

M. PONENTE	: LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
ACTA DE APROBACIÓN	: 024 de 2017
RADICADO	: 05001 60 00 206 2012 27762
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA DE CONDENA
FECHA	: 28 DE MARZO DE 2017
DECISIÓN	: CONFIRMA Y MODIFICA
DELITOS	: HOMICIDIO AGRAVADO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS
<u>PROVIDENCIA</u>	

DESCRIPTOR

- PRUEBA ANÓNIMA
- PRUEBA DE REFERENCIA

RESTRICTOR

-VALOR PROBATORIO DE LAS LLAMADAS REALIZADAS A LA LÍNEA 123 DE LA POLICÍA NACIONAL: Si no se identifica a quien realiza la llamada, es una prueba anónima que carece de valor probatorio; su función es la de herramienta que orienta la investigación.

Una declaración puede contener apartes que constituyen prueba de referencia y otros que son prueba directa; el juez debe advertir esa diferencia a fin de decidir que apartes somete a valoración y cuáles no.

Proceso: 05 001 60 00206 2012 27762
Delito: Homicidio agravado en concurso heterogéneo y simultáneo
Porte ilegal de armas de fuego y municiones.
Acusados: Wilder Yani Restrepo Restrepo
Procedencia: Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí
Objeto: Apela sentencia condenatoria emitida luego de juicio oral
Decisión: Confirma y modifica
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez



SALA DE DECISION PENAL
Medellín, () de de dos mil diecisiete (2017)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entra la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera el defensor de Wilder Yani Restrepo Restrepo en contra de la sentencia del 18 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, a través de la cual se condenó al acusado como autor del punible de homicidio simple y se le absolvió del cargo formulado también como autor de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal.

II. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Fueron descritos por la *a quo* como sigue:

“Ocurridos el 24 de abril de 2012, a las 2:07 pm; se informó a la central de comunicaciones que al aparecer en la calle 72Sur con carrera 48, restaurante La Granja, barrio Entre amigos del municipio de Sabaneta, había ocurrido un homicidio; se desplazó personal de la policía al lugar, JUAN PABLO SALDARRIAGA CASTAÑEDA Y PAOLA CÁRDENAS RODRÍGUEZ- primeros respondientes-; al llegar al lugar en mención encontraron tendida en el suelo a una persona de sexo masculino, con impactos de arma de fuego; por la central de radio se dio información acerca de la persona que había efectuado los disparos y se

señalaron las características de una motocicleta en que la persona había emprendido la huida, Yamaha RX100 de placas HQS-17ª, y las prendas de la persona, un jean azul, una camisa verde con una camiseta blanca en la parte interior, a partir de esas características se inició una persecución y en el sector de Mayorca otros servidores de la Policía Nacional, ZAÑUDO CORREA Y ESTIVEN RODRÍGUEZ ARROYO, se logró la interceptación del rodante pero no le dieron alcance; se logró la interceptación de la motocicleta placas HXS-17ª en el sector de Envigado, por parte de los servidores de la Policía JOSÉ TORRES SUAREZ y JOHAN MALDONADO MONTOYA, siendo capturado WILDER YANI RESTREPO RESTREPO minutos después de haberse ocasionado la muerte de JAIR DE JESUS FRANCO FORERO.

SE dijo que la persona que había causado la muerte a la persona que se encontraba en el establecimiento La Granja, había abordado como parrillero la motocicleta de placas HXS-17ª... ”(sic)

III. SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN CUMPLIDA

La Fiscalía formuló imputación ante el Juez Primero Penal Municipal de Itagüí en contra de Restrepo Restrepo como autor de los punibles de homicidio agravado en los términos de los artículos 103 y 104 numeral 7 del C.P., en concurso con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal agravado en los términos de los numerales 1 y 5 del artículo 365 *ibídem*, modificado por el artículo 38 de la ley 1142 de 2007 y el artículo 19 de la ley 1543 de 2011.

La Fiscalía presentó escrito de acusación de fecha 21 de junio de 2012, requerimiento fiscal que se concretó en los mismos términos de la imputación en audiencia celebrada el 19 de octubre siguiente.

La audiencia preparatoria se inició el 23 de enero de 2013, data en que se suspendió para resolver alguna petición de rechazo probatorio impetrada por la defensa, parte que dejó de asistir a las diligencias de continuación fijadas para el 22 de abril y el 24 de junio siguientes, mientras la Fiscalía no se consideró en posición de continuarla el 8 de julio siguiente, por desconocer la carpeta, debiendo la Juez fijar como nueva fecha el 6 de agosto, oportunidad en que la defensa nuevamente dejó de asistir, pudiendo concretarse su realización solo hasta el 22 de agosto de 2013.

