

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veinte (20) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

**ACTA DE APROBACIÓN No 816
SEGUNDA INSTANCIA**

Acusados:	Jesús David Londoño Flórez y Santiago Mantilla Mápura
Cédula de ciudadanía:	18.523.432 y 1.088.034.648 expedidas en Dosquebradas (Rda.), respectivamente.
Delito:	Homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego.
Víctima:	Mauricio Ibargüen López
Procedencia:	Juzgado Primero Penal del Circuito con función de conocimiento de Dosquebradas (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la bancada defensiva y la Procuraduría, contra el fallo condenatorio de fecha enero 18 de 2019. SE CONFIRMA.

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

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

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

1.1.- Los hechos fueron plasmados en el fallo confutado de conformidad con el pliego acusatorio, de la siguiente manera:

“El 29 de junio de 2017 a eso de las 01:30 de la madrugada, en la vía pública del barrio Guadalupe del municipio de Dosquebradas, sobre la acera de la calle 40 entre carreras 10 y 11, donde se encontraba el hoy occiso MAURICIO IBARGÜEN LÓPEZ, cuando fue abordado por dos sujetos que fueron identificados como JESÚS DAVID LONDOÑO FLÓREZ y SANTIAGO MANTILLA MÁPURA, el primero de ellos sacó un arma de fuego y le propinó varios disparos, luego guardaron varias prendas de vestir (buzo, gorra) y algo más en un bolso que portaba el segundo sujeto, posteriormente huyen del lugar”.

1.2.- Una vez identificados y capturados los procesados, se realizaron las audiencias preliminares (octubre 31 de 2017) ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Dosquebradas (Rda.), por medio de las cuales: (i) se legalizó la aprehensión de **JESÚS DAVID LONDOÑO FLÓREZ** y **SANTIAGO MANTILLA MÁPURA**; (ii) al señor **LONDOÑO FLÓREZ** se le formularon cargos en calidad de autor y a **MANTILLA MÁPURA** como cómplice de los delitos de homicidio en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencias de armas de fuego -arts. 103 y 365 C.P.-, los cuales **NO ACEPTARON**; y (iii) se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

1.3.- La Fiscalía presentó formal escrito de acusación (diciembre 12 de 2017) donde atribuyó idénticos cargos a los imputados, cuyo conocimiento le fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (febrero 06 de 2018), preparatoria (mayo 31 de 2018), y juicio oral (julio 23 y noviembre 07, 08 y 28 de 2018), fecha esta última en la cual se emitió un sentido de fallo de carácter condenatorio, y en enero 18 de 2019 se dictó la sentencia por medio de la cual: (i) se declararon responsables a los señores **JESÚS DAVID LONDOÑO FLÓREZ** -autor- y **SANTIAGO MANTILLA MÁPURA** -cómplice- del concurso de delitos de homicidio y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, a una pena de 240 y 120 meses, respectivamente, y a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la pena impuesta a cada uno de ellos; y (ii) se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1.4.- Para proferir tal decisión, la a quo, luego de referir que no existía duda acerca de la materialidad de los ilícitos enrostrados, en cuanto a lo debatido en juicio y respecto al uso de las declaraciones anteriores, trajo a colación en extenso la sentencia 44950 de 2017 de la Sala de Casación Penal, para considerar que solo valoraría la manifestación que rindió en juicio el testigo principal de cargos **ANDRÉS FELIPE GÓMEZ GUTIÉRREZ**, pues aunque se trató de hacer ver que existió una supuesta retractación de una versión anterior, la misma no ingresó válidamente como medio de prueba al juicio. De todas formas, aunque pueda decirse que se usó para una aparente impugnación de credibilidad, al ser confrontado sobre tales dichos la defensa se quedó corta en demostrar que ese uso era legítimo acorde con los fines de los artículos 391 y 403 C.P.P., por lo que estamos ante exposiciones inadmisibles, en tanto el testigo compareció a juicio, fue sujeto a confrontación directa, y las elementales contradicciones en que incurrió no le restan verosimilitud a su credibilidad.

Analiza a continuación el testimonio del señor GÓMEZ GUTIÉRREZ, para referir entre otros aspectos los siguientes: (i) dio una ubicación precisa del lugar de ocurrencia del hecho; (ii) su presencia allí se acreditó incluso con los testigos de la defensa JHON JAIRO GÓMEZ y JACINTO VÁSQUEZ; (iii) momentos después de lo sucedido inicia el señalamiento de los agresores, a quienes conocía de tiempo atrás, lo que corroboraron los testigos ya aludidos, e incluso el propio **MANTILLA MÁPURA** aceptó que frecuentaba esa área y que también observaba al coprocesado **LONDOÑO FLÓREZ**; (iv) el día de los hechos los había visto pasar por el sitio y no los perdió de vista hasta que llegaron donde estaba su amigo, alias "negro" -hoy occiso-, con lo que queda probado que sí tenía la posibilidad de percibir lo que pasaba y que los acá procesados fueron los únicos que caminaron hacia ese específico sitio; (v) el mismo día del hecho el citado ANDRÉS FELIPE les comunicó a dos vigilantes del sector la ocurrencia del homicidio, y a continuación tuvo contacto con el intendente WILSEN JARAMILLO, al que le manifestó reconocer a los agresores, mismos que señaló en álbum fotográfico y lo ratificó en juicio, e incluso dio a saber sus alias como "Flórez" y "Mellizo" y los describió físicamente, con lo cual fueron plenamente identificados; (vi) al ser consumidor tenía claras las labores que desempeñaban los acusados, y ello de cierta manera fue corroborado por **MANTILLA MÁPURA** y la progenitora de **LONDOÑO FLÓREZ**; (vii) lo que apreció la noche de lo ocurrido solo él podía contarlo, y así lo hizo pese a la oposición de defensa y Ministerio Público al aducir que no podía ver por "enmarihuano"; (viii) su condición de consumidor no puede restarle credibilidad ni ser objeto de discriminación, y aunque hubiera consumido marihuana, ello no redujo su capacidad de percepción; (ix) no se pueden cuestionar sus dichos por lo que dicen no haber visto sus compañeros -hoy testigos de la defensa-, y sobre el estado del lugar no hay medio de prueba para establecer cómo estaba para esa época, en tanto las fotos arrimadas por la defensa se realizaron un año después; (x) la visibilidad, pese a lo avanzado de la noche, era buena, como lo hicieron saber los investigadores que allí acudieron; (xi) el estado mental o psíquico del testigo para la fecha del hecho producto del consumo de estupefacientes, es imposible conocerlo, y menos afirmar que por ello no era factible que observara lo sucedido; (xii) hay elementos que respaldan que ANDRÉS FELIPE apenas se aprestaba a consumir heroína cuando ocurrió el homicidio de su amigo; (xiii) el señalamiento fue contundente, incluso narró situaciones posteriores que resultaron confirmadas posteriormente en juicio con otros medios de prueba; y (xiv) lo que motivó al testigo a señalar a los culpables fue el sentimiento que le generó la muerte tan injusta de su amigo, quien era igualmente habitante de calle.

Fueron tales circunstancias las que la llevaron a otorgar credibilidad al testigo de cargos, y en cuanto a las demás pruebas, a las cuales se refirió -lo dicho por el señor de la tienda JAIRO HINCAPIÉ o el padre de MANTILLA MÁPURA-, poco o nada aportan al caso.

Finalmente, respecto a la supuesta retractación, resalta que la entrevista obtenida por el investigador de la Defensoría fue "provocada" en contraposición a la espontánea declaración inicial y la vertida en juicio. Por demás, ese relato resulta inverosímil, ya que sería tanto como aseverar que se formó una empresa criminal por varios funcionarios del Estado para incriminar a inocentes. Y deja en claro que no cuestiona la labor de la hermana del procesado con miras a buscar pruebas, lo que igual se puede equiparar a la realizada por el investigador oficial para dar con el paradero de los acusados, en tanto todos los métodos son válidos mientras no afecten garantías fundamentales.

1.5.- Inconformes con la sentencia, tanto la bancada defensiva como el agente del Ministerio Público, manifestaron que interponían recurso de apelación y que sustentarían en forma escrita.

2.- DEBATE

2.1.- Apoderado de MANTILLA MÁPURA -recurrente-

De su disenso se entiende que pide la absolución, y para ello expone:

Sostiene que se deben tener en cuenta algunas falencias que no fueron analizadas para demostrar al menos la duda de la participación de su defendido en los hechos endilgados, por lo cual debió ser absuelto.

La falladora no dio credibilidad a los testimonios cuando manifiestan que la luminosidad era deficiente, como se plasmó y quedó aceptado en el álbum fotográfico introducido por el investigador de la Defensoría Pública en las tomas efectuadas desde el sitio donde se hallaban los testigos; tampoco lo expresado por el vigilante del sector a los policiales que acudieron a la escena quienes debieron valerse de ayudas luminosas para hacer efectiva las tomas y realizar el levantamiento del cadáver. Era pues imposible observar desde donde se encontraba ANDRÉS FELIPE, pues además de ser distante -más de 300 m.-, la luminosidad natural y artificial de la avenida era escasa y se interponía con el lugar del hecho un obstáculo también natural, como eran los matorrales, aunado a que se hallaban en "un hueco" donde ningún transeúnte

los veía y ellos tampoco veían nada desde el espacio que era usado para el consumo de estupefacientes.

Está de acuerdo con lo referido por la Procuraduría, en el sentido de cómo puede creérsele a una persona que se encuentra consumido en el vicio. El despacho le da credibilidad sin ser coherente en sus declaraciones, con fundamento en una sentencia que le permite valorar la retractación. Y es incoherente su dicho porque dijo haber consumido desde tempranas horas sustancias estupefacientes, y luego aduce que no había ingerido sustancias con sus amigos, quienes a su vez refieren haber agotado cantidades de marihuana y bazuco, al igual que otras sustancias desde temprano y hasta altas horas de la madrugada. Lo anterior además de la contradicción en que incurre en cuanto a la visibilidad desde el lugar hasta la escena del crimen.

Tales testigos indicaron que al escuchar las detonaciones corrieron a refugiarse mientras todo pasaba, porque sabían que llegarían los policiales a indagarlos y huyen por el estado anímico que tenían en ese momento -delirium tremens o paranoia-, por su alto grado de intoxicación, ante lo cual se pregunta: ¿cómo es coherente una y otra declaración para condenar con fundamento en ese testimonio traído por la Fiscalía? Aunado a ello, el testigo dijo en su primera entrevista que fueron tres detonaciones, luego que cuatro, y posteriormente que seis o siete disparos.

Tacha la juzgadora la retractación al haber sido la hermana del otro acusado quien lo contactó, y que fuera el investigador de la Defensoría quien le recibió declaración. Así que no obstante que nunca hubo ofrecimiento de dinero por ese testimonio, la a quo se aparta de valorar ese relato a favor de los acusados.

Finaliza diciendo que la discusión se fundamenta solo en esas declaraciones y por ello pide que se valoren en debida forma y se tenga en cuenta la solicitud del señor Procurador.

