

Magistrado Ponente: FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ

Número de Radicación: 13-001-60-01129-2018-0818-00 Rad Int. G. 10 No. 002 de 2021

Tipo de decisión: Revoca sentencia.

Fecha de la decisión: 26 de julio de 2021.

Clase y/o subclase de proceso: HOMICIDIO AGRAVADO Y PORTE

DEL GRADO DE CONOCIMIENTO PARA CONDENAR/ Conforme a los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2.004, para proferir Sentencia Condenatoria se requiere el conocimiento más allá de toda duda de la responsabilidad penal del acusado, fundado en pruebas debatidas en el juicio.

LA VERDAD/ Según el artículo 5° de la Ley 906 de 2004, *“En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.* No resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

LA VERDAD/Pronunciamiento Corte Suprema de Justicia

RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO/ No pasa de ser una declaración anterior al juicio, cuyo único propósito es el de facilitar el interrogatorio cruzado, refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad, de suerte que cuando hay sincronía entre lo manifestado en la investigación con lo declarado en el juicio la evidencia muta de prueba de referencia a prueba directa.

RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO/CARGA DE LA PRUEBA/ Es carga de la defensa, a través del contrainterrogatorio, tratar de desvirtuarlo, bien demostrando que tal acto de investigación no se realizó o si se realizó fue irregularmente desarrollado, o dando cuenta que no hubo tal identificación.

MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN/ Los métodos de identificación, tales como el reconocimiento en fila o el reconocimiento fotográfico cumplen una función de complementación al testimonio en el que se hace referencia a un determinado individuo a quien el testigo antes del suceso del que está dando cuenta no conocía. Pero de ahí no se sigue que la ausencia de tales instrumentos conduzca indefectiblemente a poner entredicho la individualidad del sujeto respecto del que se hacen señalamientos, porque es posible, que al conjugar los datos que ofrece el testigo con otras pruebas válidamente practicadas se pueda llegar a una individualización confiable.

FUENTE FORMAL/ Artículos 5, 7 y 381 de la Ley 906 de 2.004

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ Sentencia 28432. M. P. Dra. María Del Rosario González De Lemos , CSJ SP, 29 ago. 2007, rad. 26276, CSJ SP, 1 Jul. 2009, rad. 28935, Sentencia de Casación Penal de 26 de enero de 2006. Proceso N° 22106

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE CARTAGENA
SALA PENAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ

Radicación:	13-001-60-01129-2018-00818-00
Rad Int.	Grupo 10, No. 002 de 2021
Procedencia:	Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena
Procesados:	Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia
Delitos:	Homicidio agravado en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego accesorios o municiones agravado
Decisión:	Revocar y condenar

Aprobado en Acta No. 127

Cartagena, veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021).

I. OBJETO A DECIDIR

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena absolvió a los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia de los cargos que le enrostró la Fiscalía como coautores de los delitos de homicidio agravado en concurso con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

II. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

El día 18 de mayo de 2018, siendo aproximadamente las 03:00 pm, en el barrio San José de los Campanos, sector Villa Juliana, ubicado en la ciudad de Cartagena-Bolívar, el señor Jhoan Rafael Martínez Mosquera fue impactado en el pecho con un disparo de arma de fuego mientras caminaba por la calle, muriendo más tarde en la clínica Madre Bernarda de esta ciudad hasta donde había sido traslado por varios

familiares. Este comportamiento fue ejecutado por los señores Carlos Mario Garavito Cañate y a Erick Andrés Berrio Espitia, el primero como conductor y el segundo como parrillero de una motocicleta, en la que se transportaban, siendo este quien se encargaría de accionar el arma homicida, la cual carecía de amparo legal para su porte. La acción criminal habría sido ejecutada debido a una vieja rencilla que sostenían los agresores con la víctima.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Correspondió el conocimiento de la etapa de juzgamiento de la presente actuación al Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cartagena, en cuya sede, el día 21 de febrero de 2019, se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación, en la cual, una vez verificada la asistencia de las partes y la no existencia de impedimentos y recusaciones, se efectuó el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, medios de conocimiento y evidencias físicas que poseía la Fiscalía. Una vez finalizada, se fijó fecha para audiencia preparatoria, la cual fue celebrada el día 16 de mayo de 2019.

2. Evacuada la anterior diligencia, se desarrolló el juicio oral en una única sesión en fecha 26 de septiembre de 2019. Una vez culminado el debate probatorio, se escucharon los alegatos finales de los sujetos procesales y se emitió el sentido del fallo, el cual sería de carácter absolutorio en favor de Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andres Berrio Espitia, por los delitos por lo que fueron acusados.

3. Posteriormente, el día 16 de diciembre de 2020, se dio lectura a la sentencia en la que el a-quo resolvió ABSOLVER a Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andres Berrio Espitia.

4. Una vez enterado de dicha decisión el Fiscal del caso interpuso recurso de apelación, el cual sustentó de manera escrita.

IV. DE LA APELACIÓN

Alegó el Fiscal del caso que la decisión del a quo, consistente en absolver a los procesados se basó en una errónea valoración de los testimonios presentados en el

debate del juicio oral, que no consultó las reglas de la sana crítica, ya que si bien a los testigos en una oportunidad se les mostró una fotografía de los sospechosos, ese hecho no tuvo la virtud de afectar la credibilidad de los testimonios pues eran personas que conocían a los acusados desde hacía mucho tiempo, al ser vecinos y, por lo tanto, no necesitaban ninguna fotografía para reconocerlos e identificarlos.

Agrega el apelante que la conducta antes señalada obedeció a un acto realizado por la Policía de Vigilancia del Caí del Barrio San José de los Campanos, con el fin de identificar y tener pleno convencimiento de parte suya sobre quienes exactamente eran los sujetos señalados de realizar la conducta delictiva, toda vez que al ser delincuentes reconocidos en el sector, ya los tenían previamente reseñados, y quisieron confirmar sí se trataba de las mismas personas.

Indica además que, en cuanto al testimonio ofrecido por la prima del occiso, Yuranis Paola Mosquera, quien lo acompañaba al momento de los hechos, además de mostrarse claro, diáfano y coherente, con el mismo se logra identificar plenamente a los acusados como los responsables de los delitos acusados, toda vez que un año antes, estas mismas personas habían atracado a su abuelo. Esto desencadenó un altercado entre sus primos y aquellos, motivo por el cual, al no residir ésta en el barrio, sus primos le mostraron en una ocasión a los sujetos que habían atracado a su abuelo, lo que le permitió reconocerlos inmediatamente durante los hechos.

Por último, señala el apelante que en este caso no era necesaria la realización de un reconocimiento fotográfico, toda vez que se trata de personas que se conocen, que son del mismo barrio, que eran amigos y uno de los indiciados vivió en una época en la casa del hoy occiso. Afirma que se conocen tanto que saben quiénes son sus padres y hermanos, y agrega que las tres testigos familiares del occiso reconocieron y señalaron a los acusados, haciendo la salvedad de que Erick Berrio Espitia, fue el que disparó en contra del hoy occiso y que Carlos Mario Garavito Cañate, era quien conducía la motocicleta.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. La Sala es competente para conocer este caso, como lo dispone el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 20004, en cuanto se procede por el recurso de

apelación interpuesto contra la sentencia emitida por un Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento. Para la resolución del recurso el Tribunal limitará su estudio en los aspectos sobre los cuales se expresa inconformidad, incluyendo los temas inescindiblemente vinculados al proceso.

La Fiscalía encontró suficientes elementos probatorios para llamar a juicio a los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia como coautores de los delitos de homicidio agravado en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Esta pretensión no salió avante dado que, el juzgado de primera instancia profirió sentencia absolutoria al encontrar duda razonable en lo atinente a la responsabilidad de los acusados.

Contra tal decisión se interpuso recurso de apelación, de modo que la labor de esta Sala estará encaminada a determinar si la protesta efectuada por la Fiscalía encuentra asidero en las pruebas que fueron practicadas en sede de juicio oral, o si por el contrario la valoración que de las mismas hizo el juzgador de primera instancia se acompasa con lo que ellas enseñan.

2. Así, el primer problema jurídico que surge en concreto se contrae a determinar si las circunstancias particulares por las que cada testigo de cargo conocía o distinguía a los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia con anterioridad al día de los hechos, afectaron la credibilidad del señalamiento que hicieron en contra de estos como responsables del punible de homicidio agravado en el que resultó muerto el señor Jhoan Rafael Martínez Mosquera, aunado a la verificación de algunas inconsistencias en sus declaraciones.

3. Del delito de homicidio agravado.

En orden a resolver el anterior planteamiento, estima necesario la Sala abordar varias temáticas, para lo cual se regirá el siguiente esquema: i) en primer lugar, se analizará el grado de conocimiento para condenar y ii) a continuación, el caso sometido a conocimiento de la Sala en relación con aquel postulado.

3.1 Del grado de conocimiento para condenar.

De acuerdo con los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2.004, para proferir Sentencia Condenatoria se requiere el conocimiento más allá de toda duda de la responsabilidad penal del acusado, fundado en pruebas debatidas en el juicio. Esto supone partir de la acusación con el fin de establecer si frente a los extremos requeridos para la condena, se puede obtener el grado de conocimiento exigido por la ley.

Según el artículo 5° de la Ley 906 de 2004, *“En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”* (subrayas fuera de texto).

La verdad, ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquel, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico conforme con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar como para absolver o exonerar de responsabilidad penal.¹

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

3.2 Del caso concreto.

¹ Sentencia 28432. M. P. Dra. María Del Rosario González De Lemos.

En lo concerniente a la materialidad de la conducta punible de homicidio agravado, la Sala debe empezar por reconocer que en la sentencia de primera instancia se estableció amplia y adecuadamente el comportamiento criminal, habida cuenta que la prueba practicada permite determinar, sin asomo de duda, la ocurrencia de la muerte de la persona que en vida respondía al nombre de Jhoan Rafael Martínez Mosquera, pues así se demostró con el testimonio de la profesional de la salud Oriana Del Pilar Luja Ruz, médico adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien en sus declaraciones precisó de forma científica la existencia de ese hecho.

Al respecto, veamos lo que expuso la testigo sobre la necropsia que le practicó al occiso Johan Rafael Martínez, quien al ser interrogada sobre los hallazgos percibidos en dicha diligencia, indicó lo siguiente:

“Bueno, durante, como lo dije primero, se verifica el acta de inspección donde nos dice cómo fueron los hechos en el cual se especificó de que esta persona Johan ingresó, bueno, se encontraba en el barrio San José de los Campanos y llegaron dos sujetos en moto, uno de estos, el parrillero se bajó de la moto y le disparó a nivel del tórax.”²

Posteriormente, siguió su relato de forma más detallada:

“(…) es que dentro del protocolo de necropsia está verificar la documentación que se nos allega y eso queda plasmado dentro del informe de necropsia médico legal entonces es simplemente un relato que se toma en cuenta del acta de inspección técnica para luego iniciar el proceso de necropsia entonces, continuo, quedé por donde llegaron el occiso fue llevado a una clínica, al parecer llegó en estado agónico, le hicieron reanimación cardiopulmonar pero sin éxito posteriormente de haber verificado el acta de inspección técnica sí se procede a todo lo que es el proceso de necropsia, dentro de los hallazgos se encuentra un cuerpo con una herida por proyectil de arma al nivel del pectoral izquierdo con un orificio de salida en la parte infra escapular derecha, las lesiones que este único proyectil ocasionó con entrada y salida directa a nivel del pectoral, las lesiones básicas fueron las de una laceración al nivel del lóbulo superior del pulmón derecho del pulmón izquierdo, hizo una laceración a nivel del pericardio, laceró la arteria aorta, laceró la vena cava superior, además de eso durante toda la trayectoria logró ocasionar pues unas laceraciones a nivel bascular pues produjo un hemopericardio que va a producir posteriormente pues un taponamiento cardíaco y se produjo también un hemotórax bilateral masivo con 2000 cc aproximado de sangre, lo que se determina de toda esta trayectoria y de todas las lesiones que ocasionó es que el occiso fallece por una anemia aguda secundario a laceración importante por herida de proyectil arma de fuego a nivel de tórax.”³

² Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:00: 36

³ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:02: 10

En síntesis, el anterior testimonio da fe, desde una óptica científica, sobre la causa de muerte de Johan Rafael Martínez Mosquera, la forma en que esta fue ocasionada, la cantidad de disparos recibidos, y la zona en la cual estos fueron asestados, de manera que, de entrada tenemos un hecho que debe tenerse como cierto, sin que medie discusión alguna.

