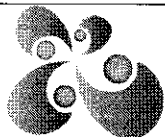


 JUSTICIA PENAL BUGA	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA TRIBUNAL SUPERIOR	 ERES
Código: GSP-FT-37	Versión: 1	Fecha de aprobación: 15/02/2012

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:
JOSÉ JAIME VALENCIA CASTRO**

Radicación: 76275-60-00-174-2011-00559-01 (AC-300-16)

Guadalajara de Buga (Valle), Agosto veintiséis (26) de dos mil dieciséis (2016).

Aprobado según Acta No. 294

OBJETIVO

Resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia No. 025 del 17 de junio de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira (Valle), en la cual condenó al señor JHON FREDY RUIZ MORALES como coautor de un concurso de *Homicidio agravado y tentativa de Homicidio agravado*.

ANTECEDENTES

1. El 26 de enero de 2013 la Fiscalía seccional 136 de Florida (Valle) presentó escrito de acusación en el cual narró que el 9 de mayo de 2011, aproximadamente las 5:30 de la mañana, dos sujetos que se desplazaban en una motocicleta se acercaron al sitio donde estaban los señores WILLIAM JAVIER QUIJONEZ LUGO y HERIBERTO CONGOLINO VELAZCO; que el sujeto que iba de parrillero, de nombre DIEGO FERNANDO

BAUTISTA NOGUERA, sacó una pistola y la accionó contra el señor HERIBERTO CONGOLINO VELAZCO, quien salió corriendo, pero por la gravedad de las heridas cayó al suelo, donde DIEGO FERNANDO BAUTISTA le propinó dos balazos más. El sujeto que manejaba la motocicleta, conocido con el alias de GATICO, de nombre JHON FREDY RUIZ MORALES, sacó una pistola y la accionó varias veces contra el señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO, propinándole un tiro en la pierna izquierda, otro en el brazo derecho, otro en la espalda, otro en el “pecho” costado izquierdo y otro en la “nalga derecha”. Como consecuencia de ese ataque falleció el señor HERIBERTO CONGOLINO VELAZCO, quedó herido el señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO.

2. El 26 de agosto de 2015, en la audiencia de formulación de acusación, la Fiscalía consideró al señor JHON FREDY RUIZ MORALES probable coautor de un concurso de *Homicidio agravado, tentativa de Homicidio agravado y Porte ilegal de arma de fuego de defensa personal*.

El persecutor penal no especificó circunstancias de agravación punitiva, tampoco indicó normas en las que pudieran estar descritas las que consideró concurrían al caso.

3. El 5 de noviembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia preparatoria.
4. El 18 de febrero de 2016 se da inicio al juicio oral, en cuyo desarrollo en materia probatoria ocurrió lo siguiente:

PRUEBAS DE LA FISCALÍA:

- a) La señora GLORIA AMPARO YAMPUEZAN BASTIDAS declaró que es investigadora del CTI; el 9 de mayo de 2011 realizó inspección técnica al cadáver del señor HERIBERTO CONGOLINO VELAZCO; los hechos ocurrieron en la zona urbana del barrio Pérez, en la carrera 20 # 12 A-31 del Municipio de Florida.

Con dicha testigo se introdujo acta de inspección técnica al cadáver del señor HERIBERTO CONGOLINO VELAZCO (Folios 72 a 78).

- b) La señora MÓNICA MILLÁN GIL declaró que es médica adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal; el 9 de mayo de 2011 realizó necropsia al cadáver del señor HERIBERTO CONGOLINO VELAZCO.

Con dicha profesional se introdujo acta de la necropsia por ella aludida (Folios 79 a 83).

- c) El señor ANDRÉS FELIPE MONCAYO JIMÉNEZ declaró que es médico de urgencias y consulta externa del Hospital Benjamín Barney Gasca de Florida (Valle); el 9 de mayo de 2011 hizo primer reconocimiento médico legal al señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO, quien presentaba heridas causadas con proyectiles de arma de fuego; en vista de la ubicación de las lesiones ordenó el traslado de dicho paciente a segundo nivel de atención; presentaba tres heridas con entradas y dos con salidas, las que ocasionaron riesgo de los músculos y arterias intercostales, pleuras, pulmón, diafragma y bazo.