2.2.- Ministerio Público -recurrente-

Solicita se absuelva a los procesados con fundamento en lo siguiente:

Luego de hacer alusión a lo referido por los testigos allegados al juicio -ANDRÉS FELIPE GÓMEZ, JHON JAIRO GÓMEZ -ambos habitantes de calle-, JACINTO VÁSQUEZ -otro adicto-, MARÍA ANGÉLICA LONDOÑO -hermana de **JESÚS DAVID LONDOÑO**-, y el investigador de la defensa JHON JAIRO MESA-, señala que como la prueba de cargo es única, se debe analizar de lo dicho por ANDRÉS FELIPE los siguientes

aspectos: (i) su capacidad de percepción; (ii) las circunstancias externas; (iii) su comportamiento procesal; (iv) la correspondencia de su relato con las demás pruebas arrimadas; y (v) otras consideraciones, las cuales desarrolla así:

a)- Tanto JACINTO como JHON JAIRO GÓMEZ estaban reunidos con ANDRÉS, consumían estupefacientes, lo que acepta este último al decir que fumaba marihuana pero que bazuco todavía no, por lo cual estaba bajo los efectos de sustancias alucinógenas.

b)- La distancia entre los testigos y el sitio del hecho era considerable -no menos de 200 m.-, era de noche y si bien había iluminación artificial, tanto la distancia como la nocturnidad dificultaban al testigo para ver lo que dice que vio. Y cuando sonaron los disparos, no estaba a la expectativa de lo que sucedía a 200 metros de él, por estar dedicado al consumo de droga en el interior de un matorral, desde donde no podía ver nada sin asomarse, y no lo hizo, como lo dijeron JACINTO y JAIRO, razón por la cual es dudoso que haya visto quién mató al "negro".

c)- Acerca del relato previo, si bien la defensa no introdujo como testimonio adjunto la entrevista que ANDRÉS le entregó a su investigador, por medio de su declaración, la de ANGÉLICA LONDOÑO y del propio investigador, se pudo establecer que el testigo rindió declaración donde exoneraba de responsabilidad a los acusados, en presencia de un delegado de la Personería. Y aunque refiere que fue amenazado, no explicó quién lo hizo, ni en qué consistieron las mismas, y de contera ello no elimina de plano lo referido en esa entrevista.

d)- Se contradijo el testigo en tanto inicialmente sostuvo que cuando sucedió el hecho no había empezado a consumir y luego que sí lo había hecho con marihuana, pero sus compañeros de consumo -VÁSQUEZ Y GÓMEZ- infirman sus dichos al decir que este consumía droga cuando sucedió el episodio y que en eso centraba su atención, además que estaban internos en la maleza y la visibilidad era mala. Testimonios importantes al momento de determinar el grado de credibilidad de ANDRÉS FELIPE, porque si las cosas sucedieron como aquéllos lo indican, este no pudo ver lo que vio y por ende no hay prueba contra los acusados. Y es también creíble lo referido por esos dos testigos por las circunstancias que allí expresan.

e)- En juicio afloró que en la información inicial ANDRÉS no entregó a los investigadores nombres ni apodos de los acusados, y no se entiende cómo hicieron estos para identificarlos, toda vez que ANDRÉS nunca los acompañó

para señalarlos. Igualmente, los testigos que ubicaron a los procesados en sus casas a la hora del crimen, no son creíbles por cuanto no explican cómo distinguen esa noche de las demás, y ello se explica por los afectos que llevan a querer salvar de la cárcel a un ser querido.

Como síntesis esboza: si ANDRÉS FELIPE, único testigo de los hechos estaba bajo los efectos de alucinógenos, quien había rendido una declaración previa donde dice no haber visto nada; si el lugar donde ocurrió el suceso estaba a no menos de 100 metros donde estaba el testigo; si se interponía la maleza entre él y el sitio del homicidio; si dos personas que estaban con él dicen que no estaba viendo el hecho, sino en su labor de consumo; entonces en conclusión, tal persona no puede ser fuente de certeza y al existir duda se debe absolver.

2.3.- Defensor de LONDOÑO FLÓREZ -recurrente-

Solicita se revoque la sentencia proferida por la a quo, y se emita un fallo de carácter absolutorio. Su extensa sustentación se puede sintetizar así:

Luego de hacer mención a lo referido por la a quo en el fallo confutado, considera que existió una equivocada valoración de la prueba en punto de la credibilidad que se le dio al testigo de cargos, la que debe ser cuestionada y analizada con detenimiento para restársele acogida a su exposición.

En su criterio, en el caso emergen elementos de prueba a favor del procesado que permitían edificar un fallo absolutorio, por ser altamente probable que por el consumo de estupefacientes el testigo estuviera en un estado que lo afectaba psíquicamente y le impedía percibir los hechos, razón por la cual sus dichos no ameritan certeza.

Refiere a lo expresado en su teoría del caso, a los alegatos de cierre tanto de él como del Ministerio Público, los que pide sean nuevamente tenidos en cuenta para resolver la alzada, y procede a analizar de manera puntual la declaración de ANDRÉS FELIPE GÓMEZ, de lo cual se extrae lo siguiente:

De la primera manifestación esgrimida se puede apreciar su condición de adicto a los estupefacientes en calidad de habitante de calle, y posteriormente en el conainterrogatorio pretende desmentir que se encontraba bajo esos efectos, para querer hacer ver alguna lucidez, como si tuviese un interés distinto al hábito de consumo para la noche de los hechos. Pero al final ya acepta haber consumido marihuana, aunque los demás testigos presenciales

refirieron que desde temprano ingerían bazuco y heroína, lo que aquél trató de desmentir.

De igual modo, el testigo expuso que estaba detrás de un matorral de difícil acceso, y dada la distancia, las condiciones del sitio, la poca luz -contrario a lo que dice la a quo-, le impedían la visibilidad para cualquier lugar externo a ese matorral. Y aunque también refirió que "el negro" estaba sentado consumiendo, más adelante lo desmintió, para decir que esculcaba el reciclaje hasta donde fue a saludarlo, y que antes del hecho daba la espalda al área desde donde venían los agresores.

En juicio señala a los homicidas como "Flórez" y el "Mellizo", pero en la primera declaración dijo no saber sus nombres y apodos, como lo expresó el Procurador y lo reafirmó la defensa al impugnar credibilidad y confrontarlo con versiones anteriores donde manifestó conocerlos de años atrás, pero en la primera entrevista a la policía, un día después del hecho, adujo lo contrario.

De igual modo, expresó que el deceso del "negro" fue a las 10:00 u 11:00 de la noche, pero en versiones anteriores sostuvo que a la 1:30 a.m. y que el cuerpo duró mucho tiempo tirado. Ya en el contrainterrogatorio expuso que a los cinco minutos verificó el cuerpo y ahí se da cuenta que era el "negro"; además de contradecirse al decir que primero se fue para donde el vigilante a informar lo sucedido, quien lo acompañó con linterna, pero sin haber sido citado a juicio.

Le sorprende que el testigo diga que estaba a unos 400 ms. de distancia del hecho, y que podía apreciar lo ocurrido, para más adelante sostener que a unos 800 ms. alcanzó a reconocer a los presuntos sicarios, lo que desmienten sus acompañantes. De contera, le causa perplejidad que si el testigo advirtió la presencia de otras personas como testigos, concretamente alias "La olla", "JACINTO", "ARBEY", "El Calvo", entre otros, ninguno fue contactado por la policía judicial para corroborar o desmentir los dichos de alias "El Pollo", labor que sí hizo el investigador de la Defensoría.

Emergen también contradicciones en cuanto a la ruta de escape de los presuntos delincuentes, pues dice que una vez "ve" los disparos de inmediato se agacha, pero aun así más adelante afirma que "ve" el sitio por donde los agresores se retiran, lo que impugnó la defensa dadas las versiones contradictorias en la entrevista, y ello debió valorarse.

Destaca que según el citado ANDRÉS, hubo un primer momento donde al estar en el morro o matorral observa a los agresores cuando pasan por la avenida

“campaneando” y reconoce a quienes en una primera versión dijo que no conocía por nombres ni por apodos. Estos se van, dan una vuelta a la manzana, y a la media hora reaparecen. Tiempo que al parecer no utilizó para consumir sino para divisar con “visión de búho” el panorama de una noche opaca y nublada, y posteriormente a unos 800 metros los reconoce.

De los demás medios de prueba utilizados a modo de impugnación, como el álbum fotográfico, las declaraciones de JACINTO, JHON JAIRO, su investigador, y el perito JUAN ROMERO, se extrae la falta de luminosidad.

En su versión ANDRÉS FELIPE adujo estar en un “viaje” que lo hacía “clarividente” al despertarle un sexto sentido, lo que hace ver a su psiquis afectada, y por ende desde las máximas de la experiencia es desacertado darle la credibilidad que le dio la a quo para condenar. Por lo mismo, la interpretación que dio sobre el grado de percepción es errada, y si la misma juez reconoce que “no es posible conocer el estado mental del testigo para el día del hecho”, ello constituye duda razonable, pero sin embargo la falladora la capitaliza como certeza. Lo dicho, máxime que ANDRÉS llevaba más de seis horas de consumo -marihuana, bazuco, heroína-, pero la falladora desconoció las reglas de la sana crítica y máximas de la experiencia, pues tal consumo sí afecta la percepción, y dada la condición de adicto, es poco probable que esta fuera diferente para el día del hecho por ser habitante de calle. Por demás, y en punto de la presunta amenaza que dice haber sentido, solo se puso en conocimiento en juicio, pero sin obrar constancia o evidencia a ese respecto.

No le asiste entonces razón a la juzgadora al afirmar que no sentó las bases para impugnar la credibilidad del testigo, a quien con elementos de prueba se confrontó de viva voz y se cumplió con el objetivo propuesto, e incluso el álbum fotográfico, sin que la defensa lo pidiera, la operadora lo declaró incorporado con ANDRÉS FELIPE, no presentándose refutación frente a ese proceder. Por tanto, de allí se podrá verificar que incluso en las tomas diurnas es difícil reconocer rasgos físicos de las personas que se acercan al sector.

Considera finalmente que dada la personalidad y la capacidad de percepción del testigo, no podía dársele credibilidad para fundamentar una condena, en tanto su declaración no guarda coherencia con la prueba arrimada, y con fundamento en las reglas de experiencia y en la sana crítica, debieron ser desestimadas sus versiones, aunado a que las dudas debían favorecer a los acusados.

2.4.- Fiscalía -no recurrente-

Pide se confirme el fallo proferido, y para el efecto sostuvo:

En punto de la inconformidad de los recurrentes, señala que la misma radica en la credibilidad del testigo ANDRÉS FELIPE GÓMEZ, y sobre el particular indica que fueron muchos los calificativos dados a esa persona, como el tachársele de "marihuano" por el Ministerio Público, o de "mentiroso", o decirse por parte de la defensa que fue una declaración "amañada". Pero además se le cuestiona su capacidad mental, percepción y confiabilidad.

Como lo sostuvo en sus alegaciones, el objeto de valoración es lo vertido en juicio, pero en esta ocasión de manera sorpresiva el Procurador y los defensores hicieron eco a versiones y situaciones ocurridas por fuera de la vista pública, ya que en momento alguno ingresaron en el plenario. E incluso, se habla de una retractación que hizo el testigo ante un investigador de la defensa, pero ocurre que esta tampoco fue aducida al juicio.