Ahora bien, el punto que sí reviste controversia en este asunto es el atinente a la responsabilidad de los procesados, pues en la sentencia de primer grado se desestimó proferir condena en su contra, al considerarse que la prueba recaudada no permitía arribar al conocimiento más allá de toda duda de que los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia fueron los coautores de las conductas investigadas.

Con el propósito de establecer no solo la ocurrencia del hecho, sino la responsabilidad de los encartados, el ente acusador presentó en audiencia de juicio oral los testimonios de las señoras Yurannis Paola Mosquera Sierra, Paola Andrea Pedroza Mosquera y Darling Concepción Mosquera, pruebas que fueron desacreditadas por el a quo al considerar que i) los señalamientos que estas personas realizaron estuvieron sugestionados por irregularidades en el procedimiento de reconocimiento fotográfico, ii) dichos reconocimientos fotográficos no fueron incorporados, iii) existían inconsistencias entre los tres relatos, relacionadas con la fecha en que ocurrió un suceso previo al homicidio, el cual tuvo como víctima al abuelo del occiso, y iv) sus afirmaciones en cuanto a la forma en que se dieron los hechos no se acompasaban con las reglas de la experiencia.

Pues bien, habiéndose precisado cuales fueron los fundamentos tenidos en cuenta por el Juzgado de instancia para restarle crédito a los testimonios de cargo, pasaremos a analizar tales probanzas a fin de establecer si carecen de la entidad suficiente para deducirle responsabilidad a los procesados, o si por el contrario, a partir de estos se supera la duda razonable sobre ese aspecto del delito, tal y como lo alega la Fiscalía en su apelación.

En primer lugar, es del caso revisar los testimonios de **Yuranis Paola Mosquera Sierra** y **Paola Andrea Mendoza Mosquera**, prima y hermana respectivamente del

occiso, quienes en su relato se ubicaron en el mismo lugar de los hechos, a escasos metros tanto de víctima como de los victimarios, pese a lo cual, sus testimonios fueron descartados por el a quo tras considerar lo siguiente:

“se evidencia una situación de parte de la Policía, como es el caso de mostrar fotografías a los potenciales testigos, de una manera que hace perder la confianza y genere confusión en ese acto de investigación, es un proceder que se reprocha por parte de este funcionario judicial, debido a que dañan la prueba testimonial, al perderse la espontaneidad de testificar sobre los hechos que en verdad le constaba.”

Añadió que “el señor Fiscal no acreditó ningún reconocimiento fotográfico que llevara a las órdenes de captura y la imposición de las medidas de aseguramiento con motivos razonablemente fundados, los señalamientos que se hacen de las personas acusados considera el juzgado que, son a partir de unas fotografías de estos y por esa razón se advierte una contaminación de los testimonios, por lo que es acertado establecer hasta qué punto la influencia de esa información fotográfica incidió en el conocimiento y señalamiento sobre quiénes son los acusados como vecinos del barrio y si esto no hubiese sucedido se llegaría a un resultado diferente.”

En ese orden, sea lo primero indicar que la testigo **Yuranis Paola Mosquera Sierra**, prima de la víctima, al ser cuestionada sobre si recordaba algún hecho extraordinario que saliera de lo normal el día 18 de marzo del 2018, señaló que:

“Es el 18 de marzo de 2018 2:45 de la tarde me acuerdo perfectamente no se me olvida, como de costumbre estábamos reunidos todos en familia llegamos a la casa de mi tía Darling estábamos toda la familia reunida cuando escuchamos unas bullas en el sector, se acerca mi primo Joan Martínez Mosquera y nos dice que le habían quitado el celular de mi primo Joseph, nosotros estábamos debajo del palito, Joseph sale “adelante” y dice voy: a buscar mi teléfono, alterado, al ver que a mi primo le habían quitado su celular, Joan me dice no te pongas a pelear por teléfono, lo material se recupera y me abraza y me dice: vamos prima vamos a buscar a el Joseph y yo le dije bueno listo, mi tía se venía detrás de nosotros y Joan le dijo: no vayas y yo le dije: mentira tía vente con nosotros y viene mi prima más atrás, cuando vamos caminando, Joseph esta ya discutiendo con otras personas y yo me quedo con Joan en el andén, llamo a un amigo de mi tía y me quedo con mi tía en el andén, Joan baja del andén cuando vienen los presuntos, son los que tenemos aquí al frente en una moto y se acerca donde JOAN y saca un arma de fuego y le dispara directamente al pecho, no traían casco y Erick Berrio traía un suéter de color azul mi primo en el momento no muere, él lo que reacciona y dice me dispararon ayúdenme, se monta en una moto mi tía se monta más atrás y lo llevan de urgencias, ellos todavía estaban ahí cuando están ahí van en la moto y más adelante cambian de posición, no sé si era por el nervio no podía manejar pero ellos cambian de lugar”⁴

Del testimonio rendido por la Yuranis Paola Mosquera, se puede vislumbrar que identificó plenamente a Erick Berrio, que especificó su vestimenta al momento de

⁴ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:16: 00

los hechos, y además de eso, lo reconoció en la sala de audiencias, y manifestó que es la misma persona que en fecha 18 de marzo del año 2018, siendo las 2:45 pm., atentó contra la vida de su primo, proporcionándole un disparo en el pecho con arma de fuego.

Más adelante, al ser preguntada acerca de cuál era la distancia en la que se encontraba al momento de la ocurrencia de los hechos, la testigo manifestó que a *“una distancia corta como de 3-4 metros”*. Seguidamente, a la pregunta de quién conducía la moto y quién disparó, la misma indicó que *“Quien conducía la moto era Carlos Mario y quien disparó era Erick Berrio”*⁵. Posteriormente, se le inquirió acerca de si reconocía en la sala de audiencias a las personas antes señaladas, a lo que la testigo respondió *“Si claro... de camisa de cuadritos es Erick Berrio y el de suéter blanco con rayas es Carlos Mario”*⁶

De igual modo, se le preguntó a la testigo por parte de la defensa sobre qué conocimiento anterior a los hechos tenía de los acusados, ante lo cual respondió:

*“Bueno, Carlos Mario lo conozco porque él era amigo de mi primo Joan y tenía relaciones con o sea tenía era prácticamente amigo de la familia, Erick Berrio no lo conocía en el momento, pero después que ocurrió lo identifiqué, con nombre y físicamente, después del hecho”*⁷

Igualmente, el Juez le hizo un cuestionamiento relacionado con la forma en que se enteró del nombre de la persona que había disparado en contra de su primo, a lo que respondió: *“Porque mi familia lo conoce y yo pregunté y ellos me dijeron que se llamaba Erick”*. Adicional a ello, el Juez le preguntó que si había visto un reconocimiento fotográfico en fila de personas, y la testigo declaró que *“Sí, si cuando a mí me hicieron la entrevista me mostraron la foto y yo dije: sí, ese es, yo hice reconocimiento y todo, a mí no se me olvida la cara del desde ese día...”*

De las aseveraciones realizadas por esta testigo podemos concluir que es una testigo presencial del episodio factico objeto de juzgamiento; que identificó plenamente a los agresores, toda vez que en sus aseveraciones reveló conocer a Carlos Mario Garavito *“prácticamente toda la vida”*, al ser muy allegado a la familia, y respecto a Erick Berrio Espitia dijo que si bien no lo había visto sino hasta el día

⁵ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:18: 55

⁶ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:19: 29

⁷ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:26: 22

de los hechos, ni tenía relación alguna con él, sí sabía de su existencia, pues en la familia era señalado como la persona que tiempo antes del homicidio había hurtado una cadena a su abuelo.

Al mismo tiempo, podemos advertir que con posterioridad a los hechos esta tiene plenamente identificado al señor Erick Espitia Berrio, pues adujo haberlo reconocido luego de que le hubiera sido mostrada una fotografía del mismo al momento de realizarle la entrevista previa a su testimonio en sede de juicio oral, e igualmente lo señaló en la sala de audiencias mientras se desarrollaba la diligencia.

Lo expuesto por esta testigo en punto a la forma en que identificó a Erick Espitia Berrio fue la base a partir de la cual el juzgado estimó que ese señalamiento que ella hizo de este en el juicio oral se encontraba contaminado, esto por una supuesta irregularidad en el procedimiento de reconocimiento de fotográfico. Sin embargo, se observa que ninguna consideración le mereció al a quo el hecho de que respecto al otro procesado, a quien la testigo identificó como el conductor de la motocicleta el día de los hechos, no existiera el aludido inconveniente de confiabilidad del señalamiento, ya que la testigo afirmó conocerlo de toda la vida, luego entonces no era necesario que se le exhibieran fotografías para poder identificarlo.

En ese sentido, considera la Sala pertinente dejar sentado que respecto a Carlos Mario Garavito Cañate la testigo Yuranis Paola Mosquera realizó un nítido señalamiento espontaneo al punto de llegar a expresar que debido a la cercanía de este con su familia le sorprendió sobremanera que tomara parte en la muerte de su primo. De ello se vislumbra su afirmación honesta sobre la ignorancia de los motivos que llevaron a este a perpetrar de propia mano el ataque, en lugar de intentar exagerar o dotar de credibilidad su dicho con detalles sobre viejas rencillas entre su familia y este procesado.

De otra parte, en lo que atañe a la exhibición de la foto del procesado Erick Andrés Berrio Espitia a la testigo Yuranis Paola Mosquera Sierra, encuentra la Sala que ese tema salió a la luz luego de que el juzgado de primera instancia realizara preguntas aclaratorias a la testigo, en lo que para la Sala fue un claro exceso por parte del juzgador en el ejercicio de esa facultad, pues los temas abordados en su

cuestionario más que aclarar respuestas confusas se encaminaron a profundizar en detalles que la testigo no había suministrado en el interrogatorio cruzado.