El juicio se inició el 3 de diciembre de 2013 y se culminó el 3 de agosto de 2016, data en que se anunció el sentido del fallo. La sentencia se profirió con carácter condenatorio por el delito de homicidio simple y absolutorio respecto del delito de porte ilegal de armas, imponiendo como pena principal la de 23 años 15 días de prisión y como subsidiarias la inhabilitación

para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años y prohibición para el porte de armas por un lapso de 59 meses. Por razones obvias se le negó cualquier subrogado penal.

La Fiscalía y el defensor apelaron la decisión.

IV. LA DECISIÓN RECURRIDA

La *a quo* empezó sus consideraciones manifestando que la causal de agravación del homicidio no estaba demostrada porque no siempre que se usan armas de fuego y se dispara por la espalda existe indefensión o motivo abyecto o fútil.

Admitió que la declaración rendida por Nadir Ramírez Navarro, testigo presencial de los hechos, dio cuenta de las prendas que vestía el asesino la fecha de los hechos, así como sus características físicas al describirlo como un hombre corpulento. Reconoce que aunque al acusado no se le encontró el arma ni la camisa verde que describió la testigo lo cierto es que se desplazaba en la moto en la que se dijo subió como parrillero, minutos antes de la captura y luego de ejecutar la conducta criminal. Agregó como relevante el hecho de que el acusado al ser requerido por los policiales Saldarriaga y Cárdenas para que detuviera su marcha emprendió la huida y tuvo que ser capturado por otros uniformados, Rodríguez y Zañudo. Estos uniformados declararon en el juicio lo que descalifica el argumento de la defensa de estar ante una prueba de referencia.

Añadió que entre las pruebas de residuo de disparo en las prendas del acusado arrimadas al juicio, debe preferirse la aportada por la Fiscalía pues se practicó con mayor inmediatez que la ofrecida por la defensa, concretada mucho tiempo después de ocurridos los hechos.

En relación con el porte de armas dijo que admitir como prueba en contra del acusado su manifestación en el sentido de no contar con permiso para el porte, sería desconocer el derecho a la no autoincriminación, en su opinión la prueba de esa carencia debió estar representada en el certificado de la brigada. En razón de lo anterior absolvió por esa delincuencia.

En fin, entendió acreditada la responsabilidad por homicidio simple con la circunstancia de mayor punibilidad de que trata el artículo 58 numeral 10 del C.P.

V. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

1.El defensor invocó la duda en favor de su representado. Señaló que ninguno de los testigos de cargo fue presencial de los hechos, todos son de oídas. Criticó que la Fiscalía no haya llevado al juicio a quien a través de la línea 123 de la Policía Nacional refirió haber presenciado a un hombre salir del establecimiento de comercio La Granja con un arma en la mano que luego metió en la pretina del pantalón. Los policías actuaron con base en esa información pero no presenciaron los hechos.

En relación con la prueba pericial de la Fiscalía sobre residuos de disparo en las prendas y manos del acusado, dijo haberla desvirtuado con su testigo quien refirió como probable que el resultado se haya contaminado con la máquina utilizada por la Fiscalía pues esta se usa a diario.

Se refirió al dicho de uno de los policiales que mencionó un vehículo automotor que pudo estar vinculado con los hechos, lo que en su opinión genera dudas insalvables que deben resolverse en favor de su apadrinado.

Así mismo, en su opinión el hecho de que al ser capturado el acusado vistiera camiseta blanca y no verde también cubre con duda las versiones de cargo.

Solicita que con base en la duda se revoque la decisión.

2. El Delegado de la Fiscalía recurrió la decisión en punto del desconocimiento por parte de la *a quo* de la agravante del homicidio de que trata el artículo 104.7, al quedar demostrado que el agresor disparó contra la víctima por la espalda mientras esta se encontraba sentado. Así lo señaló Nadir Ramírez, única testigo presencial de los hechos, declaración que se corrobora con la descripción que de las heridas sufridas por la víctima se plasman en el protocolo de necropsia.

Con fundamento en lo anterior solicita se tome en consideración la circunstancia referida y se readecúe la pena por cuenta de ese reconocimiento.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1.Según lo establecido por el artículo 34.1 del CPP, el Tribunal es competente para conocer de este caso dado que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia proferida por un juzgado penal de circuito.

2. Del escrito de sustentación del recurso presentado por la defensa pueden extractarse dos motivos de inconformidad fundamentales a saber: El primero hace relación a la valoración que la *a quo* hiciera de las llamadas a la línea 123 de la Policía Nacional por personas no identificadas que ofrecieron información útil en la captura del acusado, pues en su opinión se trata de prueba inadmisibile ante la imposibilidad de someterla a una real contradicción; el segundo, relacionado con la calidad de prueba de referencia asignada por el censor a la totalidad de las arrimadas al juicio, con lo cual, en su sentir, imposible resultaría sustentar una decisión de condena.