Comparte el análisis de la a quo y la conclusión a la que llegó en tanto la versión del testigo fue coherente, creíble, lógica y digna de confiabilidad, por ser prueba directa de responsabilidad contra los acusados. Por demás, la valoración del despacho fue pormenorizada, atendió los criterios de la sana crítica, la experiencia y los postulados de la lógica, e indicó las razones o motivos por los cuales le ofreció total credibilidad, sin que lo demeritara su condición de consumidor de estupefacientes, dado que para la fecha de los hechos no tenía alterada sus facultades mentales y no se podía permitir que los mismos funcionarios judiciales protagonicen actitudes que tiendan a estigmatizarlos y segregarlos.

Tampoco puede catalogarse como una máxima de la experiencia, que si una persona afirma ser consumidora de estupefacientes, entonces siempre va a estar incapacitada psíquicamente e imposibilitada para percibir lo que sucede a su alrededor.

Esgrime que al escuchar al testigo en juicio, ello afianzó su convencimiento de la responsabilidad de los acusados y convenció a la directora de la audiencia de haber dicho la verdad. Es que no puede decirse menos que su relato fue detallado, circunstanciado y creíble, e incluso advirtió con claridad la identidad de quienes lo acompañan esa noche -ARBEY, JACIENTO, CALVO-, así como la presencia de "Flórez" y "Mellizo" en forma anterior, concomitante y posterior al homicidio, en tanto siempre estuvieron juntos, los vio merodear por el sector, pasaron por un lado del occiso, los conoció y vio cuando "Flórez" desenfundó

el arma y disparó, y guardaron todo en el bolso que llevaba "Mellizo". E igualmente, describió muchos otros datos relevantes, lo que daba lugar al convencimiento de que se trató de una experiencia real, no inventada.

En realidad de verdad no existió retractación del testigo, porque en juicio se sostuvo en lo dicho previamente a los investigadores. Antes por el contrario, advierte una indebida presión por parte de los familiares de los procesados, como lo narró él mismo. Y aunque dice que se sintió como obligado a ir a una entrevista, adujo que no podía expresar nada de la intimidación al ser una presión "como toda rara" de la hermana de "Flórez", lo cual revela un comportamiento indebido de terceros para evitar que los acusara.

El testigo se encontraba apto para percibir el homicidio, para tomar decisiones -fue a buscar a los vigilantes del sector-, y estaba en condiciones físicas externas de poder observar el movimiento en la vía y de lo sucedido a su amigo. Y según se probó con los funcionarios de criminalística de la Sijín y con los registros fotográficos, el sitio tenía buena iluminación artificial ya que existían varias luminarias para la noche de los hechos que daban buen reflejo.

De otra parte, el cuerpo quedó en la acera, cerca de un poste de energía que funcionaba. No era un lugar con vías estrechas ni oscuras, tampoco había elementos que obstaculizaran la visibilidad, y aunque se aduce por los recurrentes acerca de la existencia de una maleza que le impedía ver lo sucedido, las fotografías que aportó la defensa fueron tomadas un año después, sin poder afirmarse que el sitio era el mismo para el día del cruento episodio, ni menos que la ubicación del testigo haya sido al fondo de la maleza, agachado o acostado, ni que permaneciera siempre al lado de sus amigos, pues como dijo JACINTO, el uno entraba, el otro salía, es decir, permanecían en movimiento.

Está claro que desde la posición de ANDRÉS FELIPE podía ver hacia la calle 40 e incluso los mismos testigos admitieron finalmente que vieron pasar previamente a **SANTIAGO** y a **JESÚS**. Y con respecto a los victimarios afirman que vieron correr a dos personas. Así que lo dicho en juicio por el testigo de cargos resultó ser coherente con la información que entregó en todos los momentos, y su versión inculpativa fue igual en sus aspectos esenciales, en tanto siempre sostuvo que fueron dos los agresores a quienes conocía con anterioridad, sin que ello haya sido un "falso positivo" de quien participó en los reconocimientos fotográficos y capturas, como quiera que solo intervino en la investigación tiempo después del episodio de sangre y de que el testigo contara a otros quiénes habían sido los agresores.

De igual modo quedó establecido que: (i) lo manifestado por ANDRÉS fue corroborado con otras pruebas; (ii) no tenía razón o motivo alguno para acusar falsamente a los acá procesados; (iii) si decidió declarar, lo fue por cuanto "el negro" era su amigo, también habitante de calle, y quiso que su muerte no quedara impune; y (iv) expresó el móvil, nada distinto a que lo mataron porque su amigo se puso a vender drogas en ese andén.

Finalmente, en relación con los testimonios de los familiares de los acusados y sus vecinos, ellos no fueron idóneos para desvirtuar la teoría del caso de la Fiscalía.

2.5.- Debidamente sustentados los recursos, la funcionaria de primer nivel los concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, **SE CONSIDERA**

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 - modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso, y por varias partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la bancada defensiva y el Ministerio Público-.

3.2.- Problema jurídico

Corresponde al Tribunal determinar si la decisión condenatoria proferida en contra de los coacusados **JESÚS DAVID LONDOÑO FLÓREZ** y **SANTIAGO MANTILLA MÁPURA**, se encuentra acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y en su reemplazo a dictar sentencia absolutoria, como se solicita por parte de los recurrentes.

3.3.- Solución a la controversia

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia de condena es indispensable que el juzgador llegue al conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las

personas involucradas, y que tengan cimienta en las pruebas legal y oportunamente aportadas a la actuación.

Para este caso específico, no hubo discusión y fueron hechos debidamente estipulados por las partes, los siguientes: (i) la real ocurrencia del deceso violento de la persona que en vida respondía al nombre de MAURICIO IBARGÜEN LÓPEZ -habitante de calle y reciclador, conocido con el remoque de "El Negro"-; (ii) que ese deceso se produjo a causa de pluralidad de impactos con proyectiles provenientes de al menos un arma de fuego tipo revólver calibre .38 (cinco en total), los que ingresaron en su gran mayoría en el cráneo de la víctima, uno de los cuales fue calificado como necesariamente mortal; (iii) la plena identidad y arraigo de los justiciables **JESÚS DAVID LONDOÑO FLÓREZ** y **SANTIAGO MANTILLA MÁPURA**; y (iv) que los mismos no contaban con permiso de autoridad competente para portar armas de fuego.

Lo que se debatió amplia y vigorosamente por cada uno de los sujetos procesales, en cabal cumplimiento de sus respectivos roles, fue la credibilidad o confiabilidad que ameritaba el relato vertido en juicio por parte del testigo principal de cargo ANDRÉS FELIPE GÓMEZ GUTIÉRREZ, conocido en su medio como "El Pollo", dado que esta persona incriminó como ejecutores del homicidio a los aquí procesados, a quienes ubicó en la escena del crimen en el instante en que uno de ellos -**JESÚS LONDOÑO**- utilizó un arma para disparar en repetidas ocasiones contra la humanidad del habitante de calle MAURICIO IBARGÜEN más conocido como "El Negro", en tanto quien lo acompañaba en ese instante -**SANTIAGO MANTILLA**-, le prestó colaboración a efectos de estar pendiente y guardar ese instrumento en el bolso que llevaba, al igual que algunas prendas de vestir -buzo y gorra-, para posteriormente huir tan pronto se cercioraron que la ejecución había sido efectiva. Todo lo cual dio lugar a que la Fiscalía General de la Nación les imputara cargos y posteriormente los acusara, al primero como autor y al segundo como cómplice, tanto en el punible contra la vida -homicidio- como en la infracción al bien jurídico de la Seguridad Pública -porte ilegal de arma de fuego-.

La titular del juzgado de primera instancia comenzó su disertación poniendo de presente que en su criterio aquí lo que existía era una coautoría y no una complicidad para el coprocesado **SANTIAGO MANTILLA**, pero que debía respetar esa imputación degradada propuesta por el ente persecutor, en atención al principio de congruencia. Bajo esa perspectiva, pasó a efectuar un amplio estudio acerca de lo que a su juicio era la valoración correcta que ameritaba el relato del testigo de excepción ANDRÉS FELIPE GÓMEZ GUTIÉRREZ, y concluyó que a esta persona debía concedérsele plena credibilidad y por lo mismo se decantó por la emisión de un fallo de condena.

Lo que corresponde al Tribunal, por supuesto, es hacer ingentes esfuerzos para desentrañar uno a uno los pormenores de este asunto, con miras a dilucidar si la verdad está en cabeza de la unidad defensiva y el agente del Ministerio Público, quienes unieron esfuerzos en procura de que no se le conceda crédito a la prueba que incrimina, o si por el contrario le asiste razón tanto a la delegada fiscal como a la funcionaria de instancia, al estimar que todo converge a sostener que la versión del testigo principal de cargo representa una prueba válida que confiere certeza, tanto en un examen individual como de conjunto al ser confrontada con los restantes elementos de convicción existentes en el plenario, ya fueran directos, indirectos, periféricos o de corroboración.

Para ello, se empezará por hacer una descripción acerca de cuáles son las razones que en esencia aducen las partes inconformes como factores desequilibrantes de la verticalidad del citado testigo de excepción, a saber: (i) que se trata de un habitante de calle que se encontraba consumiendo sustancias estupefacientes y que por lo mismo debía tener alteradas sus capacidades superiores tanto sensoriales como cognitivas; y (ii) que el lugar en el cual se encontraba para el momento de la ejecución del crimen, es un "matorral" en donde acostumbraba ingresar un grupo de adictos para saciar la dependencia, del cual hacía parte ANDRÉS FELIPE, y por lo mismo: a)- debían permanecer ocupados en esa actividad sin poner atención a lo que pasaba en el "mundo exterior"; b)- no tenían visibilidad hacia el lugar donde se encontraba el hoy occiso, salvo que alguno se decidiera a salir ocasionalmente a la vía pública; c)- el sitio en el que estos jóvenes departían estaba muy distante del espacio en donde se ejecutó el crimen; y d)- para rematar, todo ocurrió a altas horas de la madrugada con escasa iluminación. Todo ello, para confluir en la aseveración según la cual: **EL TESTIGO NO ESTABA HABILITADO PARA DECIR LO QUE DIJO, PORQUE NO POSEÍA LAS CONDICIONES FÍSICAS NI PSÍQUICAS REQUERIDAS.**

Para la Sala, el análisis de cada una de esas aseveraciones impone hilar con suma precisión a efectos de no contrariar la realidad probatoria, bien por exceso ora por defecto, como quiera que, como es sabido, en todo testimonio debe procederse a un control por el aspecto OBJETIVO y a un control por el aspecto SUBJETIVO. El primero comprende la idoneidad física, como capacidad y madurez intelectual no sólo permanente sino transitoria al momento de declarar, en relación con las circunstancias que rodean la percepción, y el objeto materia de la vivencia. Se toma aquí la declaración en sí, o en relación con otra del mismo sujeto o con otra declaración de diferente testigo -confrontación- (como dice Framarino Dei Malatesta: "se toma el testimonio en

su contenido"). El segundo -control *subjetivo*-, comprende la idoneidad moral, que hace alusión al examen del INTERÉS que el testigo pueda tener en el proceso. Según el mismo Malatesta en su *Lógica de las Pruebas*: "para que el testigo tenga derecho a ser creído, es pues menester que no se engañe y que no quiera engañar", y Pietro Ellero asegura: "Un testimonio legítimo e inconcuso es aquél que consiste en que el que lo preste no tenga INTERÉS en mentir. Ahora bien, presúmese este interés de todo aquél "de quien puede suponerse que espera un beneficio o teme un daño, a consecuencia del resultado del proceso".