Con dicho profesional se introdujo historia clínica del señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO (Folios 90 a 92).

- d) El señor MICHAEL VALENCIA VÉLEZ declaró que es investigador de la SIJIN; en el desarrollo del caso entrevistó a varias personas; el día 28 de junio de 2012 realizó dos reconocimientos fotográficos con el señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO, los que permitieron identificar a los señores JHON FREDY RUIZ MORALES y DIEGO FERNANDO BAUTISTA NOGUERA; elaboró álbum de reconocimiento fotográfico; solicitó epicrisis de los lesionados.

En el contrainterrogatorio, cuando se le pidió a MICHAEL VALENCIA VÉLEZ que hiciera descripción morfológica del señor JHON FREDY RUIZ MORALES, afirmó que es una persona de tez blanca, ojos verdes, cabello lacio y textura delgada. Se dejó constancia que en la entrevista rendida por el señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ

LUGO, dijo que: *"Jhon Fredy Ruiz Morales es bajito, delgado, color piel blanca, cabello indio y un tatuaje en la pierna, mantiene en mochos anchos y esqueletos"*.

Con MICHAEL VALENCIA VÉLEZ se introdujo informe de investigador de campo (Folios 93 a 100); entrevista dada por WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ (Folios 101 a 102); actas de reconocimiento fotográfico (Folios 104 a 116).

- e) El señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO declaró que el 9 de mayo de 2011, a eso de las 6:00 de la mañana, en el barrio San Jorge de Florida (Valle), cuando estaba con el señor HERIBERTO CONGOLINO, una motocicleta paró y de la misma bajaron dos sujetos armados con pistolas, quienes le dijeron a CONGOLINO *"así era que te queríamos coger"* y JUAN BAUTISTA le disparó *"en el pecho"*, ante ese ataque CONGOLINO corrió, pero cayó en una acequia, donde JUAN BAUTISTA lo "remató"; luego el señor JHON FREDY RUIZ MORALES -a quien conoce porque fue criado con él- le dijo: *"así era que te quería coger"* y procedió a dispararle estando a casi 2 metros de distancia; los sujetos huyeron cuando escucharon que venía la policía; reconoció a los dos sujetos que les dispararon: el que iba manejando la motocicleta era JUAN BAUTISTA, el parrillero era JHON FREDY RUIZ MORALES; conoce a esos sujetos porque vivió al frente de la casa de JHON FREDY RUIZ MORALES y a una cuadra de la casa de JUAN BAUTISTA.

En el contrainterrogatorio, cuando se le pidió a WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO que hiciera descripción morfológica del señor JHON FREDY RUIZ MORALES, afirmó que es *"zarquito, algo de pelo indio, piel blanca, bajito"*.

5. En la fase de alegatos de conclusión la Fiscalía solicitó se condenara al acusado como coautor de un concurso de *Homicidio agravado, tentativa de Homicidio agravado y Porte ilegal de arma de fuego de defensa personal*.

6. El Juzgado anunció que condenaría al acusado como coautor de un concurso de Homicidio *agravado y tentativa de Homicidio agravado*, y que lo absolvería por el delito de *Porte ilegal de arma de fuego de defensa personal*.

DECISIÓN IMPUGNADA

El 17 de junio de 2016 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira (Valle) condenó al señor JHON FREDY RUIZ MORALES a cuatrocientos veinticuatro (424) meses de prisión como coautor de un concurso de Homicidio *agravado y tentativa de Homicidio agravado*; lo absolvió de un delito de *Porte ilegal de arma de fuego de defensa personal*. Para fundamentar las condenas argumentó lo siguiente:

- a) Con las actas de inspección técnica y necropsia al cadáver del señor HERIBERTO CONGOLINO VELAZCO se acreditó que fue víctima de un delito de *Homicidio*.
- b) Con el testimonio del médico ANDRÉS FELIPE MONCAYO JIMÉNEZ y la historia clínica del señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO se demostró que aquél fue víctima de un atentado contra su vida cometido con arma de fuego.
- c) Con actas de reconocimiento mediante fotografías introducidas con el investigador MICHAEL VALENCIA VALDES se demostró que el señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO reconoció al señor JHON FREDY RUIZ MORALES como uno de los sujetos que participó en el atentado investigado en este caso.
- d) El testimonio del señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO amerita total credibilidad, *“si bien es cierto alguna referencia al color de los ojos del señor JHON FREDY RUIZ MORALES pareciera no coincidir al señalar sus ojos como claros y en alguna oportunidad como zarcos, pues también es cierto que acredita, su alias, su estatura cuando refiere bajito, delgado, de color de piel blanca, que si bien puede también tener alguna diferencia*

en cuanto a lo relativo que una persona pueda considerar blanca a otra, pues en el presente caso si la persona tiene una tez trigueña clara podría ser denominada de esa manera, sin embargo, a juicio del despacho, cuando acierta también en su cabello indio como se conoce coloquialmente, y también la presencia de tatuaje. Reitera el despacho que una inconsistencia en el color de los ojos no desvirtúa de plano, la manera en que el testigo pudo haberse encontrado frente a frente con su agresor... ”

- e) Se encuentra “*probado el agravante contemplado en el numeral 7 del artículo 104 del C.P., en las dos conductas de HOMICIDIO y HOMICIDIO en grado de tentativa, por cuanto se observa claramente, que fueron sorprendidos por los sujetos que se movilizaban en la motocicleta...y se encontraban en una situación de ventaja pues contaban con el factor sorpresa, aprovechando una situación, así mismo los disparos fueron a mansalva... se hace evidente la imposibilidad de repeler el ataque pues se encontraban desprevenidos sin un medio para impedir la comisión de las conductas punibles...*”

RECURSO

La defensa técnica impugnó el fallo en procura de que sea revocado y en su lugar se absuelva al acusado; para lograr se acoja esa pretensión argumenta lo siguiente:

- a) El único testigo de cargo que la Fiscalía llevó al juicio oral es el señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO, quien incurrió en incongruencias que impiden conceder credibilidad a sus afirmaciones; en efecto, afirmó que conocía a los acusados desde muchos antes de ocurrir los hechos investigados, lo que significa que podía describirlos con precisión, pero falló en esa tarea, ya que al referirse al señor JHON FREDY RUIZ MORALES manifestó que aquél es de piel blanca, lo que no es cierto, ya que dicho acusado es trigueño; también dijo que el mencionado acusado tenía un tatuaje en la pierna derecha, lo que no es cierto; también dijo que JHON FREDY RUIZ se mantenía con camisas esqueletos, pero no mencionó que aquel tiene tatuada una mata de marihuana en el hombro derecho; además olvidó el color de los ojos de dicho acusado.

- b) El señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO afirmó que DIEGO FERNANDO BAUTISTA le pegó dos tiros, pero el médico legista declaró que tenía tres impactos de bala, lo que significa que JHON FREDDY RUIZ solo le pegó un tiro.
- c) En entrevista del 12 de julio de 2012 el señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO afirmó que quien conducía la motocicleta era JHON FREDY RUIZ MORALES, pero en el juicio oral manifestó que quien la conducía era DIEGO FERNANDO BAUTISTA.
- d) El señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO en la entrevista rendida ante el investigador MICHAEL VALENCIA no mencionó que DIEGO FERNANDO BAUTISTA le había disparado, pero en el juicio oral sí refirió esa situación.
- e) Las contradicciones del único testigo de cargo obligan concluir que el señor JHON FREDY RUIZ MORALES no es la persona a la que él se refiere como coautor del atentado investigado, lo que obliga proferir fallo absolutorio.

NO RECURRENTES

La apoderada de las víctimas y la Fiscalía argumentan que la defensa no fundamentó la apelación porque no atacó los fundamentos del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

De acuerdo a lo consagrado en el numeral 1 del artículo 34-1¹ de la Ley 906 de 2004 esta corporación es competente para resolver la impugnación.

¹ **Artículo 34.** De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia proferan los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

En atención a los argumentos expuestos por el impugnante, el Tribunal debe dilucidar si el *a quo* se equivocó al condenar al señor JHON FREDY RUIZ MORALES como coautor de un concurso de un concurso de *Homicidio agravado y tentativa de Homicidio agravado*, por haber concedido credibilidad al testimonio del señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO.