3. La Sala desde ya anticipa que en punto del primero de los reproches postulados acierta el censor. Veamos las razones de este aserto:

3.1 Al juicio llegaron a través del investigador Juan Carlos Muñoz Vélez¹, las grabaciones magnetofónicas obtenidas de la central de policía donde se reciben las llamadas que la ciudadanía realiza a la línea de emergencias 123, dando cuenta de la ocurrencia de hechos que interesen a esa autoridad. En alguna de esas llamadas una persona sin identificar ofreció información acerca del vehículo donde se desplazaba el acusado, así como sobre las prendas que vestía.

3.2 La Fiscalía no adelantó absolutamente ninguna actividad tendiente a identificar al ciudadano autor de esa llamada con el fin de hacerlo comparecer al juicio, lo que significa que el juez permitió que ingresara al juicio una información cuya fuente aparece anónima.

3.3 En múltiples oportunidades esta Sala de decisión se ha pronunciado acerca del nulo valor probatorio que ostenta este tipo de contenido, al considerar que desconoce, entre otros, el derecho a la confrontación, derecho de rango superior por forma parte del bloque de constitucionalidad.

En efecto, el derecho a la confrontación impone la prerrogativa del reo a estar cara a cara con los testigos de cargo, a contrainterrogarlos por sí o a través de su apoderado y a que se procure su comparecencia al juicio, es decir, a intervenir en la creación de la prueba, derecho que claramente se ve soslayado cuando quien realiza imputaciones en contra del acusado no ha sido plenamente identificado por el acusador y por contera no acude al juicio.

¹ Cfr, primer registro de audio de la sesión del juicio de fecha 3-08-2015

En el derecho comparado la confrontación ostenta valor superlativo. Así por ejemplo en Norte América se erige en derecho fundamental consagrado en la Enmienda Sexta y en lo que al estado libre asociado de Puerto Rico se refiere, de él se ocupa la sección once de la Carta de derechos de su Constitución Política. Sobre este derecho ha sostenido la doctrina foránea:

“El derecho a confrontación tiene tres aspectos o garantías, a saber:

- 1. Derecho a que los testigos declaren frente a la parte perjudicada con el testimonio; este es el llamado careo físico;*
- 2. Derecho a contrainterrogar a los testigos adversos; y*
- 3. Derecho a la exclusión de cierta prueba de referencia.”²*

Del derecho de confrontación³ se ocupan instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando en su artículo 14, numeral 3 literal e, consagra como una de las garantías mínimas del acusado la siguiente:

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”

Nuestro ordenamiento adjetivo en varias de sus normas rectoras hace referencia a este derecho aunque sólo en una de ellas lo denomina como derecho a la confrontación. Veamos:

ARTÍCULO 8o. DEFENSA. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:...

*k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, **por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo** y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate;*

El artículo 15 relativo a la contradicción cuando se ocupa del derecho a participar en la formación de la prueba, debe entenderse como manifestación del derecho a confrontación, pues la vía natural por esencia para intervenir en la formación de la prueba testimonial es

² Tratado de derecho probatorio, Ernesto L. Chiesa, publicaciones JTS, Luigi Abraham Editor, tomo I pag. 316

³ Sobre el tema se seguirá a Luis Fernando Bedoya Sierra, en su obra Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio, análisis a la luz del derecho a la confrontación; Librería jurídica Comlibros, 2013.

a través del contrainterrogatorio, catalogado como “la más grande arma jurídica inventada para el descubrimiento de la verdad”⁴.

La mención concreta al derecho bajo examen se encuentra en el artículo 16 del C. de P.P. cuyo tenor es el siguiente:

ARTÍCULO 16. INMEDIACIÓN. 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. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según el caso.

Esta norma refiere de manera concreta y autónoma la garantía del derecho a la confrontación como condición para la admisibilidad de la prueba.

3.4 Estrechamente ligado con lo que se viene de considerar, tradicionalmente la jurisprudencia ha sido consistente en entender que los informes de policía o los de inteligencia, respaldados en información ofrecida por fuente humana no identificada y, en general, lo que pueda calificarse como prueba anónima no constituyen prueba, pues su esencia no va más allá de ser herramienta útil en la orientación de la actividad de investigación de la Fiscalía o de la policía judicial bajo su mando o respecto de actividades de verificación por la policía de vigilancia. La Corte Suprema de Justicia en reciente decisión, al ocuparse de la prueba anónima y su valor en el sistema penal de juzgamiento que rige nuestra realidad consideró:

Esta prohibición se desprende también del contenido del artículo 430 de la Ley 906 de 2004, que define el documento anónimo y regula su eficacia probatoria, donde expresamente se proscribe su admisión y utilización con pretensiones probatorias, es decir, como medio de prueba, en atención a su condición de fuente de información de origen desconocido. Dice la norma:

*«Documentos anónimos. Los documentos, cuya autenticación o identificación no sea posible establecer por alguno de los procedimientos previstos en este capítulo, **se consideran anónimos y no podrán admitirse como medio probatorio**».*⁵