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

Y a partir de allí, nos preguntamos: ¿qué es lo que se halla en el contenido intrínseco y extrínseco del deponente censurado? Las respuestas son bien variables dependiendo de cada uno de los factores propuestos. Pero antes de ingresar a ese análisis, se debe dejar en claro desde ya, que el testimonio principal que aquí se ataca, no tiene reparos desde el punto de vista FORMAL, como quiera que su presencia en juicio colmó todos los estándares rituales, lo hizo bajo la gravedad del juramento ante el juez competente, y el testigo estaba en uso cabal de sus cinco sentidos, consciente y disponible para la confrontación en público, como efectivamente lo fue.

No obstante, al parecer y según se afirma, no sucedió lo mismo con una entrevista que rindió en la sede donde opera la Defensoría Pública unos meses antes de la vista pública, a donde fue llevado por familiares de uno de los acusados, para que allí se retractara o desdijera de sus comprometedores dichos, con miras a lograr la liberación de los aquí comprometidos. Es decir, que el testigo principal de cargo de la Fiscalía, no obstante haber sido entrevistado en dos ocasiones iniciales por los organismos de Policía Judicial,

fue sometido a una tercera entrevista ante el investigador de la Defensoría en donde realizó aseveraciones contrarias a lo sostenido en un comienzo. Pero al final, el testigo explicó en juicio por qué se vio compelido a decir cosas contrarias ante el investigador de la Defensoría, y finalmente termina ratificándose en lo inicialmente sostenido ante las dependencias oficiales.

La titular del juzgado de conocimiento consideró que no podía valorar lo referido por el testigo en esa tercera entrevista rendida ante el investigador de la contraparte, como quiera que se trataba de un relato "provocado", a diferencia del rendido el mismo día del homicidio, que lo fue espontáneo y libre de todo apremio. Además, porque con soporte en un reciente precedente jurisprudencial, ese tipo de intervenciones extraprocesales no podían ser estimadas como prueba, si no se tenían dadas las condiciones probatorias para su introducción en juicio y por los métodos de incorporación legalmente establecidos, todo lo cual corría como carga procesal de la parte que así lo pretendiera, en nuestro caso la defensa.

Tanto los defensores como el delegado del Ministerio Público, no compartieron esa posición, los primeros por estimar que la titular del despacho ya había consentido en esa incorporación cuando permitió contrainterrogar e impugnar la credibilidad del testigo con fundamento en esa tercera exposición, y el segundo al decir que si bien esa entrevista en realidad no fue incorporada como prueba autónoma al plenario, ni podía serlo, de todas formas con lo dicho tanto por el investigador de la Defensoría como con lo ofrecido finalmente en audiencia por el testigo principal de cargo, se daba por sentado que ese acto realmente tuvo suceso y que en él operó una especie de retractación. Aseveración esta última que refuta la delegada fiscal, al sostener que aquí no puede hablarse de ninguna retractación en el sentido estricto de la palabra, como quiera que el testigo dijo en juicio lo mismo que sostuvo desde un principio ante los organismos del Estado.

Sea como fuere, independientemente de ese singular debate, lo que el Tribunal dirá desde ya, es que trátase o no de una retractación propiamente dicha, o más bien de una "retractación de la retractación", es una situación bien singular que amerita que la Corporación ingrese en su análisis, no propiamente como una prueba singular y autónomamente considerada, que por supuesto no lo es, menos aún como prueba documental impertinente, sino integrada en algunos apartes a la prueba testimonial rendida en juicio por el testigo principal de cargo, como quiera que la juzgadora permitió, sin objeción alguna, que al deponente se le contrainterrogara con fundamento en ella, e incluso se le impugnó credibilidad con la lectura de algunos de sus apartes.

Superado ese inicial escollo, ahora sí la Colegiatura dirá a continuación qué es lo que aprecia con respecto a todos y cada uno de los pormenores que resaltan los escritos de impugnación, a efectos de desentrañar lo que en realidad de allí se desprende con miras a tomar una determinación ajustada a derecho. Para ello, se tomarán como puntos de referencia los siguientes temas relevantes, en su orden: a)- la aludida alteración en las capacidades sensoriales y/o cognitivas por ingesta de sustancias estupefacientes; b)- la inatención por dedicación al consumo; c)- la ubicación geográfica del testigo; d)- el factor temporo-espacial; e)- la invisibilidad por nocturnidad o falta de iluminación; f)- la invisibilidad por existencia de obstáculos; g)- invisibilidad por excesiva distancia; h)- la posibilidad de individualizar a los responsables; i)- los móviles y el potencial interés malsano en acusar; y finalmente j)- la no permanencia en la versión y las potenciales contradicciones (aquí se analizará lo atinente al cotejo del relato vertido en juicio por parte del testigo principal de cargo, con el contenido de la tercera entrevista que fue recibida por un investigador de la Defensoría Pública). Veamos:

- *Alteración en las capacidades sensoriales y/o cognitivas*

Preguntas subyacentes: ¿había consumido el testigo sustancias estupefacientes para el instante de la perpetración del homicidio, de ser así en qué cantidad y de qué clase?, pero más importante aún: ¿cuál era realmente la condición anímica del testigo para ese momento?

Fiscal y falladora aseguran que eso no se probó, es decir, que por parte alguna quedó establecido en el juicio que el testigo no estaba en capacidad de ver lo que asegura vio, o, en otras palabras, que se trataba de un testigo inhábil, porque el hecho de que aceptara haber consumido un poco de marihuana, no significa *per se* una tal inhabilidad; o dicho de otro modo, como lo aseguró la delegada fiscal: “no puede catalogarse como una máxima de la experiencia, que si una persona afirma ser consumidora de estupefacientes, entonces siempre va a estar incapacitada psíquicamente e imposibilitada para percibir lo que sucede a su alrededor”.

En contrario, la bancada defensiva alega que ANDRÉS FELIPE había consumido “desde tempranas horas” marihuana, bazuco y hasta heroína, y que por tanto no podía estar en sano juicio. Por su parte, el Procurador asevera que una sentencia de condena no puede quedar soportada en el dicho de un “marihuanero”.

A juicio de la Corporación: ni está probado que el testigo haya ingerido toda esa pluralidad de sustancias simultáneamente, ni mucho menos la cantidad de la ingesta de cada una de ellas; pero además, no es verdad que ANDRÉS

FELIPE estuviera consumiendo “desde tempranas horas” en ese lugar con las demás personas que allí acostumbran concurrir, entre ellos JHON JAIRO GÓMEZ OSORIO y JACINTO VÁSQUEZ VANEGAS -testigos de la defensa-.

Para comenzar, el testigo principal de cargo empezó su relato diciendo que apenas se aprestaba al consumo del bazuco que era lo que regularmente consumía para esa época, y luego aclaró que antes de eso sí había consumido marihuana. Lo que ocurre, es que al cotejar sus dichos con el testimonio del citado JACINTO -prueba de la defensa-, se extrae que efectivamente ANDRÉS FELIPE no estaba ahí “desde tempranas horas” como los demás, sino que incluso llegó después de él -o sea de JACINTO-, y ya se sabe que este personaje arribó a ese lugar aproximadamente a las 9:00 p.m. Luego entonces, el haberse establecido que ANDRÉS FELIPE consumió marihuana previamente, se debe entre otras cosas, a que él mismo así lo manifestó, pero no porque se le demostrara alguna mentira de su parte a ese respecto.

Se intenta asegurar que además de marihuana también consumió bazuco y heroína, cuando la realidad enseña que el testigo de excepción, sin que haya lugar a desconocer su aseveración en tal sentido, aclaró que el bazuco apenas iba a empezar a consumirlo, y que en efecto sí fue adicto a la heroína, pero eso sucedió luego de haber permanecido como testigo protegido en la ciudad de Bogotá, razón por la cual se tuvo que alejar del programa; e incluso, hasta llegó a asegurar que para poder ir a declarar a la Defensoría, los parientes del acusado **JESÚS LONDOÑO** le proporcionaron heroína que porque era la sustancia “que le quitaba el sueño”.

Ahora sí cabe hacer el cuestionamiento acerca de lo más trascendente: ¿cuál era el estado anímico del testigo para el referido instante?, y decimos que es lo más relevante, porque probar que hubo un consumo, sin ni siquiera establecerse la cantidad, no es decir mucho, ya que como bien lo resaltaron fiscal y juzgadora, no todas las personas tienen el mismo nivel de tolerancia a los estupefacientes, ni los organismos reaccionan de la misma manera. Y no es para menos, porque basta mencionar lo exagerado de las expresiones de JHON JAIRO GÓMEZ -testigo de la defensa- cuando habló acerca de que el bazuco que él consumía: “lo altera, lo pone nervioso, se asusta uno con nada, lo pone a ver cosas como alucinaciones”; es decir, algo realmente deprimente e indeseable, luego entonces: ¿cuál era la satisfacción que podía sacarle a un consumo de esa naturaleza?, menos para asegurar que lo que él sentía también lo debían sentir sus congéneres, porque de una cosa no se extrae necesariamente la otra.

Pero al margen de esa sustancial consideración, lo que al Tribunal le interesa resaltar en este momento, son al menos dos cosas:

La primera, que a pesar de tenerlo como un hecho sumamente relevante y sobresaliente para efectos de denotar la incredulidad del testigo de cargo, NUNCA SE LE PREGUNTÓ, ni por la defensa ni por el Ministerio Público, como sí se hizo con los otros testigos drogodependientes que fueron al juicio a favor de la teoría del caso de la defensa, ¿CUÁL ERA SU ESTADO ANÍMICO PARA EL INSTANTE DE LOS HECHOS? Así es porque obsérvese que le preguntaron: si consumió, qué consumió, desde qué horas lo hizo, etc, etc; pero NUNCA lo relevante, es decir: ¿CUÁL ERA REALMENTE SU ESTADO ANÍMICO? y de esa forma escuchar de los propios labios del testigo y de viva voz, qué apreciación tenía él a ese respecto. Así que simplemente se supuso, se presumió, se conjeturó, que si había consumido drogas era porque indiscutible y necesariamente no estaba en capacidad de ser reputado como un buen testigo. Pero la pregunta era de suma trascendencia porque incluso el deponente llegó a manifestar que "en el viaje de ellos se les da como ese sexto sentido", como queriendo significar que antes que restárseles capacidad a sus sentidos, los mismos se les agudizaban y se les volvían incluso más potentes, en cuanto permanecían alertas a todos los movimientos.