En orden a cumplir esa tarea sea lo primero expresar que la Fiscalía para demostrar que el señor JHON FREDY RUIZ MORALES fue coautor del atentado cometido en la madrugada del 9 de mayo de 2011 en el Municipio de Florida (Valle) contra los señores WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO y HERIBERTO CONGOLINO VELAZCO, solo llevó al juicio oral el testimonio del primero, quien declaró que vio cuando JHON FREDY RUIZ MORALES accionó varias veces un arma de fuego contra su cuerpo, logrando herirlo, sujeto a quien conoce de vieja data ya que se criaron en la misma cuadra.

A esa versión la defensa técnica opone lo que denomina incongruencias en lo declarado por WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO.

En atención a que solo declaró como testigo presencial de los hechos el señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO, siendo el testimonio de aquél la única prueba incriminante, es pertinente memorar que en lo concerniente al testigo único antaño se aplicaba la regla "*testis unus, testis nullus*" (un solo testigo, testigo nulo), que en medios de apreciación probatoria tarifados implicaba desechar el poder suasorio del declarante único.

En la actualidad la ley y la jurisprudencia² tienen establecido que la tesis del "*testis unus, testis nullus*" está revaluada, porque el sistema de valoración probatoria en materia penal

² Cfr. Sentencias de casación de 12 de julio de 1989, radicación 3159; 15 de diciembre del 2000, radicación 13119; 8 de julio y 17 de septiembre de 2003, radicaciones 18025 y 14905, respectivamente; 28 de abril de 2004, radicación 22122; 17 de septiembre y 27 de octubre de 2008, radicaciones 28541 y 26416, respectivamente (entre muchas otras).

no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional apreciación por parte del juez, lo que significa que el grado de veracidad que se le puede dar un testimonio no depende del número de testigos o pruebas que lo confirmen, sino de condiciones personales, facultades de percepción, memoria, ausencia de intereses o de circunstancias que afecten la imparcialidad del declarante, y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.

Así pues, es importante tener en cuenta que la Corte ha decantado una pacífica, reiterada e inamovible jurisprudencia³ de acuerdo con la cual el sistema de valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional apreciación, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad, y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.

Si bien lo ideal es que en la investigación de una conducta punible se logre incorporar pluralidad de pruebas de distinta fuente y naturaleza, que individualmente apreciadas y, luego, confrontadas unas con otras, permitan reconstrucción lo más aproximada posible a la verdad, es frecuente que situación tal no siempre ocurre, como sucede en el caso que nos ocupa, donde solo se cuenta con un testigo para dilucidar la responsabilidad del acusado.

Para condenar con base en una sola prueba, esta tiene que ser absolutamente confiable, seria, sólida, transparente, que le permita al juez condenar con tranquilidad, con la confianza plena de que esa prueba no deja lugar a incertidumbre alguna; por ello es obligatorio someter a riguroso, profundo y detallado escrutinio el testimonio de WILLIAM

³ Cfr. Sentencias de casación de 12 de julio de 1989, radicación 3159; 15 de diciembre del 2000, radicación 13119; 8 de julio y 17 de septiembre de 2003, radicaciones 18025 y 14905, respectivamente; 28 de abril de 2004, radicación 22122; 17 de septiembre y 27 de octubre de 2008, radicaciones 28541 y 26416, respectivamente (entre muchas otras).

JAVIER QUIÑONEZ LUGO con la finalidad de dilucidar si con base en el mismo, analizado en conjunto con otras probanzas, se puede llegar al convencimiento, más allá de toda duda, de si en la madrugada del 9 de mayo de 2011, en el Municipio de Florida (Valle), participó en el atentado perpetrado contra las vidas de los señores WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO y HERIBERTO CONGOLINO VELAZCO.