En uno de esos cuestionamientos novedosos, como ya se dijo, el Juez le preguntó a la testigo Yuranis Paola Mosquera Sierra, que si había *“visto un reconocimiento fotográfico ni en fila de personas”*, a lo que la testigo respondió, *“Si, si cuando a mí me hicieron la entrevista me mostraron la foto y yo dije, si ese es, yo hice reconocimiento y todo, a mí no se me olvida la cara del desde ese día...”*. Ello, sin que antes se indagara si la testigo tenía algún conocimiento por experiencia, técnico o jurídico sobre lo que implicaba un procedimiento de este talante, y sin entrar a profundizar en lo atinente al momento o a las condiciones en que se llevó a cabo esa exposición. Sin auscultar siquiera sobre quién o quiénes le enseñaron la foto, y sobre todo, sin tener en cuenta que no se estaba dirigiendo a un profesional del derecho que pudiera entender de qué se trataban esos métodos de identificación.

En este estado de cosas, dada la poca información que al respecto suministró la testigo, considera la Sala que no es posible confirmar ni descartar que dentro de la investigación se haya presentado una actuación irregular por parte de los servidores que le practicaron las primeras entrevistas, en la cual sugirieron señalamientos contra Erick Andrés Berrio Espitia, a través de la exhibición de una sola fotografía, a pesar de que la norma (art. 252 del C.P.P.) habla de la exhibición de un álbum que incluya un número no inferior de siete imágenes, una del indiciado y las demás de seis sujetos con características similares a este.

Ahora bien, como quiera que en sus consideraciones el a quo reclamó el hecho de que no solo en el juicio sino a lo largo de la actuación no se incorporara ningún soporte del reconocimiento fotográfico practicado a las testigos, conviene reiterar que para que este método de investigación tenga fuerza probatoria no se requiere que se incorporen ni el acta de la diligencia ni el álbum fotográfico. Esto, porque el reconocimiento fotográfico no pasa de ser una declaración anterior al juicio, cuyo único propósito es el de facilitar el interrogatorio cruzado, refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad, de suerte que cuando hay sincronía entre los manifestado en la investigación con lo declarado en el juicio la evidencia muta de prueba de referencia a prueba directa, sin que sea preciso el trámite evocado por el juzgador.

Podrá el Fiscal, en aras de fortalecer el peso probatorio del testimonio, exhibir el álbum fotográfico en el cual aparece la imagen del acusado y demás documentos realizados en el acto investigativo, a la persona que lo elaboró en punto a que este los autentique y/o ratifique, pero ello no se coinvierte en condicionante para que dicho reconocimiento se integre al testimonio. Basta, como se dijo, que el testigo directo haga alusión al método de identificación en cuestión, para que esta acotación entre a formar parte integral de su atestación.

En ese orden, resulta suficiente que el testigo haga referencia a que en sede investigativa reconoció al acusado a través de un reconocimiento fotográfico para que tal instrumento de identificación quede integrado a su testimonio. Es carga de la defensa, a través del contrainterrogatorio, tratar de desvirtuar tal aseveración, bien demostrando que tal acto de investigación no se realizó o si se realizó fue irregularmente desarrollado, o dando cuenta que no hubo tal identificación.

Cabe aclarar que, en este caso, la Sala solo auscultará el tema de una posible irregularidad en el reconocimiento fotográfico respecto a la testigo Yurannis Paola Mosquera Sierra, pues sola esta fue la que hizo alusión a haber participado en un procedimiento de esta naturaleza. Ello, se reitera, frente a una pregunta del juez que notoriamente excedió el interrogatorio practicado por las partes. Mientras que con la testigo Paola Andrea Mendoza Mosquera, como ya pasaremos a revisar, no se habló de que hubiese hecho un reconocimiento fotográfico.

En el caso de la testigo Darling Concepción Mosquera igualmente se indagó sobre posibles reconocimientos fotográficos, pero solamente con ocasión a las preguntas excesivas que formuló el juez. Al respecto, cabe anotar que este segmento del testimonio tuvo un desarrollo tan lamentable que impide extraer de ello una información útil al proceso, pues en ese punto la testigo se empezó a mostrar confusa y equivoca, además de que se denotó una marcada intención de obtener a través de esta información sobre las condiciones en que las otras testigos habían hechos sus respectivos señalamientos en las primeras etapas de la investigación, pues la señora Darling ya había explicado que conocía a ambos procesados con anterioridad a los hechos, por lo que ninguna utilidad ni propósito tenía indagar con esta sobre la realización de un acto de investigación.

Conviene señalar que los métodos de identificación, tales como el reconocimiento en fila o el reconocimiento fotográfico cumplen una función de complementación al testimonio en el que se hace referencia a un determinado individuo a quien el testigo antes del suceso del que está dando cuenta no conocía. Pero de ahí no se sigue que la ausencia de tales instrumentos conduzca indefectiblemente a poner entredicho la individualidad del sujeto respecto del que se hacen señalamientos, porque es posible, como sucede en este caso, que al conjugar los datos que ofrecen el testigo con otras pruebas válidamente practicadas se pueda llegar a una individualización confiable.

Sobre el particular se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte, así: CSJ SP, 29 ago. 2007, rad. 26276, sostuvo:

*«De todos modos, no puede perderse de vista que el reconocimiento sea fotográfico o en fila de personas, por sí solo, no constituye prueba de responsabilidad con entidad suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, pues la finalidad del juicio no es, ni podría ser, la de identificar o individualizar a una persona sino que tiene una cobertura mayor. Esto si se tiene en cuenta que una vez lograda la identidad del autor en la fase de investigación, por medio del juicio se debe establecer su responsabilidad penal o su inocencia en una específica conducta delictiva, sin dejar de reconocer que es allí, en el juicio, en donde el acto de reconocimiento necesariamente debe estar vinculado con una prueba testimonial válidamente practicada, pues es en la apreciación de ésta, en conjunto con las demás pruebas practicadas, en que tal medio de conocimiento puede dotar al juez de elementos de juicio que posibiliten conferirle o restarle fuerza persuasiva a la declaración del testigo».*⁸

De lo expuesto se concluye que un señalamiento incriminatorio no depende del reconocimiento que por medio de fotografías, videos o en fila de personas se hubiere adelantado previamente, puesto que aquél se puede dar sin que en la investigación hubiere sido necesario acudir a los métodos de identificación. Sin embargo, en el plano de las similitudes, puede decirse, ambas hacen parte de un testimonio.

*El reconocimiento que de esa forma se hace en el juicio resulta válido como parte del interrogatorio directo adelantado por la Fiscalía porque, sin duda, comporta una pregunta destinada a la verificación de las proposiciones fácticas de su teoría del caso, a través de la solidez y credibilidad del testigo al que se le interroga sobre el particular; de manera que en el escenario del proceso adversarial corresponderá a la parte contraria o al Ministerio Público, oponerse a la pregunta supuesto de que viole las reglas del interrogatorio, o al juez prohibirla si se propone de manera sugestiva, capciosa o confusa.*⁹

Además, la doctrina relacionada con las técnicas del interrogatorio, destaca la importancia de que el fiscal en la pregunta final, que tiene por objeto dejar la información del caso en

⁸ «Sentencia del 29-08-07 Rad. 26276».

⁹ «Artículos 392-b y 395 del C.P.P.».

el punto más alto (de mayor interés), haga que el testigo presencial identifique claramente al agresor.” (Subrayado fuera del texto original)

En el mismo sentido, en CSJ SP, 1 Jul. 2009, rad. 28935, se indicó:

*“Resulta igualmente de interés precisar que como los métodos de identificación son herramientas a las que debe acudir la Fiscalía en las situaciones referidas (falta de conocimiento o duda acerca de la persona indiciada o imputada), **por sí solos no constituyen prueba** en tanto que en el proceso penal acusatorio el principio de inmediación impone que “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”,¹⁰ condiciones que no se cumplen en el trámite de identificación.*

***Lo anterior no obsta para que el fiscal cuando lo considere conveniente**, en orden a solventar la credibilidad del testigo y de acreditar las proposiciones fácticas de su teoría del caso (...) en aspectos como la intervención del acusado en el punible que se le imputa, **traiga a juicio los documentos elaborados durante el reconocimiento, para que puedan ser autenticados y acreditados por la persona que los ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido**.¹¹ (Subrayado y resaltado fuera del texto original)*

(...)

De ese modo se tiene que el valor de los elementos de identificación y su capacidad persuasiva, se descubren en el testimonio de la persona por medio de la cual se traen al juicio, el cual se rige por las reglas del interrogatorio cruzado¹² y se valora según los criterios de apreciación previstos en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal [Apreciación del testimonio].”

Con fundamento en lo anterior, en lugar de desechar todo el señalamiento realizado por una testigo como lo es Yurannis Paola Mosquera Sierra, de gran importancia por haber estado en el lugar de los hechos y haber presenciado toda la secuencia de los mismos, sin que se haya afectado su credibilidad en tal sentido, la Sala considera que debe otorgársele plena credibilidad en punto al señalamiento que hizo del procesado Carlos Mario Garavito Cañate mientras que respecto al que hizo de Erick Andrés Berrio Espitia la plenitud de su credibilidad se tendrá condicionada a que ese señalamiento se encuentre corroborado con las demás pruebas, en atención a que, en este punto, se encuentra ligeramente menguada por el asunto de la posible exhibición imperfecta de una fotografía en la fase investigativa.

¹⁰ «Art. 16 Ib».

¹¹ «Artículo 426-1 C.P.P.».

¹² «Artículo 391 Ib».

No obstante, desde ya se ha de aclarar que esa degradación de la credibilidad del señalamiento de Erick Berrio por parte de esta testigo, no pasa de ser sutil y casi inane, atendiendo a que es una testigo que se acreditó estaba en el lugar y momento de los hechos, en perfecta ubicación para observar a los atacantes. Además, durante el testimonio de Yurannis no se develó ningún motivo protervo en esta para incriminar a Erick Berrio más que el incidente del hurto que con suma tranquilidad narró. Tampoco expuso alguna muestra de inseguridad al señalarlo en fotografía, ni refirió haber sido sugestionada para ello.

Empero, la Sala llevará la verificación del dicho de esta testigo a otro nivel de constatación, por cuanto se comprobará si el señalamiento de Erick Berrio encuentra respaldo en las demás pruebas practicadas en el juicio oral.

En ese sentido, se cuenta con el testimonio rendido por la hermana del occiso, **Paola Andrea Pedroza Mosquera**, quien al ser preguntada sobre si en fecha 18 de marzo del año 2018 había ocurrido algún evento que se saliera de lo normal en su vida, esta señaló *“Claro, murió mi hermano”*¹³.

Acto seguido, se le preguntó sobre las circunstancias en que se dio el fallecimiento de su hermano, ante lo cual indicó *“Le disparó el señor Erick Berrio”*¹⁴. A continuación, sobre la secuencia de los hechos dijo que *“al principio ellos llegaron yo me encontraba antes de que le dispararan, me encontraba en el 2do piso de mi casa ellos llegaron y pues le decían a mi hermano cosas y mi hermano lo que hacía era hacer con las manos así (se desconoce qué gesto hizo la testigo) cuando al ver eso yo bajé ellos se fueron...”*¹⁵

Posteriormente, frente a la pregunta que le hace el fiscal de a quién se refiere cuando dice “ellos”, señala que hace reseña de *“Erick Berrio y Carlos Mario Garavito, ellos se fueron, cuando regresaron ya estábamos todos abajo se encontraba mi mamá, mi hermano Joseph y mi prima Yurannis y mi persona, a mi hermano se le pierde un celular, a mi hermano Joseph, y mi hermano las palabras que le dice es lo material algún día vuelve, esas son las palabras que le dice mi hermano, ellos regresan,*

¹³ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 1:35: 15

¹⁴ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:37: 01

¹⁵ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:37: 50

*cuando ellos regresan... ya viene mi prima Yurannis con mi hermano abrazado, mi mamá detrás mi hermano un poquito distanciado y yo vengo detrás de mi hermano Joseph, cuando regresan ellos vienen y Erick Berrio viene de parrillero baja y le dispara a mi hermano Jhoan ”.*¹⁶

Con relación a lo anterior es cuestionada sobre la persona que conducía la moto, ante lo cual manifestó que era “Carlos Mario Garavito”. Señaló además que eran las 2:45 pm, y que las condiciones de visibilidad del lugar eran perfectas.