Y la segunda, que independientemente de esa omisión en el contrainterrogatorio, a juicio de la Corporación el testigo sí estaba en sus cabales, o al menos no estaba obnubilado al punto de no darse cuenta de lo que estaba ocurriendo a su alrededor, porque: (i) era consciente y sabía que hasta ese instante había consumido marihuana, tanto así que defensa y Procuraduría toman esa manifestación para sacarle en cara la ingesta; (ii) llegó a ese lugar y salió por sus propios medios; (iii) habló con los vigilantes del sector, les dijo que era testigo de lo ocurrido, y fue con uno de ellos hasta el lugar en donde estaba el cadáver de "El Negro" para verificar las heridas con proyectil de arma de fuego que tenía en su cuerpo; aseveración que no solo no fue desmentida ni por la defensa ni por la Procuraduría, sino que antes por el contrario, la utilizan para censurar su proceder al utilizar una linterna con el fin de poder ver detenidamente las heridas -aspecto al que nos referiremos luego-; y para rematar (iv) pudo hablar con el Intendente adscrito a la Policía Judicial encargado de los actos urgentes, acerca del conocimiento que tenía respecto a quiénes habían sido los autores del crimen.

Al final de todo queda el siguiente interrogante: ¿a qué parte le corresponde probar el hecho que afirma, o en otras palabras, quién debe probar la inhabilidad sensorial del testigo? El señor Procurador insinuó que esa carga la llevaba indefectiblemente la Fiscalía; empero, la Sala estima que si un testigo

afirma que estaba en capacidad de ver, de oír o de sentir, quien pretenda infirmar esa aseveración debe aportar la demostración de lo contrario. Pensar en forma opuesta, equivaldría tanto como sostener que toda parte debería llegar al juicio con todo el historial médico correspondiente a cada uno de sus declarantes, para descartar de entrada algún defecto físico de esa naturaleza, lo cual escapa al deber ser de la actuación judicial. Así que si alguien pone en tela de juicio la capacidad que en su visión posee un testigo, en este caso de cargo, como por ejemplo el hecho de poseer alguna deficiencia o malformación en sus ojos, está desde luego en el deber de presentar la prueba idónea que así lo acredite. *Mutatis mutandis* otro tanto ocurre como en este caso, que tal situación de minusvalía se pregona por la supuesta existencia de una alteración psíquica derivada de la ingesta de sustancias estupefacientes.

Primera conclusión: muy a pesar de que el testigo sea un "marihuanero" y en verdad haya consumido estupefacientes esa noche, de allí no se extrae que estuviera inhabilitado para testificar, y que por ese mero hecho pueda asegurarse que estaba en incapacidad física y/o psíquica de percibir lo que asegura percibió.

- *Inatención por dedicación al consumo*

Pregunta subyacente: ¿el testigo principal tuvo clavada su cerviz durante todo el tiempo al punto que solo estaba dedicado al consumo abstrayéndose del mundo exterior circundante?, o mejor aún: ¿quiénes lo acompañaban, muy particularmente los dos testigos de la defensa JHON JAIRO y JACINTO, estuvieron todo ese tiempo pendientes de él, mirando que en verdad permaneciera clavado en su particular oficio, al punto de así poder venir a asegurarlo en el juicio?; o por el contrario: ¿todos los allí presentes sí se enteraron de este suceso y no tuvieron la valentía que tuvo ANDRÉS FELIPE para sostenerlo a sangre y fuego en la audiencia?

La delegada fiscal y de contera la falladora, son del criterio que allí cada uno hacía lo que quería y se movían a su antojo, y por lo mismo no hay forma de desvirtuar lo aseverado por el testigo principal. La unidad de defensa, secundada por la Procuraduría, ponen en entredicho que el testigo de excepción pudiera estar pendiente de los momentos antecedentes, concomitantes y subsecuentes a la ejecución del crimen. Para el Tribunal, de la realidad probatoria se extrae lo siguiente:

El declarante JHON JAIRO -testigo de la defensa- afirma que permanecían parados todo el tiempo, casi listos o preparados para huir ante el menor estímulo -entiéndase dada una potencial presencia policial-. Aseveración que de

entrada es infirmada por el también testigo de la defensa JACINTO, quien por el contrario corroboró, en los mismos términos en que lo hizo ANDRÉS FELIPE, que ellos permanecían era sentados consumiendo.

Si se aprecia bien este punto de la discusión, se hallará que las respuestas ofrecidas por el testigo ANDRÉS FELIPE acerca de esta particular situación, son bien expresivas o si se quiere convincentes, por múltiples razones: (i) tenía por costumbre mirar o estar pendiente de quién o quiénes hacían su ingreso al barrio por una curva que da acceso a ese sector, misma hacia la cual tenía plena visibilidad, y así lo hacía porque siempre esperaba con ansias ese momento -dice que miraba "cuándo asomaba cabeza"-; (ii) le llamó la atención de la presencia previa al lugar por parte de los aquí comprometidos, porque lo hacían en forma sigilosa -dice que "cómo campaniando"-, con mayor razón en un momento en que dada lo avanzado de la noche todo estaba desolado; y lo más importante en criterio de la Sala (iii) adujo que estos dos sujetos pasaron por el lugar, siguieron para dar una vuelta, y posteriormente se regresaron con los resultados ya conocidos.

Esta última afirmación, es muy llamativa en términos de credibilidad del testigo, porque obviamente ningún testigo falso se va a poner con tanto rodeo, es decir, le bastaba asegurar que pasaron cerca, los reconoció, y acto seguido fueron hasta donde estaba "El Negro" para ultimarlos. Pero no, lo que el declarante expone es que luego de pasar cerca del sitio donde él permanecía, aquéllos siguieron derecho porque para ese momento allí no se encontraba "El Negro", y por eso tuvieron que seguir de largo, dar una vuelta, y retornar al rato para encontrarlo y darle muerte.

Lamentablemente para la suerte del testigo ANDRÉS FELIPE, el ser tan esquemático le valió que la defensa, antes que comprender la sinceridad de sus dichos, lo tildara en cambio de fantasioso, e incluso de contradictorio, por que "¿cómo así que se fueron y volvieron?", "¿qué vuelta fue la que hicieron?", "¿hacia dónde se dirigieron?", "¿iban juntos o separados?", "¿cambiaron o no cambiaron de carril o de andén?"; en fin, un sin número de cuestionamientos frente a los cuales el testigo al final de cuentas salió bien librado, porque si se mira con detenimiento, con base en las imágenes que le fueron proporcionadas, logró diagramar todos esos movimientos e incluso explicó que no podía saber a ciencia cierta cuál había sido la ruta que al final cogieron, por la sencilla razón que en las proximidades existe un puente que es lugar divisorio de dos barrios: Buenos Aires y Playa Rica; por tanto, bien podían dirigirse hacia cualquiera de esos lados, y por supuesto él no estaba en condiciones de ir a perseguirlos para conocer con precisión la dirección exacta de retirada que habían elegido.

Segunda conclusión: no es válido pensar y menos asegurar, que el testigo por estar consumiendo estupefacientes tenía que estar necesariamente aislado de todo lo que pasaba a su alrededor, al punto de sostener que era imposible que se diera cuenta de los movimientos precedentes, concomitantes o posteriores a la ejecución del hecho.

- *Ubicación geográfica del principal testigo de cargo e invisibilidad por existencia de obstáculos*

Este es un punto de vital importancia, porque se está sosteniendo por los apelantes que desde el lugar donde se encontraba ANDRÉS FELIPE GÓMEZ, era imposible divisar el sitio donde fue ultimado el hoy occiso, salvo que alguien decidiera salir de allí y pararse en la vía pública para poder mirar.

Fiscal y falladora entendieron que el sitio de permanencia del grupo de consumidores y en particular del testigo de excepción, era un lugar apto para divisar hacia el exterior. Contrario sensu, unidad defensiva y Procurador esbozan que no podía ser porque se trataba de "un hueco" rodeado de matorral o cañabrava, en donde ellos se ocultaban para poder dedicarse al consumo.

Luego de una revisión detenida de la actuación, la Sala no puede menos que afirmar que se está ante un evidente equívoco, porque en realidad el deponente principal de cargo NO ESTABA METIDO EN "UN HUECO" como se quiso hacer ver, sino por el contrario, como él lo repitió hasta la saciedad, en un morro, es decir, en una parte alta desde donde podía divisar con propiedad todo lo que por la vía contigua sucedía.

Es tan cierto lo anterior, que el declarante aclaró a la audiencia que ese "morro" en donde acostumbraba hacerse, ya no aparecía en las fotos, como quiera que eso fue arrasado posteriormente dado que entró en extinción de dominio y "todo eso lo tumbaron". Y lo dicho por él es absolutamente cierto, no solo porque las fotografías tomadas por el investigador de la Defensa fueron obtenidas pasado un año desde la ocurrencia del episodio de sangre, con lo cual, según lo sostuvo atinadamente la a quo y lo ratificó la delegada fiscal, las tomas ya no son confiables dado que las condiciones del sitio ya no eran para ese momento las mismas y por tanto no se corresponden con las existentes para el momento de la ocurrencia del hecho materia de juzgamiento, sino porque fue el señor JACINTO VÁSQUEZ -testigo de la defensa- quien se encargó de corroborar que en efecto ellos estaban en un "barranquito" o "montecito" que antes existía en esa zona, y no en "un hueco"

como lo intentó presentar a la audiencia el otro testigo de la defensa JHON JAIRO GÓMEZ.

También fue enfático el testigo de excepción, en sostener que si bien era difícil mirar desde la parte externa hacia la parte interna, no sucedía lo mismo a la inversa, es decir, desde la parte interior hacia la parte exterior. Y ello es comprensible, porque el nivel desde donde se hallaban, les ofrecía un panorama diferente de visibilidad comparado con quien permaneciera ubicado en la parte baja, con mayor razón cuando de lo que se está hablando es de si se podía o no ver desde ese sitio hacia un lugar alejado y no propiamente hacia el pie de ese barranco en donde existía la referida vegetación.

Palabras más palabras menos, la argumentación que se está utilizando por los recurrentes antes que dar claridad confunde, porque con unas tomas fotográficas dirigidas de afuera hacia adentro, resaltando la vegetación alta existente para el momento de la inspección al lugar, que no propiamente para el instante de la ilicitud, conduce a la idea de que por allí era imposible ver, cuando en realidad la situación es diametralmente opuesta. O por lo menos, no solo así lo comprende la Sala, sino que también del mismo modo lo captó la directora de la audiencia.

Tercera conclusión: la posición geográfica del testigo respecto a la escena del crimen, no permite asegurar que le estaba vedado acceder a una visión panorámica del espacio de la vía en donde se quedó establecido ocurrió el deceso; además, para poder divisar desde ese plano superior a un plano inferior, no se hacía indispensable remover primero la maleza existente para "salir del hueco en el que permanecía oculto".

- *Factor temporo-espacial*

Le llama la atención tanto al señor Procurador como a la barra de defensores, que el testigo no fue coherente con respecto al factor tiempo, que porque unas veces habló que todo sucedió finalizando la noche, en otras que en horas de la madrugada, y en ello el Tribunal les concede plena y absoluta razón. Incluso, como no podía ser de otra manera, ni la fiscal ni la falladora aseguran lo contrario.