Aunque el precepto solo se refiere a los documentos, es evidente que la prohibición aplica para todos los medios o fuentes de información que tengan la condición de anónimos, en aplicación del principio lógico jurídico que enseña que donde existe el mismo supuesto fáctico debe existir la misma consecuencia jurídica, o que donde

⁴ Tratado de derecho probatorio, Ernesto L. Chiesa, publicaciones JTS, Luigi Abraham Editor, tomo I pag. 316

⁵ Negrillas fuera de texto.

existe la misma razón debe existir la misma disposición, pues no tendría sentido que siendo la razón de ser la misma (el origen desconocido de la fuente informativa), la prohibición solo operara para los documentos.

Este ha sido por lo demás el entendimiento que la jurisprudencia de la Sala viene haciendo del contenido de los artículos 69 inciso cuarto y 430 citados, como se desprende, entre otras decisiones, del auto AP3479-2014, de 25 de junio de 2014, dictado dentro del radicado 43865, donde se dijo,

«La inteligencia de las disposiciones es clara: el anónimo no puede valorarse como prueba, pero debe utilizarse como criterio orientador por la fiscalía para sus labores de averiguación y solamente se impone su archivo cuando no suministra datos concretos que permitan encauzar la investigación».⁶

En otra oportunidad, esa misma Corporación, analizando idéntico tópico, arribó a la siguiente conclusión:

En síntesis, en el ordenamiento jurídico colombiano las declaraciones anónimas pueden ser utilizadas para lo siguiente: (i) por las autoridades de policía, para realizar labores de verificación; (ii) si reúnen los requisitos del artículo 29 de la Ley 600 de 2000 (equivalente al artículo 69 de la Ley 906 de 2004) puede dar lugar al inicio de la actuación penal; y (iii) pueden ser útiles para obtener los verdaderos medios de prueba.⁷

Así las cosas, la Sala es de la opinión que estamos ante una prueba anónima inadmisible que no podía ser valorada desde ninguna perspectiva por la *a quo*, so pena de incurrir en un desconocimiento inaceptable de los derechos del acusado, en particular el derecho a la confrontación, que ostenta rango superior. Lo anterior no significa que la policía de vigilancia estuviera impedida para valerse de esa información a fin de adelantar su labor de verificación como en este caso aconteció.

Hasta aquí, tal como se anunciara atrás, le asiste razón al defensor en su alegación, razón por la cual la Sala hará abstracción del contenido de las llamadas a que se ha venido refiriendo.

4. El segundo problema jurídico sugerido por el censor impone a la Sala establecer si la prueba válidamente arrimada al juicio ostenta la condición de prueba de referencia o no, para luego, de acuerdo con la conclusión a que se arribe, establecer su valor frente al caso concreto.

5. El artículo 402 del C. de P.P. establece que el testigo “*únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido ocasión de observar y percibir*”. Este es un primer aspecto que hace relación con la prueba de referencia, que puede

⁶ Cfr. CS de J SP5798-2016, radicado 41667

⁷ Cfr. CS de J SP7570-2016 radicado 40961

presentarse de acuerdo con varias posibilidades decantadas por la jurisprudencia en los siguientes términos:

De acuerdo con los preceptos legales citados en precedencia, encuentra la Sala que una declaración tendrá la condición de prueba de referencia cuando concurre alguna de las siguientes situaciones:

(i) Se rinde por fuera del juicio oral.

(ii) No se garantiza a la parte contra la cual se aduce el derecho a contrainterrogar al testigo.

(iii) El declarante refiere hechos que no apreció en forma personal y directa

Es decir, es posible que la prueba se recaude en el juicio oral, pero en su desarrollo no se garantice a la parte perjudicada el contrainterrogatorio del testigo o éste declara aspectos que no conoció en forma personal y directa. En tales casos se tratará de prueba de referencia. Igual situación ocurrirá si en la práctica del testimonio se posibilita la confrontación, pero su recaudo se hace por fuera del juicio oral⁸ o el declarante ofrece un relato de oídas. Lo mismo sucederá si la declaración se practica en el juicio oral y se garantiza el contrainterrogatorio, pero el declarante ofrece relatos que no le constan de manera personal y directa.

...

Lo anterior porque las exposiciones rendidas por fuera del debate público y que versan sobre aspectos observados de manera directa y personal, no son los únicos eventos constitutivos de prueba de referencia, sino también, como quedó visto, las declaraciones en las cuales no se permite el contradictorio del adversario, así como cuando se ofrecen relatos de oídas.