De entrada se debe expresar que diversas circunstancias conducen a conceder credibilidad al testimonio de cargo, veamos:

- a) No se discute que el señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO fue testigo presencial de los hechos investigados, y que por lo tanto vio a los sujetos que cometieron el atentado, máxime cuando uno de ellos le disparó en varias ocasiones, a casi dos metros de distancia. El hecho de que el testigo de marras pudiera percibir de cerca a quien le disparó, es factor que incide sustancialmente para creer su afirmación respecto a quien es esa persona, máxime cuando la conocía desde pequeño, y dicho testigo durante todo el curso del proceso sostuvo que ese sujeto es el señor JHON FREDY RUIZ MORALES.
- b) El 28 de junio de 2012, o sea más de un año después de ocurrido el atentado, el señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO reconoció, mediante fotografías, al señor JHON FREDY RUIZ MORALES como uno de los sujetos que participó como autor en el atentado que nos ocupa, diligencia que no fue cuestionada por el impugnante, omisión que la dejó incólume en cuanto a la credibilidad que le concedió el *a quo*.

El hecho de que WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO señalara una fotografía del señor JHON FREDY RUIZ MORALES como la correspondiente a la de uno de los coautores del atentado en el cual casi lo matan, disipa cualquier duda que pudiera generarse por supuestas no coincidencias entre la descripción morfológica que hiciera de aquel con sus reales rasgos físicos, ya que el sujeto que señaló en la diligencia de reconocimiento mediante fotografías es el mismo al que él, desde el inicio de la investigación, mencionó como coautor del atentado, lo que permite aseverar que su percepción y memoria estaban

intactas tanto en el momento de los hechos como cuando hizo el reconocimiento mediante fotografías.

- c) El impugnante considera que el testigo de cargo mintió porque al describir al acusado expresó que era de piel blanca, ya que realmente aquél es trigueño. Esa glosa carece de respaldo probatorio, ya que la defensa no llevó al juicio oral prueba que demostrara que el verdadero color de piel del acusado es trigueño y que de serlo era imposible decir que era blanco. Lo único que hay contra la aseveración que se analiza son las afirmaciones del impugnante, las que por no ser pruebas, no pueden ser valoradas.

Destaca el Tribunal que en el juicio oral, cuando se le solicitó al investigador MICHAEL VALENCIA VÉLEZ que describiera al señor JHON FREDY RUIZ MORALES, manifestó que aquél es de tez blanca.

Si dos personas que percibieron directamente al acusado coincidieron al expresar que el color de piel de aquél es blanca, sin que exista prueba que refute esa aseveración, inane resulta el esfuerzo del impugnante dirigido a que no se conceda credibilidad al testigo de cargo por haber dicho que el acusado es de tez blanca.

Destaca el Tribunal que el *a quo* expresó que por ser el acusado “trigueño claro” era razonable que algunas personas dijeran que era de piel blanca; prueba de lo correcto que fue esa afirmación del *a quo*, es que el investigador MICHAEL VALENCIA VÉLEZ dijo al respecto exactamente lo mismo que el testigo cuestionado por la defensa, o sea que el acusado es de tez blanca, situación que torna superlativamente intrascendente la supuesta no coincidencia que se analiza.

- d) El impugnante considera que el testigo de cargo mintió porque al describir al acusado expresó que era “zarquito”, lo que en su criterio no es cierto. Para el Tribunal esa glosa también es intrascendente, ya que es común en determinadas culturas y regiones llamar “zarcos” a las personas de ojos claros, es decir a aquellas cuyo iris no sea negro o café oscuro, y se recuerda que cuando al investigador MICHAEL VALENCIA VÉLEZ se le

solicitó que describiera al señor JHON FREDY RUIZ MORALES, manifestó que aquél tenía ojos verdes, o sea claros.