La testigo logró identificar y reconocer plenamente a los acusados en la sala, señalando que “Erick Berrio es el que tiene la camisa amarilla y Carlos Mario Garavito es el que tiene el suéter blanco”¹⁷

Finalmente, se le preguntó a la hermana del occiso si con anterioridad a los hechos objeto de juzgamiento, su hermano Jhoan y los procesados habían tenido algún problema, a la cual respondió que “Erick Berrio había atracado a mi abuelo”¹⁸, por lo que, inmediatamente fue interrogada sobre si con anterioridad a tales sucesos conocía a los señores Erick Berrio y Carlos Mario Garavito mismos, respondiendo que:

*“Al señor Erick Berrio pues no, lo reconocí fue el día de lo de la cadena de mi abuelo, que pues nos llevaron una foto y ahí fue donde lo reconocimos y al señor Carlos Mario Garavito pues claro porque pasaba en mi casa, dormía hasta en mi casa”*¹⁹

Del testimonio de la señora Paola Andrea Pedroza Mosquera se puede extraer que también es testigo presencial del injusto, y que conocía a los procesados por circunstancias puntuales. Al señor Carlos Mario Garavito lo destacó como una persona cercana a su familia y a su hogar durante toda su vida, y al señor Erick Berrio Espitia lo referenció como la persona que con anterioridad al homicidio de hermano había hurtado a su abuelo. Frente a este último evento sostuvo que pudo saber que fue él quien perpetró dicho hurto a través de una fotografía que en aquella oportunidad le enseñó su hermano. De igual modo, especificó cual fue el rol cumplido por cada uno de los procesados el día de los acontecimientos, e hizo un señalamiento directo en la audiencia de juicio oral.

¹⁶ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:38: 15

¹⁷ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:40: 20

¹⁸ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:41: 20

¹⁹ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 01:42: 29

Ahora bien, en punto al reconocimiento de Erick Berrio, la Sala debe destacar que la defensa pretendió poner de relieve una contradicción en la testigo sobre el momento en que ella conoció a Erick Berrio, a pesar de que había sido lo suficientemente clara en indicar que había sido con ocasión al hurto de su abuelo, pues este ejercicio valorativo se considera necesario para despejar todo manto de duda en este tema, y establecer exactamente qué fue lo que dijo la testigo.

Así, tenemos que durante el contrainterrogatorio, la defensa preguntó “¿Es decir que ese día del atraco le llevaron una foto del señor Erick Berrio para que usted lo pudiera conocer?, a lo que la testigo Paola Andrea Pedroza Mosquera respondió: “Claro”, e inmediatamente después de esa respuesta se formuló la siguiente pregunta, a todas luces confusa, “Posterior a ese día, o anterior a ese día en que le llevaron esa foto del señor Erick Berrio, ¿usted lo conocía?, y la testigo respondió que no.

Ahora bien, la Sala estima que ese planteamiento es confuso porque el defensor no le precisó a la testigo si lo que le preguntaba era i. si ella conocía a Erick Berrio antes del día del incidente del hurto, o ii. sí posterior a ese día lo había vuelto a ver. Pero el sentido de las respuestas que ella venía suministrando permite extraer con claridad que lo quiso decir es que ella no conocía a Erick Berrio con anterioridad al hurto de la cadena a su abuelo.

Incluso, durante el redirecto la testigo reiteró que conoció a Erick Berrio aproximadamente un año antes de la muerte de su hermano, por una foto, y se le preguntó: ¿Y también manifestó que lo conoció porque su hermano Jhoan o Joseph, no, Joan lo conoce?, a lo que respondió afirmativamente, e inmediatamente el Fiscal le pidió clarificar ¿por qué su hermano lo conoce? Y ella contestó: “porque vivía ahí en el barrio y pues ya lo había visto.

Enseguida se recrearán las preguntas realizadas por la defensa en el recontradirecto, y las respuestas que frente a ellas ofreció la testigo Paola Andrea en orden a establecer si allí se aclara el tópico analizado:

- *Defensa: Señora Paola Pedroza, usted manifestó en respuestas anteriores que ante el cuestionamiento de esta defensa en el que le habían mostrado presuntamente unas fotos del sr Erick Berrio hacia 1 año, ¿es eso cierto?*
- *Testigo: Si*
- *Defensa: Y que el día de los hechos había muchísima gente en el lugar donde ocurrieron, ¿es eso cierto?*
- *Testigo: Sí*
- *Defensa: Pero no nos señaló cómo desde una foto que miró hacia 1 año pudo reconocer presuntamente al sr Erick Berrio*
- *Testigo: Porque vivía en el barrio y a cada rato lo veía*
-

Ante esa respuesta, la defensa formuló las siguientes preguntas abiertas, permitiéndole a la testigo aclarar ampliamente su respuesta:

- *Defensa: ... Que nunca antes la había conocido y que de hecho lo vio en una fotografía que le mostraron que ha dicho que le mostró su hermano Jhoan y ahora nos está diciendo que ella si lo conocía porque él vivía por ahí y lo veía a cada rato, ¿qué tiene que decir al respecto de eso?*
- *Testigo: pues lo que yo entendí de lo que usted me estaba preguntando era que si lo conocía, sí lo conocía porque me mostraron la foto y en el momento de la muerte de mi hermano obviamente lo reconocí porque ya lo veía, o sea ya lo veía después de lo del atraco de mi hermano.*
- *Defensa: Pero señorita usted manifestó en versión anterior que no lo había conocido y por ello la defensa le señaló la cuestión de porque si solamente en una foto que a usted se le había mostrado 1 año de antes en esa multitud de gente que se encontraba en el lugar de los hechos, usted logró identificar que era el señor Erick Berrio y usted respondió en ese momento y pueden ser escuchados los audios que porque su hermano se lo mostró, ¿es eso cierto?*
- *Testigo: Claro que lo reconocí por la foto que me mostró mi hermano antes de que ocurriera el hecho que ocurrió del 18 de marzo*

Para la Sala queda claro que desde la ocurrencia de un hecho anterior, como lo fue el hurto del abuelo del occiso, los familiares, o al menos Paola Andrea Pedroza Mosquera, ya reconocían al procesado Erick Berrio Espitia, por exhibición de una fotografía que se realizó en el seno de la familia, y porque desde entonces lo veía en el barrio, siendo esta la razón que le permitió identificarlo plenamente el día de los hechos.

Siendo así las cosas, se trata de una testigo que ya conocía a Erick Berrio, por circunstancias que son completamente ajenas a este proceso, pues que incluso se dieron con anterioridad a los hechos, de tal manera que no era necesaria la realización de un reconocimiento fotográfico, aunque cabe reiterar que con esta testigo nunca se abordó este tema, por ende, se desconoce si se practicó este método de identificación con ella.

Ahora bien, la exhibición de la foto a la testigo por parte de sus familiares, con anterioridad a los hechos, para nada afecta el reconocimiento que esta realizó en audiencia, ni mucho menos, permite que se dude de sus afirmaciones, pues únicamente constituye el motivo por el que la testigo, sin ser amiga o sin haber sido presentada nunca al señor Erick Berrio, pudo conocer sus características físicas, en medio de la socialización que en su familia tuvieron del responsable del incidente del hurto, y la normal necesidad de conocer al responsable de este tipo de eventos, lo que tiempo después le permitió conocer en el acto quien fue el gatillero que acabó con la vida de su hermano.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que aun aceptándose la existencia de una irregularidad en el procedimiento de exhibición de fotografías del procesado Erick Berrio esta no tiene ninguna trascendencia en la medida en que la testigo Paola Andrea Pedroza Mosquera era conocedora de su nombre y características físicas, desde antes de los hechos, y no requería de un álbum fotográfico para señalarlo, como erróneamente lo consideró el a quo.

Por lo anterior, le asiste razón al apelante al reclamar la irrelevancia de un reconocimiento fotográfico, con personas que se conocen por ser del mismo barrio, que incluso eran amigos o conocidos de algunos miembros de la familia, como lo explicó Paola Pedroza en relación de Erick Berrio quien refirió ser conocido por su hermano Jhoan, y como viene ampliamente establecido en relación al procesado Carlos Mario Garavito Cañate, quien en una época vivió en la casa del hoy occiso.

Llegados a este punto, ha de concluir la Sala que la testigo Paola Andrea Pedroza Mosquera hizo un claro señalamiento a ambos procesados y explicó con suficiencia las razones por las cuales los conocía con anterioridad al día de los hechos, incriminación que no pudo ser impugnada por la defensa, por lo que constituye una evidencia de corroboración del dicho de la testigo Yuranis Paola Mosquera Sierra.

Por último, se tiene el testimonio ofrecido por la madre de la víctima, señora **Darling Concepción Mosquera**, respecto del cual el juez de primera instancia consideró lo siguiente:

“En ese sentido estima este juzgador que de los testimonios que se practicaron en el juicio oral, la única versión que superaría el contagio de la información fotográfica es la aseverada por la madre del occiso la señora DARLING CONCEPCIÓN MOSQUERA MEJIA, quien en su relato informó al despacho que conocía a los acusados de manera amplia, incluso señalando que uno de ellos, ERICK BERRIO ya no vivía en el barrio; entre tanto tal como aseveró la defensa, al cuestionar la utilización de fotos para identificar a los acusados, si según las testigos ellas los conocían directamente, nos permite inferir que la situación no se ha esclarecido y dificulta observar la espontánea y genuina versión de los declarantes.”

De lo anterior se tiene que el juzgador de primera instancia reconoció que respecto a la testigo Darling Concepción Mosquera no se advertía la dificultad del reconocimiento fotográfico que sí había considerado en los anteriores testimonios, sin embargo, igualmente el a quo descalificó los señalamientos que está realizó contra los procesados, nuevamente, refiriéndose a una supuesta confusión por la utilización de fotografías para identificar a los entonces indiciados.

De ahí que, en aras para establecer el alcance demostrativo del testimonio de la señora Darling Concepción Mosquera, la Sala pasará a verificar algunos aspectos relevantes de su declaración. En primer lugar, al ser cuestionada inicialmente sobre la fecha y hora de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar al deceso de su hijo, la testigo indicó que *“Eso fue el 18 de marzo de 2018, aproximadamente 2-3 de la tarde”*²⁰. Posterior a ello, respecto a lo sucedido el día de la muerte de su hijo, la misma señaló que:

“Bueno yo estaba en la casa, una discusión por un teléfono que supuestamente los muchachos le habían quitado al hijo mío, se fueron a discusión, no sé qué fue, él salió con el hermano a comprar unos cigarros a la máquina y se fueron y yo estaba con mi sobrina y mis hijas y mis otras sobrinas, al ver la discusión yo bajé, al ver la discusión yo fui caminando a la orilla y me fui y él estaba en la esquina, el hermano se vino a orinar a un poste y cuando ya viene el hijo mío para acá ellos ya vienen en la moto y el hijo mío estaba en la orilla y en esos momentos el muchacho le dio un tiro aquí, en el pecho y mi hijo dijo ay compa me dieron, a un amigo que me sirve también de testigo pero no pudo venir, y me fui con el pa’ la clínica, cuando yo voy a la clínica ellos van delante de la moto donde yo voy detrás con mi hijo llorando botando sangre nos hemos caído en el Comfamiliar me caí con el que se me desplomó botando mucha sangre, ya venía otro amigo con el hermano a perseguirlos pero ellos se desviaron y desde ahí ya me fui pa’ la clínica y cuando fui ya encontré a mi hijo muerto”.