Es claro que si la prueba no se practica en el juicio oral por parte del director de la causa, la misma se aparta de los principios de publicidad e inmediación. De la misma manera, si en su recaudo no se permite la confrontación por la parte contra la cual se aduce, no se garantiza en ese caso el principio de contradicción. Y finalmente, si el testigo no declara sobre aspectos que le consten directamente, la declaración desatenderá la exigencia del conocimiento personal a que alude el artículo 402. De ahí que en cualquiera de esos casos dejará de tener el carácter de prueba directa para convertirse en prueba de referencia. Se trata, por tanto, de situaciones que en forma excluyente le hacen perder a la declaración su naturaleza jurídica para degradarle su valor probatorio.⁹(subrayado por la Sala)

El anterior concepto de prueba de referencia y sus varias manifestaciones se ha mantenido vigente hasta hoy¹⁰. Queda claro entonces que se está ante prueba de referencia no solo cuando se trae una declaración anterior al juicio, sino cuando se impide a la parte contra quien se esgrime, ejercer el derecho a contrainterrogar a los testigos o estos se refieren a hechos no percibidos directamente o expresan manifestaciones de oídas.

⁸ En este evento la prueba podrá adquirir el carácter de anticipada si se cumplen la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004.

⁹ C.S. de J. Sala de Casación Penal, sentencia del 20-08-2014, radicado SP 10986-2014 41.390 M.P. Eugenio Fernández Carlier

¹⁰ Cfr. Entre otros, auto del 30 de septiembre de 2015, radicado AP5785-2015, 46.153; auto del 28 de octubre de 2015, radicado AP6319-2015, 43.479; Sentencia del 28 de octubre de 2015, radicado SP 14844-2015, 44056, entre otras.

Ahora bien, para la Sala es claro que una declaración puede contener apartes que se adecuen a lo que se entiende como testimonio directo y otros que encajen en el concepto de prueba de referencia en la medida en que se refieren a aspectos que no le constan al deponente. Esta realidad impone al juez una carga superlativa de diligencia a fin de identificar primero, qué apartes constituyen prueba de referencia a fin de evitar su ingreso al juicio; ahora bien, si ingresaron al juicio por cualquier razón, tendrá que desecharlas como insumos para su juicio de valoración probatoria. Así mismo, por supuesto, acogerá y evaluará bajo los postulados de la sana crítica aquellos apartes que representen prueba directa.

6. La defensa afirma que los testigos de la defensa no presenciaron los hechos y por ello se pronunciaron sobre algo que no les consta, de allí que deba tratárseles como testigos de referencia. Empero, son varias las razones que desacreditan su argumento. Veamos:

Podría mencionarse en primer término la declaración de Nadir Evidelia Ramírez, persona que para la fecha de los hechos trabajaba como mesera en el restaurante La Granja en el municipio de Sabaneta, donde tuvieron ocurrencia. Esta mujer presenció todo el devenir fáctico, estuvo presente cuando la víctima arribó al lugar, es más, fue ella quien lo atendió en la mesa, así mismo observó cuando el activo de la conducta apareció allí tan solo unos minutos después de la víctima, observó que estos hombres se saludaron, intercambiaron algunas palabras, luego de lo cual el activo ingresó al baño para salir unos segundos después, arma en mano y accionarla contra la víctima por la espalda aprovechando que estaba descuidado. Tan cierto es lo anterior que pudo describir al agresor como un hombre grueso, de aproximadamente 1.70 metros de estatura que vestía jean, una camisa verde por encima de una blanca, zapatos blancos y gorra blanca que le impidió ver en detalle su rostro. Así las cosas, es claro que no se trata de una prueba de referencia en la medida en que la mujer dio cuenta de lo que observó.

En relación con las parejas de policiales que concurrieron al juicio por razón de estar involucrados en la captura del acusado, también admiten la calidad de pruebas directas en buena parte de sus manifestaciones. En efecto, Torres Suarez y Maldonado Montoya depusieron la forma en que se enteraron de la situación y como cumplieron la labor de cerrar el paso al acusado, quien hizo caso omiso a su requerimiento, no obstante lo cual pudieron alcanzarlo porque la otra pareja de uniformados lo capturó más delante de ellos. Pero estos ciudadanos percibieron por sus sentidos la actitud del capturado, la forma en que estaba vestido, los elementos que llevaba en su poder y las medidas de precaución que adoptaron a fin de asegurar la evidencia, circunstancias estas de las cuales fueron testigos directos.

Lo propio puede afirmarse de los uniformados Rodríguez Arroyo y Zañudo Correa, quienes detuvieron al acusado y dieron plena cuanta de los aspectos que los anteriores también percibieron por sus sentidos.

Así las cosas, insiste la Sala, no es cierto que la prueba de cargo esté representada por prueba de referencia, consideración de la defensa que contradice la realidad de la actuación.

6. Ahora bien, la tarea que ha de abordar la Sala a continuación es la de verificar si esa prueba directa con que cuenta el juicio, resulta suficiente para llevar al convencimiento más allá de la duda sobre la responsabilidad del acusado, pues acerca de la existencia de la conducta la situación es perfectamente clara. En esa dirección, la Sala examinará con mayor detalle la prueba arrimada al juicio.

