE DESCARGO

Finalmente, en torno a las pruebas de descargo, considera la Judicatura que estas no tienen suficiente fuerza probatoria para derrumbar las de cargo, por las razones a saber:

i. El testimonio de la joven Leidy Stephanie Hernández, solo ratifica que, tanto el señor **Yhoan Manuel Hernández Cristancho, Luis Heider Arcila Castaño** y el menor J.C.H.C. sí se encontraban juntos el día de los hechos, desde tempranas horas, movilizándose en un vehículo rojo (Minuto 13:47 y ss.).

Recuérdese que, en el ejercicio del contrainterrogatorio, la joven aclara que, quienes salieron en el carro fueron “*el chico Heider, Yhoan y Camilo*”, aclarando que quien conducía era Heider (Minuto 19:51 audiencia del 28 de octubre de 2014).

ii. Si bien, también se introdujo como prueba de referencia, una entrevista rendida por la víctima en el mes de julio de 2014, aproximadamente 5 meses después de ocurridos los hechos, mediante la cual se pretende retractar de las manifestaciones iniciales, en torno a la responsabilidad de los dos acusados, comparte la Judicatura lo expuesto por el A-quo, en torno a que, las nuevas manifestaciones del ofendido, no logran derrumbar lo dicho por el señor David Alejandro Gutiérrez inicialmente.

Recordemos que, en dicha entrevista, la cual fue recepcionada por el investigador Alberto de Jesús Vallejo Londoño, la víctima claramente, trata de favorecer a los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño** para ese momento la Defensa, había aceptado cargos ante el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con funciones de control de garantías.

Oportunidad en la que ya refiere que, solo lo agredió el niño y que, el otro muchacho le pedía que lo soltara, que fue el (haciendo referencia al amemado) que se metió a quitárselo de encima. Que el 23 de febrero de 2014, mintió porque tenía mucha rabia y quería que los cogieran a todas y que tampoco puede reconocer al conductor.

Retractación que no puede ser avalada por la Judicatura, porque la misma resulta contraria a las reglas de la experiencia, pues si en efecto, el ciudadano que refiere como el amemado (que corresponde al señor Yhoan Manuel Hernández conocido con el alias de Mundo Malo) lo defendió, impidiendo que el menor J.C.H.C. los agrediera, resulta ilógico que hubiera querido incriminarlo falsamente, a él y al conductor del rodante.

Además, el aporte del conductor es de tal importancia, que configura dicha coautoría, de quien en primera intervención, la víctima sí señaló que se bajó y le puso el pie en su cabeza.

Y si lo que pretendía el señor David Alejandro Gutiérrez, era favorecer a los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño**, dado que el menor J.C.H.C. aceptó responsabilidad penal por la agresión en contra de su humanidad, se reitera que dicha

aceptación fue en calidad de “coautor”, lo que indica que no actuó solo, sino en compañía de otras personas, resultando absurdo que el defensor apelante, pretenda que se acoja tal postura.

De igual manera, olvidó el recurrente que la víctima recibió 19 heridas de arma corto punzante, en varias regiones de su cuerpo; mismas que si de verdad hubiera existido ese apoyo de los hoy acusados, no se habrían materializado en tal cantidad, si realmente fueron propinadas por un menor de edad, resultando acertado lo dicho por el A-quo al respecto:

“la magnitud de las 19 lesiones que presentó en diferentes partes del cuerpo por las que casi pierde la vida, no fueron realizadas por una sola persona –un niño de 12 años- como dijo en la entrevista, sino que necesariamente requirió la participación de más sujetos; fácilmente se hubiera defendido del infante. Por ultimo Yohan Manuel Hernández Cristancho presentaba manchas de sangre en su pantalón y se encontraba embarrado como lo dijeron los patrulleros Jhon Deiner Martínez Espinosa y Jorge Iván Ramírez Calvo, lo que solo se colige por la participación activa en los hechos, al utilizar en varias ocasiones el cuchillo y forcejear con la víctima, tal como este lo dijo, mientras que Luis Eider no fue capturado en estas condiciones porque su participación fue con el pie”.

Analizados los elementos de juicio presentados y debatidos en la vista pública, es válido concluir que más allá del esfuerzo defensivo por atacar el fundamento de la prueba, no se aportó ningún medio que acreditara lo contrario, inclusive, que tuviese la suficiente entidad para edificar la duda probatoria, quedando en claro que, los dos acusados, si efectuaron un aporte importante, en el atentado contra la vida del señor David Alejandro Gutiérrez, además de la afectación al derecho fundamental a la libertad individual antes analizado, en torno al delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos.

En consecuencia, se considera que en el caso en estudio le asistió razón al juez de primer grado para dictar una sentencia condenatoria por los delitos objeto de acusación, lo que conduce a esta Sala a **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todos sus aspectos, ya que se reunían los requisitos del artículo 381 del CPP para adoptar ese tipo de determinación.

En aplicación del principio de limitación de la segunda instancia, la Sala no hará ningún pronunciamiento sobre la pena impuesta a los acusados, ya que este acápite de la sentencia no fue objeto de impugnación.

Por lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.)**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR Sentencia No.011 del 25 de mayo de 2015, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pereira, Risaralda, por medio de la cual se condenó a los señores **Yhoan Manuel Hernández Cristancho y Luis Heider Arcila Castaño**, como coautores penalmente responsables de la conducta punible de **Homicidio Agravado Tentado en concurso heterogéneo con Uso de Menores en la comisión delitos**, conforme lo razonado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: LÍBRENSE las comunicaciones a las autoridades correspondientes.

TERCERO: Esta decisión se notifica siguiendo los parámetros legales previstos para la notificación de providencias en situación de pandemia, dejándose las constancias pertinentes. Contra la misma procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firma Electrónica
JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado Ponente

Firma Electrónica
MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

Firma Electrónica
CARLOS ALBERTO PAZ ZUÑIGA
Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6a858ac64adb269cf7309174e5527283affb812654d819bf81c3e37655d010b5**

Documento generado en 10/03/2023 03:01:44 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>