Seguido a ello, el Fiscal del caso, le preguntó a la señora Darling Concepción si logró identificar a las personas que iban en la moto y que dispararon en contra de su hijo, a lo cual respondió de forma positiva, y posteriormente, al preguntársele por los

²⁰ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 02:23: 47

nombres de esas personas ella dijo *“Erick Berrio y Carlos Mario Garavito”*²¹. Acto seguido, el Fiscal le preguntó si aquellos se encontraban presentes en la audiencia, ante lo cual nuevamente la respuesta de la madre del occiso fue positiva, y luego, al pedirle que los señalara, esta manifestó que:

*“Él es Erick Berrio lo conozco también porque atracó a mi papá días antes y Carlos Mario que vivió conmigo también él estaba en la moto, él estaba en la moto entre los 2 pero el que le disparó fue Erick”*²²

Frente al interrogante de la Fiscalía, referente a la forma en que reconoció a las personas que habían disparado contra su hijo, la señora Darling Concepción acotó que *“No, ellos no llevaban casco, él llevaba como un suéter azul y él no lo saqué porque él iba manejando, pero sí sé que son ellos que me mataron a mi hijo y Carlos Mario vivió en mi casa con mi hija dormía, me decía mamá”*²³

Aunado a lo anterior, esta señaló que conocía al señor Carlos Mario Garavito Cañate desde hacía aproximadamente 12-13 años, y con relación al señor Erick Berrio, expresó que lo conoció desde muy pequeño por medio de su papá. Agregó que luego ya no supo de él hasta que se mudó nuevamente a San José de los Campanos, y sucedió el hecho en el cual hurtó una cadena al abuelo de la víctima.²⁴

Así las cosas, podemos advertir que la señora Darling Concepción explicó las razones por las que conocía a ambos procesados, y admitió no haber visto al que desempeñaba el rol de conductor de la moto, pero sí al disparador, a quién identificó como Erick Berrio:

Fiscalía: ¿Señale quien es cada quién?

Testigo: *Él es Erick Berrio, lo conozco también porque atracó a mi papa días antes y Carlos Mario que vivió conmigo también él estaba en la moto, él estaba en la moto entre los 2 pero el que le disparó fue Erick*

Fiscalía: ¿A que distancia se encontraba usted cuando sucedió eso?

Testigo: *Uuuuuf como a 5-6 metros, por ahí*

Fiscalía: ¿Cómo eran las condiciones de visibilidad del lugar?

Testigo: *Eso era unas máquinas, él estaba comprando unos cigarrillos en la carretera en toda la avenida, unas máquinas, ya él venía, ellos me vieron, yo los vi a ellos, ellos venían en la moto y él ni se bajó él le disparó a mi hijo y mi hijo hizo así (se desconoce qué gesto*

²¹ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 02:26: 07

²² Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 02:26: 16

²³ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 02:27: 47

²⁴ Audiencia de Juicio Oral del 26 de septiembre de 2020, record: 02:28: 12

hizo la testigo) y yo crucé enseguida la carretera y fue cuando los vi que se fueron en la moto y el otro compañero que los vio, erda, pero por qué Carlos Mario, erda, el “Pichui” y nos fuimos y vamos y ellos iban delante de mí y yo iba atrás con mi hijo llorando botando sangre y sí eran ellos porque son ellos

Fiscalía: ¿Como los reconoce usted a ellos, llevaban cascos o no llevaban casco en la moto?

Testigo: *No, ellos no llevaban casco, él llevaba como un suéter azul y él no lo saqué porque él iba manejando pero sí sé que son ellos que me mataron a mi hijo y Carlos Mario vivió en mi casa con mi hija dormía, me decía mama.”*

El panorama procesal atrás descrito le permita a la Sala sostener que los testimonios de cargo atrás relacionados están revestidos de la entidad suatoria suficiente para establecer la responsabilidad de los coacusados en los hechos materia de juzgamiento, toda vez que estos se muestran coincidentes en aspectos medulares que permiten establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en los cuales ocurrieron los hechos.

Nótese que las mencionadas testigos señalaron inequívocamente el día y la hora en que sucedieron los acontecimientos, distinguieron a los procesados como las personas que atentaron contra la vida de Johan Rafael Martínez Mosquera, y además, en forma coherente dieron cuenta de las condiciones en que se desarrollaron los hechos. Así mismo dieron cuenta de las acciones que ejecutó cada uno de los acusados al momento de la comisión de la conducta punible, enfatizando que el señor Erick Andrés Berrio Espitia fue quien realizó los disparos, y que el señor Carlos Mario Garavito Cañate fue el encargado de conducir la motocicleta.

Sumado a ello, las mencionadas testigos fueron certeras a la hora de señalar a los dos procesados en medio de la audiencia de juicio oral, distinguiéndolos por su nombre exacto y la forma en que iban vestidos en esa diligencia. Luego entonces, más que generar incertidumbre sus afirmaciones nos permiten llegar a la verdad objetiva de lo acaecido.

Ahora, contrario a lo sostenido por el a quo en su providencia, considera la Sala que las tres circunstancias destacadas como hechos que permiten dudar de credibilidad de los testimonios de cargo, no tienen la entidad suficiente para restarle su de credibilidad.

En tratándose de la primera, esto es, la supuesta sugestión generada en las testigos con la exhibición de la foto de uno de los procesados, esta Corporación encuentra que si bien en algún momento existió ese señalamiento del señor Erick Andrés Berrio Espitia a través de una fotografía, pues así lo afirmaron aquellas, no se advierte en tal irritualidad una pifia que permita dar por desechadas sus afirmaciones pues dos de estas ya conocían al mentado procesado con anterioridad.

Ahora, no debe pasarse por alto que la madre del difunto, señora Darling Concepción Mosquera, también señaló en la audiencia de juicio oral al señor Erick Andrés Espitia Berrio como la persona que disparó el arma de fuego en contra de la humanidad de su hijo Johan Rafael Martínez Mosquera, y en ningún aparte de su testimonio esta hizo alusión a que ese señalamiento derivara de la sugestión que le hicieran terceras personas. Al contrario, enfatizó que ello derivó del conocimiento previo que tenía del procesado, el cual provenía del hurto del que fue víctima su padre, y del asentamiento que este sujeto tenía en el barrio San José de los Campanos, lugar de los acontecimientos, en donde también vivía el occiso con su familia.

En tal orden de ideas, se tiene que el análisis conjunto de las pruebas practicadas, permite establecer, más allá de todo duda, que las declarantes, al ser testigos presenciales del hecho, estaban en condiciones de identificar y reconocer al señor Erick Andrés Espitia Berrio, y para determinar que este actuó en la conducta delictiva investigada, disparando en contra de la humanidad de Johan Rafael Martínez Mosquera.

Las anteriores consideraciones son extensibles al procesado Carlos Mario Garavito Cañate, sujeto que ha sido descrito por las tres testigos como una persona ampliamente conocida, debido a que este era un vecino del barrio San José de los Campanos, que en determinado momento gozó de confianza dentro del núcleo familiar del occiso, al punto de alcanzar a pernoctar en el inmueble en el que este residía. De ahí que no debe llamar a perplejidades, cómo en la sentencia confutada, a pesar de la existencia de esos contundentes elementos de convicción, se puso en duda la indicación y reconocimiento que le hicieron las declarantes Paola Andrea Pedroza Mosquera y Yuranis Paola Mosquera Sierra a este procesado como la persona que conducía la motocicleta utilizada para cometer el injusto.

Ahora, en lo atinente a las inconsistencias en que incurrieron las testigos a la hora de establecer la fecha en que ocurrió ese hecho de hurto anterior al homicidio, el cual tuvo como víctima al abuelo del occiso, esta Corporación logra advertir que efectivamente hubo discrepancias sobre ese tópico. No obstante ello solo queda al descubierto en el testimonio de Darling Concepción Mosquera, quien refirió no tener claridad sobre la época de ese evento porque no se encontraba bien de salud, pues dijo que estaba hospitalizada y que tenía tratamiento con un psicólogo. Sin embargo estos aspectos no fueron considerados por el juez en sus “preguntas aclaratorias”, quien insistió en que le suministrara una fecha, siendo allí cuando la testigo refirió, ya muy nerviosa, que el evento había ocurrido meses antes de la muerte de su hijo, y luego dijo que 2 o 3 años antes, pero sin ofrecer certeza de ello.

No obstante, dichas inconsistencias no se encuentran revestidas de una entidad tal que permita dudar de la credibilidad de los testimonios en sus aspectos esenciales, pues resultan triviales e inocuas a la hora de realizar su valoración, por lo que a pesar de su verificación, el a quo no debió descartar o rechazar la credibilidad de tres testigos presenciales que suministraron tanto detalle sobre la cadena de eventos que dotan de verosimilitud su relato y de que en efecto estuvieron presentes, a la par que no demostraron ninguna razón para incriminar falsamente a los procesados por estos hechos.

Sobre esa temática se ha pronunciado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando ha señalado:

“la cantidad de tiempo que transcurre entre el episodio y el testimonio (...) [y] el tipo de interferencia que el testigo soporta entre el momento en que asiste al episodio y el momento en que es llamado a declarar (...)»²⁵, inciden en la exactitud de la memoria, dado que todos los procesos de evocación no son iguales en todos los seres humanos.

Es de este modo que las ciencias sociales, en esencia, la psicológica ha tenido a bien constatar que entre las causas más corrientes de inexactitud del testimonio está «[l]a confusión temporal, conocida también como transposición cronológica, que se produce con frecuencia y se trata de que el declarante recuerda hechos ocurridos después, como que se produjeron antes, o viceversa»²⁶. Al respecto, se ha señalado que:

Hay que tener en cuenta que la localización de la vivencia en el tiempo, es uno de los procesos psicológicos más inestables e influenciados; por eso los interrogatorios en los que muchas veces insisten los jueces sobre fecha y hora, resultan imposibles de satisfacer

²⁵ MAZZONI, Giuliana. ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria. Editorial Trotta. Madrid. 2010. p. 22.

²⁶ LOCLES, Roberto José. Tratado de balística. Tomo 1. Ediciones la Roca. Buenos Aires. 2005. p. 39.

*y sólo sirven para aumentar la confusión que pudiera existir. Todo el mundo sabe que las horas que se pasan a gusto, resultan más cortas que las que transcurren sufriendo.*²⁷

En todo caso, en no pocas oportunidades, la Corte se ha ocupado de resaltar que, las inconsistencias, divergencias o contradicciones intrínsecas o extrínsecas del testimonio, o incluso la constatación de que un testigo faltó a la verdad en cierta parte de su narración no lo convierte en inaceptable o lo descalifica de plano, pues habrá de escudriñarse, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la validez o no del relato en su integridad, de cara al resto de medios suasorios, para lo cual debe ser analizado con mayor celo y precaución.