6.1 Nadir Evidelia Ramírez, describió la escena completa sin que sea necesario reiterar ese tópico, pues ya se mencionó atrás. Sobre las características físicas del agresor, dijo que *“tenía camisa verde limón, jean, unos tenis blancos con líneas negras y gorra blanca, tenía por debajo una camisa blanca, me percate de eso cuando les lleve los patacones, no recuerdo la cara pero tenía el cabello corto, no le vi bien la cara porque tenía la gorra hacia abajo, era trocito más no gordo, de 1.68 a 1.70 más o menos de alto”*¹¹. Más adelante agregó que era de piel blanca como con brotecito.

6.2 Por su parte, los policiales que intervinieron en la captura del acusado manifestaron lo siguiente:

6.2.1 Jairo Alonso Torres Suárez dijo que el día de los hechos, aproximadamente a las 13:50 recibieron por radio el reporte de un posible herido con arma de fuego en el restaurante La Granja de Sabaneta, así como la descripción del vehículo en que se desplazaba el posible autor del hecho; que con base en esa información salieron a la autopista regional con las Vegas donde un minuto después observaron un vehículo que respondía a las características que les refirieron por radio, razón por la cual le hizo el pare levantando su mano, señal ante la cual el conductor hizo caso omiso, por lo que trataron de alcanzarlo pero el vehículo en que se desplazaba con su compañero de patrulla no estaba en las mejores condiciones, razón por la cual el sujeto los perdió. Sin embargo durante la persecución, reportaron ese hecho a la patrulla del cuadrante más cercano. Al llegar al sector del Éxito de Envigado con la regional, se percataron de que la patrulla del lugar había retenido al sujeto y le habían leído

¹¹ Declaración rendida el 3-08-2015 a partir de 1:19:43

sus derechos. Le incautaron 3 celulares y pudieron advertir que el sujeto estaba nervioso, sudaba y las manos le temblaban. Dijo que se demoraron un minuto en llegar desde el lugar donde se encontraban hasta la Regional con las Vegas y se ubicaron en el costado derecho de la vía en sentido sur norte; agregó que inmediatamente llegaron al lugar donde la otra patrulla detuvo al sujeto le embalaron las manos en bolsas de papel; describió al capturado como una persona corpulenta que vestía camiseta color blanca.

6.2.2 Por su parte, John Esteban Maldonado Montoya, compañero de patrulla del anterior, coincidió a grandes rasgos en lo dicho por este. Así, coincidió en la hora en que recibieron el reporte del herido con arma de fuego, el lugar donde se encontraban en ese momento, el lugar hasta donde se desplazaron y el tiempo que les tomó hacerlo, la forma en que se ubicaron a esperar el paso del rodante reportado, la forma en que al verlo, su compañero le hizo la señal de pare y la reacción del motociclista, quien hizo caso omiso a la señal y aceleró su paso; el intento fallido de persecución y el reporte a las patrullas de lugares adyacentes, así como la subsiguiente captura por parte de una patrulla de Envigado a la altura del Éxito; coincidió con su compañero, también en punto del estado de nerviosismo en que se encontraba el capturado, del hecho de que los 3 celulares que llevaba empezaron a sonar al mismo tiempo y de haber embalado sus manos con bolsas de papel. Sobre las prendas que vestía el capturado dijo que tenía un jean azul, una camisa de color y 2 cascos negros. Más adelante cuando La defensa le pidió claridad sobre el color de la camisa dijo que no lo recordaba.

6.2.3 Estiven José Rodríguez Arroyo, integrante de la patrulla que finalmente capturó al acusado, señaló que trabajaba como policía de vigilancia en Envigado y que para la fecha de los hechos recibieron un reporte de radio informando que en un establecimiento en Sabaneta reportaron un señor herido y dieron las características de una motocicleta para que hicieran los cierres respectivos; se desplazaron a la avenida regional a la altura de Sofasa y Peldar, al minuto de estar allí una patrulla de Sabaneta reportó que perseguía a la moto y pidió apoyo, unos minutos después vieron aproximarse la moto y la pararon, requisaron al tripulante le pidieron la cédula verificando que todo estaba en orden; a los 3 minutos llegaron los compañeros de Sabaneta y confirmaron que era el sujeto al que perseguían; Zañudo le leyó los derechos y lo llevaron a la URI de Medellín; les tomó un minuto en llegar a hacer el cierre abajo del puente del metro a la altura del Éxito; lo siguieron por un minuto o menos. Al ser interrogado acerca de las prendas que vestía el capturado, se refirió a un jean, camiseta blanca, gorra blanca y tenis; agregó que los compañeros de Sabaneta embalaron las manos del capturado con bolsas de papel que adquirieron en el Éxito de Envigado.