- e) El impugnante considera que el testigo de cargo mintió porque al describir al acusado expresó que aquél tenía un tatuaje en la pierna derecha. Esta glosa también es deleznable, ya que la defensa no llevó al juicio oral prueba que demostrara que el acusado carece de tatuaje en su pierna derecha. Contra la aludida aseveración del testigo de cargo lo único que hay son las afirmaciones del impugnante, las que por no ser pruebas no pueden ser valoradas.
- f) El impugnante considera que el testigo de cargo mintió porque al describir al acusado expresó que aquél se mantenía con camisas esqueleto, pero no refirió que tiene un tatuaje en el hombro derecho. El Tribunal tampoco acoge esta glosa, pues si fuera cierto que el acusado tiene un tatuaje en su hombro derecho –lo que no se demostró– se ignora cuándo se lo hizo, lo que significa que es posible que durante el tiempo que el testigo de cargo lo percibía, careciera del mismo.
- f) El impugnante considera que el testigo de cargo mintió porque inicialmente afirmó que solo fue atacado por JHON FREDY RUIZ MORALES, pero que en el juicio oral dijo que DIEGO FERNANDO BAUTISTA NOGUERA también le disparó; que inicialmente dijo que JHON FREDY RUIZ MORALES era quien conducía la motocicleta, pero en el juicio oral manifestó que quien la conducía era DIEGO FERNANDO BAUTISTA. Para el Tribunal esas glosas no sirven para demeritar la prueba de cargo, ya que ninguna trascendencia tiene saber si los dos sujetos que cometieron el atentado dispararon contra WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO, tampoco cuál de los mencionados conducía la motocicleta; lo fundamental al respecto es que el testigo siempre expresó, sin ninguna variación, que DIEGO FERNANDO BAUTISTA NOGUERA y JHON FREDY RUIZ MORALES iban en el velomotor utilizado para ejecutar el atentado y que los dos accionaron armas de fuego contra las víctimas.

No soslaya el Tribunal los efectos negativos que el paso del tiempo causa en la memoria

de las personas, con intensidad que varía de un sujeto a otro por múltiples circunstancias, y en este caso se observa que entre la fecha de ocurrencia de los hechos (9 de mayo de 2011) a la fecha en la cual el señor WILLIAM JAVIER QUIÑONEZ LUGO declaró en el juicio oral (14 de abril de 2016) trascurrieron más de cuatro años, lo que hace razonable que lo declarado en la audiencia final no fuera exacto a lo percibido en el momento de los hechos, ya que el paso del tiempo, se repite, incide en el recuerdo preciso de los detalles de algún episodio.

Las referidas contradicciones no afectan el núcleo esencial del testimonio que nos ocupa, por no ser fundamentales; la doctrina tiene decantado que las imprecisiones que no son esenciales no le restan crédito al testimonio; concretamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 26 de enero de 2006, emitida en el Proceso 23706, dijo:

“Nuevamente se evidencia que el Tribunal exagera las contradicciones, porque es ostensible que las edifica a partir de aspectos nimios de los dos relatos, cuando de su cotejo objetivo se infiere concordancia plena en lo fundamental, a pesar del tiempo transcurrido entre una y otra declaración.

Ha señalado en forma reiterada la Sala que es altamente improbable que frente al dicho de una misma persona y con más razón frente a lo expuesto por otra, no haya contradicciones, pues lo que en verdad se debe sopesar, como atrás se señaló, es la entidad de tales inconsistencias con relación al aspecto medular que en ellas se relata.”

Como consecuencia de lo expuesto se confirmará la decisión de condenar al señor JHON FREDY RUIZ MORALES como coautor de un concurso de *Homicidio agravado y tentativa de Homicidio agravado*; no obstante lo anterior, al observar el Tribunal que la Fiscalía en el acto complejo de acusación (escrito y formulación de acusación) omitió precisar circunstancias de agravación punitiva que concurrieran a esos delitos y de mencionar las normas en las que podrían estar descritas, el Tribunal se pronunciará en concreto respecto a esa falencia.

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA.

Observa el Tribunal que grave error cometió tanto la Fiscalía como el *a quo* en lo referente a circunstancias de agravación punitiva: La primera, como ya se expresó, por haber omitido en la acusación precisarlas y mencionar las normas en las que podrían estar descritas, o sea imputarlas jurídicamente de manera inequívoca, y el segundo (juez) por haber deducido, de manera ilegal, la consagrada en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal.

La omisión de la Fiscalía referente a no concretar en la acusación circunstancias de agravación punitiva impedía jurídicamente que con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación fuera incluida alguna, lo que no podía hacer el persecutor penal, mucho menos el juez.

Si bien en su alegato final la Fiscalía puede variar la imputación jurídica de los hechos, esa actuación debe cumplir varios requisitos, siendo uno de ellos que la nueva calificación jurídica no agrave la situación del acusado, o sea que no implique, por ejemplo, aumento de pena en su contra; por lo tanto a la Fiscalía le precluye la oportunidad de deducir circunstancias de agravación punitiva cuando culmina la audiencia de formulación de acusación.