Pero lo que con respecto a ese punto hay lugar a resaltar, es que una tal incoherencia pierde toda trascendencia en el análisis, porque: (i) aquí se sabe que todos los episodios precedentes, concomitantes y posteriores al hecho, se desarrollaron efectivamente entre las 10:00 p.m. y las 03:00 a.m., y que bien o mal, se estima que el homicidio fue cometido a eso de las 01:30 de la

madrugada de ese 29 de junio de 2017 -el testigo refirió que cuando hizo presencia la autoridad se encargaron de verificar la hora exacta-; (ii) si se mira bien, el testigo siempre utilizó expresiones tales como "más o menos", "aproximadamente", es decir, enfatizaba que no podía decir con seguridad la hora. Pero no solo eso, sino que cuando se le pidió precisión a ese respecto, lo que atinó en decir es algo bien comprensible, nada distinto a que él no acostumbra portar reloj, y que no lo portaba porque: "no podía vivir en la calle con un reloj, porque ya me lo hubieran pasado al papayo". Y a continuación explicó que la hora la extraía del hecho de que ya para ese entonces era "entrada la noche", no pasaba transporte público, y las calles permanecían desoladas; (iii) hay lugar a tener presente el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y el momento en que declara el testigo en juicio; y más importante aún (iv) que aquí no se ofrece a discusión alguna, el hecho de que el testigo de excepción SÍ ESTABA PRESENTE en el lugar a la hora y minuto exacto en que los disparos se efectuaron; luego entonces, discutir si dijo o no dijo la hora correcta, pierde absolutamente cualquier relevancia para definir el presente asunto.

Cuarta conclusión: no es correcto traer a colación la circunstancia temporal a efectos de censurarle al testigo el haber estado confundido respecto a la verdadera hora del suceso.

- *Invisibilidad por nocturnidad o falta de iluminación*

Se intenta igualmente poner en entredicho el relato acusador, bajo la afirmación según la cual se trataba de un lugar oscuro que impedía la posibilidad de reconocer a los responsables. Para sostenerlo, apoderados y Ministerio Público unen esfuerzos en aseverar que por tratarse de altas horas de la noche esa nocturnidad aparejaba por sí misma un impedimento insuperable en la visión del declarante. Aparejado a ello, se traen argumentos tales como: no había alumbrado público o este era deficiente; hubo necesidad de traer una linterna por parte del vigilante para ver el cadáver; el fotógrafo adscrito al CTI utilizó flash en la cámara para efectos de hacer las tomas; y el hoy occiso estaba metido u oculto en el interior de unos árboles. Por su parte, fiscal y falladora atinan en decir que el lugar no estaba oscuro, múltiples pruebas demuestran que en el sitio había iluminación artificial derivada del alumbrado público; la linterna no fue utilizada para ver el cadáver, sino para ver de cerca los orificios por donde penetraron los proyectiles; se utilizó flash por parte del fotógrafo como es de rigor en horas nocturnas, pero como este lo explicó en juicio, a simple vista el cadáver era perfectamente visible; y el hoy occiso no estaba "totalmente metido y oculto entre unos árboles de forma que no lo podían ver", sino que fue encontrado sobre un andén al lado de la vía en donde acostumbraba hacerse.

A todo ello, lo que al Tribunal le corresponde decir es lo siguiente:

No puede asegurarse en modo alguno que el lugar estaba oscuro, tan oscuro como para asegurar que era "imposible" que el testigo pudiera visualizar la zona en donde el homicidio acontece. Y no puede ser así, no simplemente porque el declarante haya sostenido que sí estaba en capacidad de ver, sino porque según lo afirmado por quienes llegaron a la escena del crimen, pudieron dar fe que allí sí existía iluminación, no perfecta pero sí la suficiente como para poder distinguir a las personas.

Para llegar a esa conclusión, el Tribunal resalta algo bien sustancial en el asunto, concretamente el hecho de que según lo indicó el técnico de Policía Judicial, Subintendente JUAN JOSÉ ROMERO BRAUSI, justo a un lado de donde estaba el cuerpo sin vida de la víctima existía un poste de alumbrado público en servicio. Textualmente refirió: "[...] Existen luminarias artificiales, postes de energía pública, que aunque no eran totalmente claras, daban buena visibilidad al lugar. Vía amplia, abierta, sin obstrucciones visibles, con lo cual se podía observar bien. El cuerpo estaba cerca a un poste de alumbrado público, a unos tres metros". De ese modo, no puede sostenerse que el lugar carecía de luz y estaba totalmente a oscuras.

Y no se diga que ANDRÉS FELIPE no podía ver que porque sus demás compañeros que estaban en el mismo sitio que él, al hacer presencia en juicio lo desmintieron y sostuvieron que ellos en cambio no vieron nada, porque como con buen tino lo argumentaron tanto fiscal como juzgadora, una cosa no implica la otra.

Nótese que el relato del testigo JHON JAIRO -de la defensa- en tal sentido, es absolutamente inverosímil, ya que simplemente llegó a la audiencia a sostener que en el estado de excitación o alteración en el que se encontraba debido a la ingesta exagerada de sustancias tóxicas, tan pronto escuchó las detonaciones salió corriendo, y que igual hicieron todos los demás, cada uno por su lado y para sus respectivas casas. Pero ocurre que esa afirmación choca frontalmente con lo sostenido por el también testigo de la defensa JACINTO VÁSQUEZ, quien en forma opuesta expresó que cuando las detonaciones se escucharon, él se quedó sentando, junto con ANDRÉS FELIPE y el citado JHON JAIRO, en el mismo sitio donde se encontraban.

Y no solo lo vertido en juicio por JACINTO confirma sin querer la declaración de ANDRÉS FELIPE versus lo dicho por JHON JAIRO, sino que en sí mismo también entra en severa contradicción, porque no obstante insistir mil veces,

incluso sin que se lo estuvieran preguntando y a modo de muletilla, que de allí NO SE VEÍA ABSOLUTAMENTE NADA, al final terminó aceptando QUE SÍ SE VEÍA. Y se vio forzado a hacerlo porque cuando la delegada fiscal lo confrontó al momento del contrainterrogatorio con su inicial entrevista, entró en una especie de sin salida, y tuvo que admitir que en realidad sí vieron correr a dos personas. Luego entonces, sí se podía ver, sí se veían personas en movimiento, y eran precisamente dos. Otra cosa diferente es que ANDRÉS FELIPE las haya reconocido y JACINTO no, o por lo menos éste no se arriesgó a decirle a las autoridades de quiénes se trataba, dado que ANDRÉS FELIPE siempre sostuvo que al igual que él los demás compañeros también se dieron cuenta de la identidad de los responsables.

Quinta conclusión: no se trataba de una zona absolutamente oscura en la cual fuera imposible divisar el lugar de la ocurrencia del hecho de sangre, ni se puede aseverar que porque unos testigos presenciales se negaron a poner en conocimiento de las autoridades el haber visto la ocurrencia de este homicidio, entonces por esa misma razón el testigo de excepción no podía ver lo que asegura que vio.

- *Invisibilidad por excesiva distancia*

Al igual que lo ocurrido con la imprecisión en los temas de la hora, al testigo principal de cargo ANDRÉS FELIPE GÓMEZ GUTIÉRREZ también se le ataca su credibilidad por el hecho de que la distancia existente entre el lugar en donde se encontraba y el sitio donde fue ultimado su amigo, era excesiva.

No niega la Sala, ni lo hicieron en su momento la delegada fiscal y la falladora, que hay imprecisión con respecto a la distancia existente entre esos dos puntos, unos hablan de aproximadamente cien metros, otros de doscientos, en incluso el señor Procurador divaga entre esos dos parámetros, porque los utiliza indistintamente, aunque en uno de sus apartes al igual que la defensa, concluye que al menos se está hablando de una distancia no menor a los cien metros. Y la Sala así lo acoge.

Pero lo cierto del caso, es que nadie, ni Fiscalía ni Defensa, fueron a medir con sus investigadores con metro en mano a qué distancia es a la que se estaba haciendo referencia, solo que con la presentación de imágenes fotográficas y con el dicho del investigador de la Defensoría, se quiso establecer que la distancia era mucha y no se podía ver bien. Aunque de la otra orilla, como se sabe, se tiene lo narrado por el testigo principal, quien sostiene que tan se podía apreciar todo, que incluso veía claro el parqueadero que está en la casa

del fondo, o sea detrás del lugar en donde estaba agachado "El Negro" recogiendo cosas para el reciclaje.

Podemos hacer elucubraciones subjetivas para intentar establecer de qué distancia se trata, para decir unos que era un poco más y otros que era un poco menos, pero lo que sí está claro para la Corporación, es que el testigo ANDRÉS FELIPE acerca de la descripción de distancias no sabe absolutamente nada, pero no por eso se le puede sacrificar en cuanto a la credibilidad se refiere, porque lejos está de haber querido engañar o mentirle a la audiencia. Y se explica:

Nótese que el testigo de excepción comenzó diciendo que desde donde acostumbraba hacerse tenía una visibilidad muy amplia, calcula que más o menos "hasta unos ochocientos metros". Posteriormente, cuando se le concreta a que diga cuál era la distancia entre ese punto y el sitio en donde se le dio muerte al "Negro", dijo: "yo le pongo por ahí unos 300 metros, por ahí unos cuarenta pasos más o menos, de unos 25 a 40 pasos largos o cortos entre 25 y 40 pasos". Hasta aquí, se puede deducir que si ANDRÉS FELIPE aseguró desde un comienzo, que desde allá podía ver a una distancia de unos 800 metros -según su personal forma de medir las cosas-, entonces con mayor razón a 300 metros, que equivaldría a menos de la mitad de su capacidad visual.

A continuación, al darse cuenta el señor Procurador de la evidente falta de claridad por parte del testigo para medir la longitud, se le quiso hacer entrar en razón y se le preguntó que: ¿a cuánto equivalía en metros una cuadra?, y de inmediato aseguró no saber. Y para aterrizarlo un poco más a la realidad, se le preguntó que en pasos: ¿cuánto medía el salón donde se encontraban?, y refirió que cinco pasos, y que entonces por deducción lógica aquellos dos puntos por los que se le había preguntado estaban "como a siete veces esa distancia del salón", con lo cual, a lo que estaba haciendo referencia el declarante era a una distancia de apenas 35 metros, y no a los 300 metros o más a los cuales hizo alusión inicialmente.

Queda sumamente claro por tanto, que el testigo no estaba mintiendo, sino que simple y llanamente no sabía precisar la medición correcta de las distancias.

Para rematar, se quiso dilucidar todo este aspecto con los testigos de la defensa, pero ahí sucedió algo bien curioso, porque por ejemplo a JHON JAIRO GÓMEZ lo traicionó el subconsciente. En efecto, así es porque a similar interrogatorio lo sometió el Ministerio Público, y este testigo, más avisado que el anterior, aceptó de entrada que sabía que una cuadra tenía unos 100

metros. A reglón seguido se le pregunta que entonces cuántas cuadras había entre los dos referidos puntos, y sin pensarlo dijo: "una cuadra". El procurador le preguntó de nuevo: ¿una cuadra?, con lo cual el testigo recapacita y dice: "hay por ahí unas tres o cuatro cuadras, a lo largo". Y otro tanto le ocurrió a JACINTO VÁSQUEZ, porque en un comenzo aseguró que la distancia por la que se le estaba preguntando era equivalente a unos 100 o 200 metros, pero posteriormente y sin miramiento alguno, ya dijo que unos 200 o 300.