6.2.4 Finalmente depuso en el juicio Luis Eduardo Zañudo Correa, compañero de patrulla del anterior, quien se pronunció casi en los mismos términos de su antecesor, con la salvedad

consistente en que dijo haber interrogado al capturado acerca de si tenía permiso para portar armas, ante lo cual respondió negativamente; al ser indagado sobre las prendas que vestía el capturado precisó que se trataba de una camiseta blanca, jean azul, gorra blanca y dos cascos de color oscuro.

6.3 Además de lo anterior se cuenta con el dictamen pericial rendido en juicio por la experta del CTI Lucy Adriana Pardo Mosquera, quien tuvo a su cargo el examen de las muestras tomadas en las manos y ropas del acusado, prueba que llevó a cabo el 1 de junio de 2012, tan solo un par de meses después de tomadas las muestras, a través de microscopio electrónico de barrido, que aísla las muestras al vacío e identifica las partículas de metales a partir de su morfología; esta experta dijo que el equipo utilizado por ella en la referida prueba contaba con mantenimiento vigente, afirmación que no fue desacreditada por la defensa. Los resultados arrojados por la prueba fueron positivos para residuos de disparo. Al respecto, la experta precisó que el ambiente no resulta idóneo para alterar ese resultado, a menos que estuviera lloviendo, caso en el cual podría desplazar las partículas generando uno negativo.

6.4 En relación con esta prueba en particular, la defensa arrió al juicio la declaración de Medardo Antonio Pérez, otro experto en la materia que realizó una prueba semejante sobre las mismas muestras que arrojó, según dijo, un resultado negativo. Empero, el perito no mencionó la fecha en que se realizó dicha prueba, ni el estado de las muestras si es que acaso pasó mucho tiempo entre su toma y ese segundo examen.

Sobre el resultado de la prueba aportada por la Fiscalía dijo que pudo haberse afectado por el medio ambiente pues el humo de las volquetas puede dar lugar a que esas partículas se adhieran a la piel, aunque al final dijo que esto podría acontecer con el cilicio, pues los otros metales son pesados y no quedan en el aire. Añadió que el resultado también pudo alterarse por el estado del equipo que utilizó la Fiscalía, que puede conservar residuos de otras pruebas.

Empero, estas afirmaciones no pasan de ser especulaciones, inútiles en la intención de desacreditar la prueba de cargo, ante su falta de fundamento objetivo. Más claro, no pasa de ser la opinión del perito sin ningún tipo de respaldo probatorio que se refiera al caso concreto. En otras palabras, nos e demostró que en el caso concreto la toma de la muestra hubiese estado sometida a los factores de posible alteración del resultado, con lo cual los argumentos de la perito de la Fiscalía permanecen incólumes.

7. Así las cosas, de lo hasta aquí analizado, puede concluir la Sala que para definir el asunto cuenta con la declaración de una testigo presencial de los hechos que dio cuenta de manera detallada y confiable acerca de las circunstancias de su ocurrencia y ofreció una descripción

bastante clara y confiable del sujeto activo de la delincuencia; aunado a lo anterior, están las versiones de los policiales que participaron en la captura respondiendo a información de la central que reportaba al tripulante de un vehículo como posible participe en el hecho; con base en esa información dos de ellos dicen haberse ubicado en un punto que se constituye en paso obligado de quien se desplaza de Sabaneta, lugar de ejecución del reato que se juzga, hacia el sur del Valle de Aburrá, en esa ubicación, percibieron venir a un sujeto en el vehículo que les reportaron. Así surge un primer indicio de responsabilidad en su contra, el sentenciado se desplazaba proveniente del sector donde ocurrieron los hechos.

Pero lo anterior no es todo, además, este sujeto hizo caso omiso a la señal de pare que le hiciera el uniformado José Alonso Torres Suárez, sin que haya una razón que lo justifique distinta de la necesidad de evitarlos. Más claro, tenía una razón para evitar a los policías.

Además de lo anterior, se sabe que entre la ocurrencia de la conducta y la captura del acusado no transcurrió un lapso considerable, pues se dice que la acción se ejecutó aproximadamente a las 13:50 y la aprehensión del acusado se realizó a las 14:07 según dio cuenta el informe de captura suscrito por el uniformado Zañudo Correa. Lo anterior continúa fortaleciendo la hipótesis de la Fiscalía.

Hasta aquí, el acusado venía de Sabaneta, lugar de ejecución del crimen, eludió el requerimiento policial para que se detuviera y, finalmente fue detenido tan solo unos pocos minutos después del hecho.