En verdad, esta Corporación ha resaltado que la credibilidad de un testigo no puede medirse, necesariamente, en función de la convergencia absoluta de su relato consigo mismo y con los demás, pues, la experiencia enseña que, es normal que las personas varíen las particularidades insustanciales de su narración y que coincidan en lo esencial cuando su relato es fidedigno. (CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 30305, CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 30.305)."

En ese orden de ideas, considera esta Colegiatura que esas imprecisiones sobre la fecha de ocurrencia de un hecho antecedente al investigado, no calificaban como razón suficiente para desestimar lo sostenido por los testigos en la audiencia de juicio oral. Al contrario ello debió ser objeto de un análisis mucho más profundo de cara a la integralidad de las atestaciones, en el cual, en el caso particular, juega un papel fundamental, las coincidencias de los testigos a la hora de ubicar a los procesados en el lugar de los hechos, de señalar el rol que cada uno cumplió al momento de cometer el delito, y sobre todo, la correspondencia en el señalamiento y reconocimiento realizado públicamente durante el desarrollo del juicio oral.

En este escenario, resulta inadmisibles para la Sala, la tesis expuesta por parte del Juzgador de primera instancia, en la cual condicionó la credibilidad de los testimonios recibidos, debido a discrepancias presentadas a lo largo de su desarrollo, puesto que al hacer su estudio desde un punto de vista general, esas divergencias resultan ínfimas e intrascendentes ante lo que verdaderamente debe ser tenido en cuenta como relevante en el presente caso.

Por último, esta Corporación debe pronunciarse en lo que toca con las críticas realizadas en la sentencia a los testimonios de cargo. El Juzgador de Primera instancia, consideró que las versiones ofrecidas en dichos testimonios se tornaban inverosímiles, debido a que las reglas de la experiencia indicaban que cuando el

²⁷ LOCLES. Op cit. p. 39.

victimario va a ejecutar este tipo de delitos, siempre trata de ocultar su rostro, y no lo lleva al descubierto como lo recalcaron las declarantes.

Para la Sala, esta regla de la experiencia construida en la sentencia carece fuerza vinculante que permita dudar del relato de las testigos, pues, a menudo podemos observar como los sujetos activos de esos comportamientos, al momento de realizar actuaciones como las investigadas en este caso, no muestran interés por ocultarse de sus víctimas, ni de los potenciales testigos²⁸. Ese es un actuar delincencial influenciado por distintos factores, como por ejemplo, la sensación de impunidad en la psiquis del delincuente por los casos de falta de colaboración de los testigos, o el deseo de infundir miedo al interior de su comunidad, por lo que a juicio de esta Corporación, lo descrito por las declarantes no debe ser desechado, debido a que se acompasa con nuestra realidad social.

Además, no debe perderse de vista igualmente que en el caso de la ciudad de Cartagena es un hecho notorio que muchos de los conductores de moto adquieren un casco como un adminiculo apenas necesario para evitar ser multados por agentes del tránsito, sin preocuparse siquiera por si el casco cumple con las especificaciones técnicas para protegerlos adecuadamente en caso de accidente, en ese sentido vale la pena traer a colación nota periodística del año 2019, en la cual se precisó que, de conformidad con la autoridad de tránsito “En 2018 multamos a 1.032 conductores por no llevar este implemento y en 2019 ya van 79²⁹.

En esas condiciones, no encuentra la Sala que se haya hecho una correcta construcción de una regla de experiencia por parte del juez de primer grado, esto es, que la misma consulte premisas o juicios hipotéticos que se puedan predicar en forma generalizada de una colectividad, ya que el uso del casco por parte de motorizados en el desarrollo de una actividad delictiva en la ciudad de Cartagena, es cuando mucho algo reiterativo, pero no alcanza ser una regla.

²⁸ <https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/el-video-que-muestra-a-los-sicarios-buscados-por-crimen-en-la-116-339690> <https://noticias.canaltro.com/en-video-quedo-registrado-un-nuevo-ataque-sicarial-que-dejo-un-joven-muerto-en-cucuta/>

²⁹ <https://www.eluniversal.com.co/cartagena/nueva-reglamentacion-para-cascos-de-motos-HC848810>

Así las cosas, considera la Sala que no existe elemento que permita dudar de la credibilidad de los testimonios de las señoras Yuranis Paola Mosquera Sierra, Paola Andrea Pedroza Mosquera y Darling Concepción Mosquera, por consiguiente, es dable establecer por su conducto la responsabilidad de los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia, en el homicidio del señor Jhoan Rafael Martínez Mosquera.

3.2.1 De las circunstancias de agravación.

En el caso que concita la atención de la Sala se advierte que en el escrito de acusación, al cual se dio lectura sin hacerle modificaciones en la audiencia de acusación celebrada el día 21 de diciembre de 2019, la Fiscalía expresó que las conductas atribuidas a los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia se tipificaban en los 103 y 104 numerales 7 y 4 –*homicidio agravado*-, y en el artículo 365 numerales 1 y 5 - *tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado*-, con fundamento en lo siguiente:

“Los hechos jurídicamente relevantes tuvieron ocurrencia el día 18 de mayo del año 2018 en el barrio san José de los campanos sector villa juliana en la vía publica alrededor de las 3 de la tarde, donde se encontraba el joven quien en vida respondía al nombre Jhoan Rafael Martínez Mosquera en compañía de su hermano Josep Daniel Gómez Mosquera y estando en plena vía pública se acerca en una motocicleta Carlos Mario Garavito Cañate alias Garavito, el cual iba conduciendo dicho rodante, y como parrillero iba Erick Andrés Berrio Espitia alias el pichui, el cual sin mediar palabra con el hoy occiso sacó un arma de fuego, le apuntó al pecho y abrió fuego, impactándolo en su humanidad, y posterior a ello ambos sujetos emprendieron la huida.

A la distancia se encontraba la señora Darling concepción Mosquera Mejía, madre del hoy occiso en compañía de su hija Paula Andrea Pedroza Mosquera y una sobrina llamada Yurani Paola Mosquera Sierra, las cuales alcanzaron a ver todo lo que sucedió.

Por otra parte, se logra establecer que alias pichui con anterioridad a la ocurrencia de los hechos había hurtado al abuelo del hoy occiso una cadena de oro, a lo que el hoy occiso y sus hermanos al enterarse del hecho, fueron a la vivienda del hoy acusado y le retuvieron una motocicleta que usaba para trabajar como mototaxi, manifestándole que no le devolverían la moto hasta tanto no devolvieran la cadena que le habían hurtado al abuelo. Alias pichui devolvió la cadena en cuestión y le fue devuelta la motocicleta. Se cree que este pudo haber sido el móvil de este homicidio.

Ahora bien, la víctima fue llevada a la clínica madre Bernarda por sus familiares, donde fallece.

(...)

En virtud del principio de legalidad procede esta fiscalía a formular acusación por las mismas conductas que les vienen siendo imputadas, es decir, homicidio agravado por motivo abyecto, venganza, por aprovecharse de las condiciones de indefensión

e inferioridad de la víctima, en concurso con porte de arma de fuego agravado por obrar en coparticipación criminal y por la utilización de un medio motorizado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 365....”

Teniendo en cuenta las circunstancias de agravación endilgadas por la Fiscalía para el delito de homicidio, debemos entrar a verificar si en este caso se dan los presupuestos para declarar que el homicidio del señor Jhoan Rafael Martínez Mosquera tuvo origen en un motivo abyecto, por un lado, y si los procesados se aprovecharon de la situación de indefensión o inferioridad de la víctima, por otro lado.

De cara a la causal de agravación solicitada “por otro motivo abyecto”, la cual se encuentra consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del Código Penal, es oportuno indicar que mucho se ha discutido sobre lo que se debe entender por motivo abyecto o fútil, en especial porque los términos son diferentes. Sobre el tema ha dicho la doctrina:

“Lo que haya de considerarse como motivo “abyecto o fútil” es algo que no puede definir la ley, sino que es un juicio de valor que el juez debe actualizar, interpretando objetivamente los valores sociales del medio social, para aplicarlos al caso concreto. Aquí el juez cumple una función “complementadora del tipo”, pues es él quien, como persona que tiene sus propios valores morales, interpretando los juicios objetivos del grupo social, pesa el valor del acto homicida, frente a los juicios morales de la sociedad. El concepto de lo “abyecto o fútil” encuentra muchas veces un juicio valorativo generalizado que no se presta a dificultades como es el caso de matar por precio o promesa remuneratoria, o por sed de sangre, o por venganza transversal; pero no ocurre lo mismo frente a otros procesos motivacionales que solo deducen su justo valor del contexto de circunstancias extrañas al mismo móvil; así, el mismo móvil de la venganza no siempre es abyecto, y todo depende de la índole del motivo que haya tenido el homicida para obrar; es pues un marco circunstancial de tiempo, modo y ocasión, y causas más profundas, lo que serviría al juez para establecer el significado del móvil. Fuera de ello debe atenderse a particulares situaciones regionales, ambientales o temporales que pueden hacer cobrar a un hecho una particular significación³⁰”.

De otro lado, se debe traer a colación lo que se ha entendido como motivo abyecto o fútil en nuestra jurisprudencia. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de agosto de 2017, radicado 22.672, así se ha pronunciado:

“De conformidad con el artículo 104, numeral 4° del Código Penal de 2000, el homicidio se agrava cuando se cometiere por motivo abyecto o fútil; por lo primero se entiende como “aquello despreciable, vil en extremo; y fútil aquello que carece de aprecio o importancia, es claro que el motivo aducido como desencadenante de la acción homicida se identifica plenamente con este último adjetivo, pues obrar por motivos fútiles no puede ser otra cosa

³⁰GOMEZ LOPEZ ALFONSO. El homicidio, Editorial Temis, T.I, 1993, pag. 393.

que realizar el hecho delictivo por una causa tan insignificante, tan nimia, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho.”³¹

En este asunto, el Fiscal delegado ha fundado ese motivo abyecto en una vieja rencilla suscitada entre el procesado Erick Berrio Espitia y la víctima, la cual se produjo luego de que el primero hurtara una cadena al abuelo del occiso, y de que este a su vez, le retuviera una motocicleta, hasta tanto no devolviera las pertenencias apoderadas. La anterior versión fue corroborada por los testigos de cargo, quienes en forma coincidente han mencionado que ese fue el móvil del asesinato de su familiar.

Para la Sala, este acontecimiento destacado como desencadenante del homicidio del señor Jhoan Rafael Martínez Mosquera no cumple con los estándares para ser considerado como un motivo abyecto, pues en este no se advierte más allá del desvalor propio del delito de homicidio, una maldad o bajeza capaz de afectar o causar repugnancia extrema en nuestro conglomerado social, como lo podría ser, que el homicidio se hubiere cometido por odio racial, político, o por satisfacer deseos sexuales, obtener una ventaja laboral o en una sucesión etc.

En este caso, estamos frente a un hecho de constante ocurrencia en nuestra sociedad, en donde casi siempre refulge como detonante la falta de tolerancia entre los individuos y su deliberación de tomar justicia a propia mano. En ese contexto, la motivación para perpetrar el homicidio del señor Jhoan Rafael Martínez Mosquera no se encuentra revestida de esos ingredientes especiales con capacidad de generar un impacto de grandes magnitudes en nuestro conglomerado social, de manera que, esa circunstancia agravante será suprimida en esta sede.