También el juez tiene facultad para variar la calificación jurídica de los hechos en la sentencia, pero actuación tal está supeditada al cumplimiento de varios requisitos de los cuales uno es el de que esa mutación no agrave la situación del acusado.

Respecto al tópico que nos ocupa pertinente es expresar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 30 de abril de 2014, emitida en el Proceso SP5420-2014 Radicación 41350, con ponencia del Honorable Magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, manifestó lo siguiente:

“4.2. La Corte, a partir de la sentencia CSJ SP, 23 sep. 2003, rad. 16320, ha señalado que las circunstancias de mayor punibilidad previstas en el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, para que tengan efectos en la selección del ámbito de movilidad dentro del proceso de dosificación punitiva, tienen que haber sido imputadas jurídicamente, de manera clara e inequívoca, en la resolución de acusación o su equivalente:

[E]l solo enunciado en la resolución de acusación del supuesto fáctico que la configura, no es suficiente para que pueda ser deducida en la sentencia, ya que, como se ha dicho, se requiere inequívoca imputación jurídica, sin que ello implique que figure en la parte resolutive de la acusación, ni que se le identifique por su denominación jurídica o por la norma que la consagre. Implica, pues, valorada atribución, de tal suerte consignada en cualquiera de las fases de la acusación que no se abrigue duda acerca de su imputación. (...)

Por ejemplo, en la sentencia de 2 de noviembre de 1983 [CSJ SP, 2 nov. 1983, rad. 010947], la Corte sostuvo al respecto que

“[...] en el auto de proceder es de obligación ineludible consignar las circunstancias específicas de agravación o de atenuación que acompañan al delito y que lo constituyen o lo modifican, porque ignorarlas en el pliego de cargos para sorprender con ellas al procesado en la sentencia es violar una de las formas propias del juicio, garantía del derecho de defensa. (...)

”Este criterio se explica porque desde el punto de vista punitivo las circunstancias específicas tienden a preestablecer de modo absoluto los límites máximos y mínimos que tiene el delito de que se trata. (...)

De ahí que, cuando en el fallo de fecha 23 de septiembre de 2003 sobrevino la precisión jurisprudencial en relación con el sistema de cuartos previsto en la ley 599 de 2000 (en el que las causales genéricas de agravación sí inciden de manera directa en la determinación del ámbito de movilidad y, por lo tanto, de los límites

mínimo y máximo aplicables), la Sala consideró que, para proteger las garantías fundamentales del procesado y en particular el principio de congruencia, era necesario, además de la simple imputación fáctica de tales circunstancias, la clara e inequívoca imputación jurídica de las mismas.”

Tiene decantado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que ante determinada circunstancia de agravación punitiva, el solo enunciado en la acusación del supuesto fáctico que la configura no es suficiente para que pueda ser deducida en la sentencia, ya que, como ya se ha dicho, se requiere inequívoca imputación jurídica, esto es valorada atribución, de modo tal que no quede duda que el acusado tuvo conocimiento que le estaba siendo deducida alguna o algunas con la finalidad de agravarle la pena a imponer. [CSJ SP, 23 sep. 2003, rad. 16320].

La misma corporación en providencia del 4 de junio de 2014 emitida en el Proceso SP 6944-2014 Radicación 41942, con ponencia de la Honorable Magistrada PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR, dijo lo siguiente:

“Está claro, en concordancia con la tesis jurisprudencial sostenida por la Sala desde varios años atrás, que no le es dable al juzgador en la sentencia, al fijar la pena, deducir circunstancias de agravación punitiva, genéricas o específicas, que no hayan sido imputadas expresamente en la acusación y de las cuales, como resulta obvio, haya tenido el procesado la oportunidad de defenderse.”

La misma colegiatura en providencia del 24 de junio de 2015 emitida en el Proceso SP8057-2015, Radicación N° 40.382, con ponencia del Honorable Magistrado JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, indicó lo siguiente:

“A la hora de escoger el cuarto respectivo, el Tribunal (de Popayán) quebrantó el principio de congruencia. Éste dicta que el acusado no podrá ser declarado

culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena (art. 448 CPP).