En fin, con semejante panorama de por medio, se pregunta la Colegiatura si está bien que se sostenga que desde el lugar en donde ya se sabe se encontraba el testigo y el punto de los impactos, o sea una distancia aproximada de una cuadra, era imposible ver lo que el testigo dice que vio, y la respuesta que a ese interrogante se tiene es que no, salvo que en reemplazo del citado testigo se pusiera a otro individuo con una visión inferior a la suya.

Sexta conclusión: no hay forma de desvirtuar por mera intuición o a golpe de ojo, que el testigo de excepción en consideración a la distancia le era imposible divisar desde el lugar en donde se encontraba lo que estaba sucediendo en el sitio en donde fue ultimado su amigo "El Negro".

- *Posibilidad de individualizar a los responsables*

Todos los factores atrás analizados, se hacen converger por los apelantes para concluir que el testigo, aunque en gracia de discusión se aceptara que estaba en capacidad de ver lo que dice que vio, de todas maneras no podía identificar a los autores del crimen, y que si lo hizo fue seguramente porque lo aleccionaron en ese sentido. Para ello, se afirma que el deponente no sabía en un comenzo ni los alias ni mucho menos los verdaderos nombres de los aquí procesados, y que si los mencionó en el juicio fue porque alguien se los dio a conocer luego de la captura.

La Sala acompañará en este punto todos los juiciosos argumentos que tanto la delegada fiscal como la juzgadora pusieron de presente cuando analizaron a profundidad el tema. Y así lo hará porque en verdad no pueden confundirse dos situaciones que son en su esencia diferentes: una cosa es que el testigo no sepa a ciencia cierta los apodos ni los nombres de los victimarios, y otra bien diferente que esté en capacidad de reconocerlos.

La capacidad de señalar a los dos individuos que atacaron la humanidad de la persona conocida como "El Negro", por parte del testigo principal, no se puede poner en duda, porque está claro que ANDRÉS FELIPE GÓMEZ conocía de

tiempo atrás a **JESÚS LONDOÑO** y a **SANTIAGO MÁPURA**, dado que estos eran igualmente consumidores de droga por el parque de Guadalupe aledaño al sitio del homicidio, como así lo dio a conocer no solo el deponente en juicio, sino que del mismo modo se desprende del testimonio de JACINTO -testigo de la defensa-, e incluso se ratifica con la versión ofrecida por el coacusado **SANTIAGO MÁPURA** al momento de hacer dejación de su derecho a guardar silencio en su propio juicio, porque admitió que él solía frecuentar el citado parque de Guadalupe para consumir drogas, y añadió que efectivamente por allí veía en igual faena a su compañero de infortunio **JESÚS LONDOÑO**.

Ahora, que ANDRÉS FELIPE conociera o no de antemano los apodos y los nombres reales de los individuos que reconocía físicamente y a quienes en consecuencia pudo describir tanto por sus rasgos morfológicos como por sus prendas de vestir a las autoridades, eso es otra cosa. En este específico aspecto sí existe desde luego una desarmonía en el testigo, porque si se compara la primera entrevista y su respectiva ampliación ante los organismos oficiales, con lo vertido en juicio, se denota que inicialmente sostuvo que no le conocía los alias ni los nombres a los responsables a quienes había señalado, luego se refirió a uno de ellos como "Flórez", y ya en el juicio ampliamente los determina tanto por sus sendos sobrenombres como por su identificación real. Pero entonces viene la pregunta: ¿caso de esas variaciones se puede sostener que el testigo mintió en el reconocimiento?, por supuesto que no.

Aquí no hubo ningún defecto en el señalamiento, porque desde un principio ANDRÉS FELIPE le expresó a los celadores del sector quiénes habían sido los autores del homicidio, y los vigilantes llamaron de inmediato a la policía. Hizo presencia un investigador que fue llamado circunstancialmente a atender los actos urgentes -el Intendente WILSEN JARAMILLO LOAIZA-, los vigilantes le indicaron quién era el testigo, se entrevistó con él y así se desarrolló todo el ulterior programa metodológico con otro investigador diferente -SI. JHON STICK GIRALDO-, y quedó en claro en el transcurrir del juicio que ninguno de esos servidores había tenido un procedimiento anterior en contra de los aquí justiciable, porque ni siquiera se conocían.

Traduce lo anterior que no hay forma de afirmar que se trató de un "complot" para ilustrar al testigo ANDRÉS FELIPE acerca de a quién o a quiénes tenía que acusar. No solo porque a éste no le interesaba desde luego achacar la culpa a personas inocentes, sino que en verdad respondieran los que realmente habían participado en la muerte de su amigo; pero además, porque no necesitaba de ningún adiestramiento, dado que sabía perfectamente de quiénes se trataba, tanto así que momentos antes de la ejecución del homicidio ya los había visto pasar "merodeando" por la vía que está ubicada

justo a un lado del "morro" en donde acostumbraba hacerse, como lo confirmó JACINTO VÁSQUEZ.

Así las cosas, si sabía o no sabía que uno era "Flórez" o "monoquesco" como también se le conoce, y que el otro era "El Mellizo" por tener un hermano parecido, es intrascendente para los efectos aquí indicados; incluso, si las partes inconformes con esa inconsistencia, defensa y Ministerio Público, consideraban que era un tema sensible a efectos de depurar la verdad real de este asunto, debieron haberle hecho al testigo la otra pregunta clave que aquí correspondía: ¿CUÁNDO, CÓMO Y DÓNDE SE ENTERÓ DE LOS APODOS Y DE LOS NOMBRES DE LOS AQUÍ ACUSADOS? Porque de haberla hecho, de seguro habrían podido conocer a ciencia cierta el desenlace de esta incógnita, dado que de esa forma se sabría, por ejemplo, que lo supo entre el tiempo transcurrido entre la primera entrevista y la segunda, o entre la segunda y la tercera, o entre la tercera y el juicio, bien por iniciativa propia con las averiguaciones que pudo llevar a cabo, ora porque en verdad las autoridades de policía así se lo dieron a conocer. Sea como fuere, nada de eso desvirtúa la esencia, es decir, que desde un comienzo siempre los reconoció a los dos y supo de quiénes se trataba.

Por demás y principalmente, en la vista pública los identificó sin dubitación alguna, y eso en sí mismo considerado no es una situación de poca monta, porque al decir de la doctrina autorizada en la materia, se trata de algo determinante. El autor RIVES SEVA con estribo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, pone de relieve la amplitud interpretativa que sobre el punto se ha dado en el ámbito del sistema acusatorio:

"La diligencia de reconocimiento es propia de la instrucción sumarial, inidónea y atípica en el plenario y es prueba preconstituida que debe llegar practicada, siendo posible, al juicio oral [...]; sin embargo, en el momento del juicio oral es permisible y procesalmente correcto que el interrogatorio de los testigos presenciales se extienda al reconocimiento del acusado como autor material del delito, sin que pueda tener la consideración de nueva prueba [...]; y aún más, 'el reconocimiento efectuado en el juicio oral subsana cualquier incorrección en los reconocimientos anteriores'"¹

Queda claro sin lugar a equívoco alguno y sin que exista prueba en contrario, que el testigo principal de cargo ANDRÉS FELIPE GÓMEZ no se inventó estos reconocimientos, ni obró así porque otros, quién sabe quién o quiénes, le hubieran sembrado en su mente la idea de acusar a personas inocentes.

¹ RIVAS SEVA, Antonio Pablo, en *Revista Actualidad Penal*, Tomo II, Madrid, Editora General de Derecho, 1995, pg. 535, 536 s.s.

Séptima conclusión: el declarante estaba en plena capacidad, desde un comienzo, de identificar y/o individualizar por sus rasgos físicos a los responsables del hecho investigado, independientemente de que fuera con posterioridad que se vino a enterar acerca de sus respectivos remoquetes y nombres verdaderos.

- *Móviles e interés malsano en acusar*

No existían razones o motivos para que ANDRÉS FELIPE GÓMEZ sindicara falsamente a estos otros dos jóvenes de la comisión de un delito de esta naturaleza. Se veían en la calle, se saludaban a distancia, pero no eran ni amigos ni enemigos, porque ni siquiera habían entablado una conversación entre ellos.

Lo que sí existió, fue un móvil para la ejecución del delito, nada diferente a que según lo supo ANDRÉS FELIPE, a su amigo "El Negro" lo mataron porque se atrevió a vender estupefacientes por el mismo sector que ya estaba dominado por ese otro grupo. Textualmente dijo: "El fin del chino fue por una venta de "pipazos" porque vendía droga supuestamente ahí en ese andén", y más adelante agregó: "Al Negro lo mataron porque le habían dicho que se abriera de ahí, le dejaron la razón de que se abriera de ahí porque estaba vendiendo "pipazos". Eso era un 'contrabando' grande que se hacía ahí".

Todo lo cual coincide con lo admitido en juicio por el coacusado **SANTIAGO MÁPURA**, porque sin proponérselo refirió que él anteriormente sí estaba comprometido en la venta de narcóticos, pero que luego de purgar una medida de internamiento por esa conducta en un Centro de Rehabilitación para menores de esta capital, salió recuperado.

Octava conclusión: No existían razones para que el testigo de excepción acusara falsamente a los aquí coprocesados, pero sí un móvil por el cual se ejecutó el homicidio en la persona de MAURICIO IBARGÜEN conocido como "El Negro".

- *No permanencia en el relato y potenciales contradicciones*

Finalmente se ha pretendido tanto por la unidad defensiva como por el delegado del Ministerio Público, darle primacía a una supuesta retractación del testigo ante la Defensoría Pública, por sobre lo que el joven ANDRÉS FELIPE le contó desde un comienzo tanto a terceras personas como a los miembros de Policía Judicial que llegaron al lugar a atender los actos urgentes.

No se niega, porque incluso el testigo así lo acepta, que él sí hizo presencia "voluntaria" en la sede de la Defensoría del Pueblo a hacer varias aseveraciones con el propósito de "ayudarle" a la familia de uno de los imputados a obtener su liberación, como quiera que era "la llave" para lograrlo. Es decir, que es claro que esa versión no fue inventada sino que el deponente quiso obrar en ese sentido, y para cumplir el cometido, según él, se le dio un libreto acerca de lo que debía manifestar para que todo sonara coherente. Nada distinto a que había sido capturado supuestamente con un arma de fuego y que para salir de ese embrollo policial había aceptado declarar falsamente en contra de los aquí incriminados, como quien dice que a cambio de una falsa delación quedaría exonerado de ser judicializado por un delito contra la Seguridad Pública.

Desde luego, el declarante en juicio afirmó que todo eso fue un montaje en el que se vio compelido a cooperar, dado que se sintió presionado ante la insistencia de los familiares de uno de los detenidos que lo buscaron en el mismo lugar donde permanecía dedicado al consumo de estupefacientes.