Por otra parte, en cuanto al aprovechamiento de las condiciones de indefensión o inferioridad de la víctima, debe precisar la Sala que esa circunstancia de agravación no fue detallada fácticamente en la audiencia de acusación, toda vez que en aquella diligencia el Fiscal delegado solo hizo alusión a que el homicidio era agravado “...por aprovecharse de las condiciones de indefensión e inferioridad de la víctima”, sin identificar las conductas concretas desplegadas por los procesados a fin de aprovecharse de una condición específica de indefensión o inferioridad de la víctima.

³¹Sentencia de Casación Penal de 26 de enero de 2006. Proceso N° 22106

Aunado a lo anterior, el análisis de los hechos jurídicamente relevantes tampoco permite colegir que efectivamente el procesado se encontrara en alguna de las condiciones descritas en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, de manera tal que no pudiera, en aquel instante, repeler el ataque del que fue víctima, motivo por el cual también será suprimida esta causal de agravación, y se proferirá condena por el delito de homicidio simple.

4. Del delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Sea lo primero señalar que, si bien el representante de Fiscalía no hizo referencia en su apelación a la absolución por parte del juez de primer nivel por el delito fabricación, porte o tenencia de arma de fuego, partes o municiones a los procesados, el recurrente planteó una discusión de autoría de un homicidio que se habría ejecutado con un arma de fuego, por lo tanto, la conducta de porte ilegal de armas tiene respecto al punible de homicidio una relación de medio a fin, que lo vincula inescindiblemente al objeto de la apelación.

En ese orden, la Sala estima necesario verificar si en efecto, como lo plasmó el a quo en su providencia, se debe absolver a los procesados por el delito fabricación, porte o tenencia de arma de fuego, partes o municiones agravado, o si, por el contrario, se dan los presupuestos para que en contra de estos se profiera una sentencia condenatoria por ese reato.

En primera medida, es importante destacar algunos aspectos relevantes de los elementos de este delito, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“El inciso 1º del artículo 365 del Código Penal (modificado por el artículo 38 de la Ley 1142 de 2007) prescribe lo siguiente:

“Artículo 365-. Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal y municiones incurrirá en prisión de cuatro a ocho años”.

Desde el punto de vista objetivo, este tipo penal se compone de los siguientes elementos:

(i) Una pluralidad de acciones: importar, traficar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, vender, suministrar, reparar o portar.

(ii) Un objeto material, consistente en por lo menos un arma de fuego de defensa personal o en municiones de la misma índole.

Y (iii) un ingrediente, “sin permiso de autoridad competente”, que es normativo en la medida en que contempla una valoración de índole jurídica (autorización legal), pero que es más descriptivo en tanto alude a una situación o circunstancia predominantemente fáctica (no tener el salvoconducto).

En lo que a este último elemento se refiere, salta a la vista que para su corroboración es menester partir de unos datos o hechos de naturaleza objetiva, derivados de los medios probatorios recaudados durante la actuación. (Lo mismo puede predicarse con cualquier otro elemento del tipo, incluso de los subjetivos o eminentemente normativos.)”

Iniciando con el análisis del asunto, la Sala pudo observar que en la formulación de acusación a los procesados les fue atribuido el delito de fabricación, porte o tenencia de arma de fuego, partes o municiones en la modalidad de portar, hecho que viene probado con los testimonios de las señoras **Yuranis Paola Mosquera Sierra, Paola Andrea Pedroza Mosquera y Darling Concepción Mosquera**, quienes en forma concordante manifestaron en el juicio, que los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia, ultimaron a su familiar utilizando un arma de fuego.

En lo atinente al elemento material del delito, es decir, al arma utilizada, cabe indicar que si bien en este caso no se hizo la incautación de ese artefacto, la prueba practicada permite dar por sentada su existencia y su capacidad letal.

Para ser precisos sobre el particular, esta Corporación considera pertinente acudir nuevamente testimonio de la doctora **Oriana Del Pilar Luja Ruz**, profesional de la salud que en sus declaraciones emitió un concepto profesional sobre la causa de la muerte del señor Jhoan Rafael Martínez Mosquera, puntualizando que el occiso recibió una herida por proyectil de arma de fuego, afirmación que pone en evidencia la capacidad que tenía el arma utilizada por los procesados para afectar el bien jurídico tutelado de la seguridad pública.

En lo referente a la acreditación del ingrediente normativo del tipo “sin permiso de autoridad competente”, se cuenta con el testimonio del señor **José De Los Santos Sierra Olivos**, testigo que en sus declaraciones manifestó que fue el encargado de

realizar labores investigativas sobre los procesados, y a través de este se introdujo ese elemento esencial en la tipicidad del delito de porte ilegal de armas de fuego, como lo es, el certificado donde consta que los acusados no tienen permiso para portar armas de fuego o municiones.

Frente a este panorama, podemos advertir que la conducta desplegada por los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia, contiene todos los elementos constitutivos del delito de fabricación, porte o tenencia de arma de fuego, partes o municiones. De la misma manera, a partir de la prueba practicada se puede afirmar que los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia, en forma dolosa han, lesionado el bien jurídico tutelado de la seguridad pública, al punto que, terminaron por cegar la vida de una persona, de manera que también se proferirá sentencia condenatoria por este reato.

4.1 De las circunstancias de agravación.

Una vez definida la tipicidad de la conducta, debemos pasar a estudiar si como lo anunció el fiscal en la acusación, esta se ha ejecutado con la presencia de las circunstancias de agravación “Utilización de medios motorizados” y “obrar en coparticipación criminal”.

En lo que referente a la utilización de medios motorizados, cabe advertir que esta circunstancia de agravación no opera de forma automática, pues quien la alega, debe fundamentar o sustentar en qué medida la utilización de ese medio motorizado influyó para que en el caso se acrecentara el riesgo para la seguridad pública.

Al respecto, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, de la siguiente manera:

“Efectivamente, dado el efecto preventivo y protector de esa clase de ilícitos, para predicar el uso de un medio motorizado es necesario denotar su necesaria relación con el porte del arma o las municiones, es decir, que el vehículo haya servido para el transporte u ocultamiento de las mismas, impidiendo con ello a la colectividad percatarse de tal amenaza o dificultando la acción de las autoridades.

Por ello, para la afectación del bien jurídico, al estar el delito imbricado en el Derecho Penal de Acto, no tiene mucha valía el hecho objetivo de mediar un vehículo en la ejecución del ilícito, porque es menester demostrar que el mismo fue utilizado con conocimiento y voluntad para facilitar alguno de los verbos rectores de los aludidos delitos, sea para la fabricación, el tráfico, el transporte, el comercio, el porte, etc., de las armas o las municiones.

En este caso a los procesados desde la audiencia de formulación de imputación para el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas les fue predicada la causal de agravación por razón de la utilización de un medio motorizado, sin embargo, no se sustentó cómo ello significó una mayor afectación de la seguridad pública.

(...)

En suma, si bien fácticamente en un vehículo huyeron los inculcados, la Fiscalía no se ocupó de acreditar probatoriamente o justificar la tipificación de esa circunstancia agravante, lo cual llevó al juzgador de primer grado a aplicarla con una constatación netamente objetiva, incrementado indebidamente la sanción para el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas.”³²

En este caso, en la audiencia de formulación de acusación no se hizo una correcta sustentación de esta causal de agravación, toda vez que la Fiscalía la imputó de forma genérica, sin precisar la influencia que tuvo la utilización de la motocicleta para facilitar o acrecentar los efectos adversos a la seguridad pública del porte del arma utilizada para ultimar al señor Jhoan Rafael Martínez Mosquera. En estas condiciones resulta improcedente aplicar el numeral 1° del artículo 365 del Código Penal.

Ahora, diferentes consideraciones caben en relación con la circunstancia específica de agravación de la coparticipación criminal, como quiera que en el evento que se estudia estuvo comprobada la intervención de un sujeto activo plural. Si nos fijamos en la imputación fáctica realizada a los procesados, podemos concluir que previo a la comisión del hecho hubo un acuerdo de voluntades entre estos con miras a utilizar un arma de fuego para atentar contra la humanidad de Jhoan Rafael Martínez Mosquera, de manera que, al existir esa coautoría, se configura esta causal de agravación punitiva.

En tal orden de ideas, se proferirá sentencia condenatoria por el delito de fabricación, porte o tenencia de arma de fuego, partes o municiones agravado.

5. Conclusión.

En consecuencia, se revocará en todas sus partes la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena, para en su lugar condenar a los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia de la responsabilidad

³²CSJ SP5277-2018, Rad. 52405

penal que le fue endilgada como coautores del delito de Homicidio en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado.

6. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

Para determinar la pena a imponer a los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia, la Sala tomará en cuenta los derroteros que expresamente le marcan los artículos 31, 54 y siguientes del Código Penal sobre los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad, como fundamentos para la individualización de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, sabemos que se procede por el delito de homicidio, artículo 103 del Código Penal, que tiene pena de prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta meses (450) meses. Estas proporciones constituyen los extremos punitivos mínimo y máximo aplicables dentro de los cuales habrá de ubicarse la pena imponible por el delito antes mencionado.

Tal y como lo ordena el artículo 61 del C.P., para efectos de individualizar la Pena consistente en prisión, se restará el mínimo al máximo de la pena (208 a 450 meses), lo que da como resultado un ámbito de punibilidad de 242 meses de prisión, que deben ser divididos en cuartos, nos da un ámbito de movilidad de 60.5 meses de prisión. Quedando los cuartos punitivos así:

CUARTO MÍNIMO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
208 meses a 268,5 meses de prisión	268,5 a 329 meses de prisión	329 a 389,5 meses de prisión	389,5 a 450 meses de prisión

Al observar solo circunstancias de menor punibilidad como es la carencia de antecedentes pénales, ya que los mismos no se registran dentro del expediente (Art. 55, numeral 1º C.P.), podremos movernos dentro del cuarto mínimo, esto es, de 208 a 268.5 meses de prisión.

De acuerdo con el inciso 2º del precitado artículo 61, el sentenciador deberá moverse dentro del cuarto mínimo “*cuando... concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva*”, como en este caso, lo cual implica que la pena privativa de la libertad no podrá ser inferior a 208 meses ni superior a 268,5 meses.

Para efectos de la imposición de la sanción, se tendrá en cuenta que la conducta de homicidio no revistió más gravedad que la prevista por el legislador al establecer como típica la conducta, lo que impone calificar este aspecto como normal o medio. En el mismo sentido, cabe recordar que la pérdida de una vida en hechos violentos siempre será un evento lamentable, y que el daño causado con el homicidio en este caso es promedio, pues se tradujo en la muerte de un hombre joven, el cual solo nos fue presentado en el juicio como un hermano y un hijo, sin que se nos ilustrara más en relación a la víctima.

En cuanto a la naturaleza de la causal atenuante que se verificó en este caso, la cual es la falta de antecedentes judiciales, debe decirse que es un aspecto bastante habitual de hallar, ya que la mayoría de los ciudadanos no se ha visto involucrado en un proceso penal, y dado que el antecedente tiene una fecha de vigencia de apenas 5 años, de suerte que este atenuante no contribuye a minimizar la pena definitiva a imponer.