De acuerdo con tal premisa, si en la acusación no se imputó ninguna circunstancia de mayor punibilidad, de las contenidas en el art. 58 del CP, al juez le está vedado tenerlas en cuenta a la hora de individualizar la sanción. Así lo ha clarificado la jurisprudencia de esta Sala (CSJ AP 23.05.2012, rad. 38.810):

“De esa manera, según reiterado criterio jurisprudencial, la incongruencia se presenta cuando se condena: a) por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación; b) por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, y c) por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación, pero **incluyendo alguna circunstancia, genérica o específica que intensifica la sanción**, o suprimiendo una de menor punibilidad expresamente reconocida”.⁴

Sin embargo, pese a que en la acusación no se imputó ninguna circunstancia genérica de mayor punibilidad⁵, los juzgadores aludieron al art. 58-4 del CP, para dosificar la pena en los cuartos medios. Así, pues, no sólo desquició la estructura del debido proceso por desconocimiento de la exigencia de congruencia, sino que nuevamente atentó contra la legalidad de la sanción penal.”

⁴ Cfr. Sentencias de 6 de abril de 2006, 30 de octubre de 2008, y 10 de marzo de 2009, radicaciónes 24668, 29872 y 32422, respectivamente.

⁵ Cfr. registro de video de la audiencia de formulación de acusación, min: 18:00 a 21:15.

Como en el acto complejo de acusación la Fiscalía no concretó jurídicamente circunstancia de agravación punitiva, o sea que no hizo valorada atribución al respecto, de modo que el acusado conociera que le estaba siendo deducida alguna con la finalidad de agravarle la pena a imponer, se debe concluir que lo dejó sin posibilidad real de controvertir en ese aspecto, razón por la cual deducirle alguna en la sentencia, como erradamente lo hizo el *a quo*, constituyó grosera afrenta al derecho fundamental al debido proceso en sus componentes de contradicción y defensa, aserto que obliga a eliminar el incremento punitivo que hizo el juez de primera instancia como consecuencia de la circunstancia de agravación punitiva descrita en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal.

REDOSIFICACIÓN PUNITIVA.

Como el *a quo* al dosificar la pena por el concurso de delitos partió de la mínima del delito de *Homicidio* agravado, o sea de cuatrocientos (400) meses de prisión, al eliminar la agravante que ilegalmente dedujo, se debe partir de la pena mínima del delito de *Homicidio simple*, o sea de doscientos ocho (208) meses de prisión.

En atención a que por concurrir un delito de tentativa de *Homicidio* agravado el *a quo* incrementó la pena en veinticuatro (24) meses, o sea en el 6%, al aplicarse ese porcentaje a doscientos ocho (208) meses de prisión el incremento por el concurso queda en 12 meses, razón por la cual la pena a descontar se fija en doscientos veinte (220) meses de prisión; en este sentido se modificará el fallo impugnado.

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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR** la sentencia No. 025 del 17 de junio de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira (Valle), en la cual condenó al señor JHON FREDY RUIZ MORALES como coautor de un concurso de *Homicidio agravado y tentativa de Homicidio agravado*, para resolver que la pena a descontar por aquél es de **doscientos veinte (220) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual**.

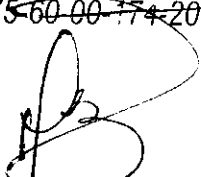
SEGUNDO: **CONFIRMAR** la sentencia No. 025 del 17 de junio de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Palmira (Valle), en los otros aspectos objeto de la impugnación.

Lo decidido queda notificado en estrados y en su contra proceder recurso de casación que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación de esta sentencia.

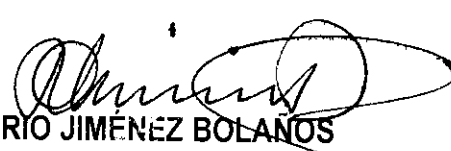
Los Magistrados,


JOSÉ JAIME VALENCIA CASTRO

~~76275-60-00-174-2011-00559-01~~


MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO

~~76275-60-00-174-2011-00559-01~~


ALIRIO JIMÉNEZ BOLANOS

~~76275-60-00-174-2011-00559-01~~

Fernando Alánador Vaca

Secretario