Fiscalía y funcionaria a quo, no dudan en sostener que esa entrevista (la tercera rendida extraprocesalmente por el testigo) carece de validez al menos por dos motivos esenciales: (i) porque fue un acto "provocado" y no espontáneo como sí lo fueron las dos primeras intervenciones ante los organismos oficiales; y (ii) porque no fue debidamente incorporada al juicio según los cánones jurisprudencialmente establecidos. A consecuencia de todo lo cual decidió la falladora no darle valor alguno. En sus sendas réplicas, los defensores aseguran que eso no puede ser porque la a quo ya había autorizado su incorporación, incluso sin que ellos lo solicitaran expresamente. En tanto, el señor Procurador fue de la opinión que no obstante que si bien no hubo propiamente una correcta incorporación, de todos modos quedó en registros tanto con el testimonio del investigador de la Fiscalía como del propio testigo de cargo, que eso sí ocurrió y se supo de los pormenores de esa entrevista, así que una tal situación ya forma parte del haber probatorio.

El Tribunal, como ya lo había aseverado desde en un comienzo, no encuentra obstáculo alguno para admitir su valoración; sin embargo, también hay lugar a decir que observa totalmente atinada la apreciación tanto de la falladora como de la delegada fiscal en su condición de parte no recurrente, en el sentido que en verdad esa fue una prueba "provocada", por no decir manipulada, y de todas formas no espontánea, a consecuencia de lo cual el valor que se le pudiera llegar a conceder resulta sustancialmente disminuido, al menos en cuanto a un cotejo con lo sostenido bajo juramento en juicio.

Así las cosas, la pregunta entonces que subyace en el asunto es: ¿estamos en presencia de una verdadera retractación, o si se quiere de una "retractación de la retractación", o simple y llanamente de lo que se trata es de un aprovechamiento de las condiciones de indigencia en las que se encontraba esta persona, para intentar obtener réditos de una nueva exposición? La delegada fiscal se anticipa a sostener que retractación no hubo, y no la hubo porque el testigo se mantuvo firme entre lo que le dijo a los organismos oficiales y lo que contó a la audiencia al momento del juicio oral. Los opositores en cambio, aseguran que retractación sí existió, y que en consecuencia se deben seguir las reglas que doctrina y jurisprudencia traen a ese respecto, nada diferente a tener que sopesar en un mismo plano de igual ambos relatos contrapuestos, con miras a detectar cuáles fueron las potenciales razones que dieron lugar a esa sustancial variación.

No procederá la Sala a discutir aquí si hubo o no hubo retractación, sino que directamente y de entrada se ubicará en lo que proponen las partes recurrentes, es decir, a estimar las razones que dieron lugar a ese cambio de versión, bajo el entendido que, se repite, una variación en el relato sí existió y fue real.

Parados en ese escenario, lo que asegura el Ministerio Público es que aquí no está probada la supuesta amenaza que dijo haber sentido el testigo, como quiera que hasta donde él estaba llegó una dama (hermana de uno de los procesados) en compañía de un amigo, y de manera cortés lo convencieron para que les colaborara, luego entonces -asegura- "¿qué temor podía generarle una situación como esa?". En esos términos, si no está probada una tal amenaza, como carga que le correspondía a la Fiscalía, entonces la conclusión no podría ser otra que la retractación fue válida y que su versión ante la Defensoría del Pueblo se debe tener como "voluntaria" y generadora de efectos probatorios en todo su esplendor.

A la Corporación le basta con asegurar, que lo de la necesidad de exigir la prueba de la existencia de una amenaza no se hace necesario, no solo porque aunque el testigo sí habló de haberse sentido "como bajo una intimidación toda rara", lo cierto es que a su vez resaltó más los ofrecimientos que le hicieron: "que le daban lo que quisiera, lo que necesitara que para que le colaborara, que lo querían ver afuera. Que él era el único que los podía sacar de allá. Y que los de la vuelta ya sabían y que lo iban a cuidar, iban a estar pendientes de él". E incluso añadió que le expresaron que: "si ellos salían le daban de todo, y que si no "maturranga". Todo lo anterior, unido a que las condiciones anímicas no le eran favorables para negarse a lo que le estaban ofreciendo, dado que: "cuando lo encontraron había consumido estaba 'vuelto un loco', lo bañaron, lo vistieron, y lo llevaron a donde el

que le iba a hacer la entrevista”; afirmación que coincide con lo expresado en juicio por el investigador de la Defensoría JHON JAIRO MESA JIMÉNEZ, quien puso de presente que si bien se veía que el entrevistado era una persona con rasgos de drogadicto ya que se le veía “cansado” y “deteriorado”, de todas forma llegó muy bien presentado.

Ahora sí preguntémonos: ¿aunque esa tercera entrevista fue real, se puede estimar confiable la intervención que el testigo efectuó ante la Defensoría del Pueblo?, desde luego que no. Pero en caso de que los recurrentes insistan en la tesis según la cual: A FALTA DE PRUEBA EN CONTRARIO SE TIENE QUE TENER COMO INEXISTENTE UNA TAL INTIMIDACIÓN O SI SE QUIERE UNA UTILIZACIÓN INDEBIDA DEL TESTIGO, HABIDA CONSIDERACIÓN A QUE LA CARGA DE LA PRUEBA LA TIENE LA FISCALÍA, entonces con igual rasero le correspondería asegurar al Tribunal que a la parte contraria, en nuestro caso a la unidad defensiva, del mismo modo le correspondería la carga de probar que lo dicho en esa tercera entrevista en cuanto A QUE LA MENCIONADA SUPUESTA CAPTURA POR PORTE DE ARMA EN LA PERSONA DEL TESTIGO SÍ FUE UN HECHO REAL Y NO INVENTADO. Y es claro a todas luces que eso tampoco quedó probado en el juicio, bajo el entendido que quien tenía que allegar la prueba acerca de ese singular asunto, en virtud del principio de la incumbencia probatoria, era por supuesto la defensa como parte interesada.

Al final de cuentas entonces, solo queda una única realidad palpable, que es la que sacaron a relucir con total certeza tanto la delegada fiscal como la funcionaria de conocimiento: SI ALGO LLEVÓ AL TESTIGO DE CARGO A DECLARAR EN CONTRA DE ESTAS PERSONAS, TANTO EN LAS PRIMERAS DE CAMBIO COMO AL FINAL EN EL JUICIO Y AÚN A SABIENDAS DEL RIESGO INMINENTE CONTRA SU VIDA, LO FUE EL HECHO DE QUE NO PODÍA SACAR DE SU MENTE LA MUERTE TAN INJUSTA DE LA QUE HABÍA SIDO OBJETO SU AMIGO “EL NEGRO”.

Novena conclusión: de las cuatro versiones que ofreció el testigo de cargo -las tres entrevistas y la declaración en juicio-, la Sala se queda con las dos primeras y con la última, y no con la intermedia, por existir motivos suficientes para negarle confiabilidad a ésta, y resaltar la verticalidad de aquéllas.

Por último, la Sala no puede menos que asegurar que fue un intento fallido el que los familiares de los aquí acusados y un tendero del sector donde uno de ellos habita, se presentaron al estrado judicial como testigos de la bancada defensiva, para pretender que se les creyera que ambos procesados para el día del homicidio se entraron a sus respectivas casas temprano a dormir, en total contravía de lo que se extrae de toda la restante prueba vertida en juicio.

Y decimos que un intento fallido, porque por parte alguna se observa que estuvieran en condiciones de sostener con total seguridad: (i) que efectivamente eso lo fue justo la noche del episodio delictivo, dado que se limitan a decir que sus congéneres "siempre" tenían la costumbre de acostarse temprano y "nunca" permanecían en la calle tarde la noche, salvo los fines de semana; y (ii) que para ese fatídico 29 de junio de 2017, a pesar de haber podido ingresar a sus respectivas viviendas un rato, luego no hubieran salido sin que ellos se dieran cuenta.

Basta decir que la hermana de **LONDOÑO FLÓREZ** manifestó que ella estudiaba de noche y que cuando llegaba suponía que su hermano ya estaba dormido, pero sin cerciorarse de que efectivamente ello fuera así. La progenitora del mismo acusado habló de que "siempre" le dejaba a su hijo las llaves de la casa donde el tendero, para que allí las recogiera, ingresara al inmueble y luego volviera a entregárselas al mismo tendero para ella poder utilizarlas luego, de lo cual se extrae no solo una total desconfianza hacia su hijo, sino además una manifestación acomodada, como quiera que: (i) de no decirlo de esa manera, no se entendería entonces qué pasaba con esas llaves luego de que su hijo entraba; (ii) tenía que ser de ese modo la versión, porque quedaba en el ambiente la sensación de que si su descendiente se quedaba en posesión de las llaves, bien podía salir a su antojo; y (iii) ocurrió que el tendero no acogió del todo su relato, dado que si bien admitió que allí le dejaban las llaves a **JESÚS DAVID LONDOÑO**, no corroboró que eso sucediera "siempre" sino en determinados días. Para rematar, otro tanto sucedió con lo vertido en juicio por el padre del coprocesado **SANTIAGO MANTILLA**, porque para intentar rodear de confiabilidad sus dichos, refirió que estaba enterado de ese día del homicidio porque "siempre" compra la prensa y en ella se registró este homicidio; pero ocurre que al momento de hacer su salida en juicio, su hijo **SANTIAGO** también quiso intentar igual explicación, y aseguró que él también adquirió ese periódico y que igualmente fue por ese mismo medio que pudo enterarse de la ocurrencia de este crimen; afirmación extraña porque para qué querer obtener los dos y "de casualidad" el mismo periódico, de no ser porque tuvieran un interés previo en saber lo que había salido acerca de esa específica noticia.

Tan faltas de confiabilidad resultaron todas esas intervenciones, que es el mismo Procurador apelante, quien se vio forzado a decir que a su entender esas declaraciones no ameritaban mayor acogimiento en cuanto era palpable el interés de parte de todos ellos en favorecer a toda costa a su pariente y/o vecino.

Así las cosas, con fundamento en las conclusiones que se han dejado consignadas a lo largo de esta exposición, la Sala no puede menos que dar cabal confirmación a la sentencia de condena proferida por parte de la primera instancia, al estimar que la funcionaria de primer grado no se equivocó al momento de hacer la valoración de las pruebas válidamente allegadas al juicio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo de condena proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.), en contra de los procesados **JESÚS DAVID LONDOÑO FLÓREZ** y **SANTIAGO MANTILLA MÁPURA**, por las conductas punibles en concurso de homicidio y porte ilegal de arma de fuego.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta decisión se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo N° 806 de 2020², determinación contra la cual procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse deberá hacerse por ese mismo medio dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

² En tal sentido se puede consultar CSJ AP, 11 nov. 2020, Rad. 58318, en el cual se estableció la procedencia en el proceso penal del régimen de notificaciones electrónicas consagrado en el Decreto 806 de junio 04 de 2020.

AUTORIZADO CONFORME
arts. 7º, Ley 527 de 1999, 2º Decreto 806 de 2020
y 28 del Acuerdo PCJA20-11576 del C.S.J.

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

Jorge Arturo Castaño Duque
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 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: **0443b86dab44bf10ac035740b6b671c84ebba27ef20fb27837b81fbbe7a90de5**
Documento generado en 20/10/2021 05:08:03 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>