En cuanto a la intensidad del dolo, considera la Sala que la comunión entre dos personas para materializar una conducta como la de homicidio mediante previo acuerdo siempre es un indicativo de que los sujetos han obrado con un gran nivel de dolo, pues no solo han debido concertarse y considerar juntos llevar a cabo una conducta tan grave como esta, sin que uno de los dos fuese capaz de persuadir al otro de no hacerlo, sino que además han debido llegar a un acuerdo sobre cómo ejecutarlo, mediante cierta distribución de roles, como lo fue en este caso la existencia de un conductor y un gatillero.

Todas estas circunstancias, imponen concluir que en este caso se hace necesario imponer una pena que tendrá como funciones primordiales la de retribución justa, la prevención especial a la sociedad de comportamientos tan graves como los ejecutados por los procesados, y la reinserción social que se espera se logre durante la ejecución de la pena mediante el tratamiento carcelario, pena que no puede ser la mínima imponible, sino un poco mayor a la mitad del cuarto correspondiente, esto es, 240 meses de prisión, o lo que es lo mismo, 20 años.

En lo que atañe al delito de fabricación, porte o tenencia de arma de fuego, partes o municiones agravado, se aplicará la pena establecida en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, la cual es fijada en doscientos dieciséis (216) a doscientos ochenta y ocho (288) meses de prisión. Estas proporciones constituyen los extremos punitivos mínimo y máximo aplicables dentro de los cuales habrá de ubicarse la pena imponible por el delito antes mencionado.

Tal y como lo ordena el artículo 61 del C.P., para efectos de individualizar la Pena consistente en prisión, se restará el mínimo al máximo de la pena (216 a 288 meses), lo que da como resultado un ámbito de punibilidad de 72 meses, que debe ser dividido en cuartos, nos da un ámbito de movilidad de 18 meses. Quedando los cuartos punitivos así:

CUARTO MÍNIMO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
216 meses a 234 meses	234 meses y a 252 meses	252 a 270 meses de prisión.	270 meses y a 288 meses

En el sub lite, como ya se dijo, solamente se verificó una circunstancia de menor punibilidad, como es la carencia de antecedentes penales, por lo que la pena imponible habrá de ubicarse dentro del primer cuarto de punibilidad, es decir, dentro de los siguientes extremos punitivos: 216 meses y 234 meses de prisión.

Para efectos de la imposición de la sanción que será impuesta, debe atenderse que el delito en cuestión fue de suma gravedad, al haberse ejecutado el porte ilegal de un arma de fuego en una zona del área urbana, donde según las testigos presenciales había un conglomerado de personas, y ello no importó a los procesados pues el instrumento mortal fue accionado en dos oportunidades. Al igual que se explicó previamente para la dosificación del homicidio, la naturaleza de la causal genérica de atenuación de la carencia de antecedentes no se traduce en un criterio que aminore la pena.

Por lo expuesto, se hace necesario imponer una pena que cumpla con los fines de retribución justa, reinserción social y prevención especial que, debido a la gravedad de la conducta ejecutada de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravada, no puede ser otra que la máxima

imponible dentro del cuarto punitivo correspondiente, equivalente a 234 meses de prisión.

De otra parte, es pertinente recordar que en el caso sub judice concurren una pluralidad de conductas punibles (homicidio en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones), por lo que se hace necesario dar cumplimiento al precepto contenido en el artículo 31 sustantivo, el cual indica que la pena a imponer en casos de concurrencia de conductas punibles no puede superar la suma aritmética de las penas imponibles, no puede sobrepasar el doble de la sanción en concreto de la conducta más grave, ni exceder el máximo de 60 años.

Para ello, habrá de imponerse la pena más grave según su naturaleza que, como se vio, en nuestro caso es la de homicidio cuya pena fue establecida en 240 meses, es decir, 20 años, la cual será aumentada hasta en otro tanto, sin que en todo caso fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las conductas punibles concurrentes dosificadas cada una de ellas.

En tal tarea, a la pena impuesta por el delito base se hará un incremento de cuarenta y ocho (48) meses por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, quedando un total de pena a imponer a los sentenciados de doscientos ochenta y ocho (288) meses, o lo que es lo mismo, veinticuatro (24) años de prisión.

7. PENA ACCESORIA

Conforme a los artículos 51 y 52 del código penal, se impone como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años.

8. SUBROGADOS PENALES

8.1 De la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.

Este subrogado penal se encuentra consagrado en el artículo 63 del código penal, modificado por que expresa lo siguiente:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
- 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*
- 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.*

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.”

En el presente asunto, esta Sala encuentra que no es viable su concesión, habida cuenta que no se satisface el requisito objetivo contemplado en el numeral 1 de dicha disposición normativa, pues, la pena impuesta a Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia supera los 4 años de prisión, quedando relevada la Sala de hacer cualquier otro tipo de análisis en relación con el resto de los requisitos.

8.2 De la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.

En cuanto al subrogado de la Prisión Domiciliaria, tenemos que en este caso no se satisface el requisito objetivo consagrado en el artículo 38 B del Código Penal, esto es, *“Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.”*, habida cuenta que la pena mínima para el delito de homicidio supera en demasía ese monto. Igual ocurre con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, dado que la pena mínima para este punible es de dieciocho (18) años de prisión, lo cual releva a esta Corporación para emitir un pronunciamiento en relación con el resto de las exigencias contempladas en esa disposición legal.

Por lo anterior, se librarán las órdenes de captura correspondientes con miras a que se dé cumplimiento a la pena establecida en esta providencia.

9. Cuestión final.

La Sala debe llamar la atención del Juez Segundo Penal del Circuito de Cartagena, toda vez que como presupuesto básico del debido proceso que impera en las actuaciones judiciales, especialmente en la audiencia de juicio oral, el juez debe incidir lo menos posible en la práctica de la prueba testimonial, pues la facultad de realizar preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso es excepcional.

Lo excepcional, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, es aquello que se aparta de lo ordinario, que ocurre rara vez, o que difiere de la regla común y general, y complementario, según el mismo glosario de términos, es lo que sirve para perfeccionar algo, complemento es la cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta.

En el sub judice, se observa que bajo el ropaje de “preguntas complementarias”, el director de la audiencia hizo interrogatorios, en particular a las testigos Yurannis Paola Mosquera Sierra y Darling Concepción Mosquera, que desbordaron la práctica del medio probatorio ofrecido por los contrincantes, y que de hecho superaron en exceso, la cantidad de interrogantes formulados por las partes, desproporción que, en sí misma, se muestra reprochable, pues la exposición del testigo debe darse, de manera principal, desde los cuestionamientos de los adversarios, por modo que lo complementario, que es lo único autorizado al juez, tiene que ser inferior.³³

Esa actitud del director del juicio, si bien no incidió en el resultado final, el cual se dio, como ya se vio, por la particular valoración efectuada por aquel al otorgarle una trascendencia inexistente a mininas inconsistencias en las declaraciones de los testigos, llama al rechazo enérgico de este Tribunal pues es el juez el que debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en una actitud atenta para captar lo expuesto por los testigos “y las singularidades a que se

³³CSJ, SP- 18 de abril de 2012. Rad. 38020.

refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004³⁴, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquéllas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo. Es decir, que si el juez observa deficiente el testimonio no le corresponde a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico”³⁵

Por lo anterior, se le advierte al Juez Segundo Penal del Circuito de Cartagena para que, en lo sucesivo, en su actuación como director del proceso en los juicios orales, no decline de su función decisoria, por ejemplo, mediante interrogatorios excesivos e irregulares a los testigos, y sólo abogue por la función de los contendores en la práctica probatoria, cuando se presenten objeciones, pues es a instancias de estos que se desarrolla el debate probatorio.

No obstante el anterior llamado de atención, la Sala, se reitera que las críticas sobre la actuación del funcionario judicial que acá se advierten, en nada trastocan la decisión adoptada en ésta instancia, por cuanto, aunque excesiva e irregular, la intervención del juez en la práctica probatoria, la misma no fue trascendental.

10. Recursos procedentes.

Como quiera que la Sala mediante esta sentencia de segunda instancia condenará a los procesados por primera vez, estos podrán presentar a su elección el recurso extraordinario de casación o la impugnación especial, conforme a los criterios trazados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia AP-1263 del 3 de abril de 2019, dados a conocer a la comunidad mediante Comunicado 05 del año cursante, en la que el Alto Tribunal precisó que en los casos de primera condena en segunda instancia deben observarse las siguientes reglas a efectos de garantizar el principio de doble conformidad:

³⁴“Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.”

³⁵CSJ SP, 16 oct. 2013, rad. 39257.

“(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.

(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.

(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso –en 600 de 2000 o 906 de 2004–, para el recurso de casación.

(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.

(viii) Si se inadmite la demanda y –tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004– el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría –según sea Ley 906 o Ley 600–, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación.

Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579).

(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad.”

Conforme a lo anterior, en la parte resolutive de esta decisión se advertirá que contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación, dentro de la oportunidad y en la forma indicada en el artículo 183 de la Ley 906/04, para cuyo efecto se mantendrá el asunto en la Secretaría de la Sala Penal. Sin embargo, los procesados y/o su defensor, alternativamente podrán interponer y sustentar el recurso de impugnación especial por tratarse de su primera condena, para lo cual contarán con los mismos términos establecidos para el recurso de casación.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cartagena, para en su lugar **CONDENAR** a Carlos Mario Garavito Cañate identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.143.358.758 de la ciudad de Cartagena de Indias y a Erick Andrés Berrio Espitia, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.143.359.701 de la ciudad de Cartagena de Indias, a la pena de doscientos ochenta y ocho (288) meses de prisión, o lo que es lo mismo, veinticuatro (24) años de prisión por la responsabilidad penal que les fue endilgada como coautores del delito de homicidio en concurso con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado. Lo anterior, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NO CONCEDER a los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia, la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. En consecuencia, la pena impuesta deberá ser cumplida en el establecimiento penitenciario que para tal efecto determine el INPEC.

Para tal efecto, líbrese orden de captura contra los señores Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia.

TERCERO: Hacer un fuerte llamado de atención al Juez Segundo Penal del Circuito de Cartagena para que, en lo sucesivo, en su actuación como director del proceso en los juicios orales, no decline de su función decisoria, por ejemplo, mediante interrogatorios excesivos e irregulares a los testigos, y sólo abogue por la función de los contendores en la práctica probatoria, cuando se presenten objeciones, pues es a instancias de estos que se desarrolla el debate probatorio.

CUARTO: Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación, dentro de la oportunidad y en la forma indicada en el artículo 183 de la Ley 906/04, para cuyo efecto se mantendrá el asunto en la Secretaría de la Sala Penal. **Sin embargo, los procesados y/o su defensor, alternativamente podrán interponer y sustentar el recurso de impugnación especial** por tratarse de su primera condena, para lo cual contarán con los mismos términos establecidos para el recurso de casación.

QUINTO: La presente sentencia se notificará por medios electrónicos conforme a los acuerdos vigentes, en atención a la actual pandemia. Una vez en firme este proveído remítase la carpeta al Juzgado de procedencia, para la continuación del trámite correspondiente. Comuníquese al Centro de Servicios del Sistema Penal Acusatorio, a efectos de que se lleven a cabo las anotaciones correspondientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO PONENTE


PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA


JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO³⁶

³⁶Apelación de Sentencia en proceso adelantado contra Carlos Mario Garavito Cañate y Erick Andrés Berrio Espitia por el delito de homicidio agravado y otro. Radicación: 13-001-60-01129-2018-00818-00. Radicación interna: Grupo 10, N° 002 de 2021.