Pero hay más, debe recordarse, aunque suene reiterativo, que la testigo presencial dijo que el activo del delito vestía camisa verde sobre una blanca, jean, tenis blancos, gorra blanca, era de contextura gruesa, blanco, de 1.68 a 1.70 metros de estatura y de corte bajito por lo que la gorra permitía ver. En esa descripción coincidieron casi a la perfección los policiales Rodríguez Arroyo y Zañudo Correa, con la única excepción relacionada con el color de la camisa, lo que no impide entender que fueron coincidentes con la anterior deponente, pues ella dijo que bajo la verde vestía una blanca y la experiencia enseña que es uso común entre la personas que ejecutan este tipo de acciones, el despojarse de alguna de sus prendas, principalmente la camisa para evitar ser reconocido por un eventual testigo.

Ahora bien, basta observar la descripción que de los rasgos físicos del acusado se plasman en la tarjeta decodactilar de la Fiscalía, para encontrar que coincide con la descripción que de este ciudadano ofreciera Nadir Evidelia Ramírez testigo presencial, en cuanto se trata de un sujeto de 1.70 metros de estatura, de tez blanca, de contextura gruesa y con corte de pelo

muy bajito. Itera la Sala, la coincidencia entre la descripción y los rasgos del acusado resulta palmaria.

Ahora bien, que la mujer no lo reconoció en el juicio es un hecho incontrastable, pero que en nada altera el análisis que viene realizándose, pues la mujer nunca dijo que estuviera en capacidad de reconocerlo, pues no le vio bien la cara, dada la forma en que llevaba la gorra. Explicación razonable, pues si el hombre se presentó al local con la intención de cometer un crimen, es claro que tuviera la precaución de no exhibir su rostro, precisamente con el fin de evitar ser reconocido.

Finalmente, está el resultado positivo de la prueba de barrido de residuos de disparo que aportó la Fiscalía, cuyas muestras fueron tomadas por los uniformados que realizaron la captura, sin que la defensa haya podido demostrar más allá de simples especulaciones que el resultado no correspondía a la realidad.

Las anteriores pruebas en su conjunto examinadas, permiten, en opinión del Tribunal concluir, más allá de la duda, la responsabilidad del acusado, coincidiendo en este tópico con la conclusión emitida por la *a quo* razón suficiente para impartirle confirmación.

La censura no prospera.

8. La Fiscalía, por su parte, recurrió la decisión en punto de la negativa de la *a quo* a considerar demostrada la circunstancia de agravación punitiva de que trata el artículo 104 numeral 7 del C.P. derivada de haber actuado poniendo a la víctima en condición de indefensión o inferioridad.

Sobre el punto, desde ya anticipa la Sala que la censura prosperará. Estas las razones:

8.1 Sobre la naturaleza de esta circunstancia gravante ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia:

... se presenta tanto en el evento en que el autor crea o propicia la situación de indefensión o inferioridad de la víctima, como cuando simplemente se aprovecha de alguna de esas condiciones.

Está en situación de indefensión quien al momento de la agresión carece de medios de defensa, esto es, en estado inerme, mientras la inferioridad ocurre cuando el sujeto activo se encuentra en relación de superioridad frente la víctima, vale decir, en posición ventajosa que le permite ejercer fácil dominio sobre esta.

La circunstancia de agravación en examen comprende no solo los eventos considerados tradicionalmente como actos en cuya ejecución el actor actúa a traición o en forma sobre segura, como la insidia, la alevosía, la acechanza y el

envenenamiento, sino en todas aquellas situaciones en que la víctima se encuentra en imposibilidad de repeler el ataque.¹²

8.2 Basta otear la declaración de Nadir Avidelia Ramírez para ratificar lo anunciado, en la medida en que la víctima fue atacada con arma de fuego por la espalda, en su cráneo, por alguien con quien había hablado segundos antes y respecto de quien no manifestó ninguna prevención. Además, no se demostró que la víctima portara armas o contara con algún medio para repeler el ataque de que era sujeto. Todo lo anterior es tan evidente que la única reacción de su parte fue correr, tratar de alejarse de su victimario, pretensión que se vio frustrada por la naturaleza de las lesiones irrogadas y porque el ataque no se detuvo hasta que su autor consideró garantizado, o mejor, consumado el resultado. En sentir de la Sala no es necesario reiterar en detalle la deposición de esta mujer.

8.3 El dicho de la testigo se ve ratificado además por el informe de necropsia en el cual se describen las lesiones sufridas por la víctima en los siguientes términos:

Orificio de entrada 1, de 0,5 x 0,5 cms, de bordes regulares, hemorrágicos, sin tatuaje ni ahumamiento perilesional, ubicado en región occipitoparietal derecha a 5 cm de la línea media posterior y a 9 cm del vertex... Trayectoria: derecha a izquierda, de atrás hacia adelante y de abajo hacia arriba.

Orificio de entrada 2 de 1 x1 cms, de bordes regulares hemorrágicos, sin tatuaje, con ahumamiento perilesional, ubicado en región sigomática izquierda a 9 cms de la línea media y a 14.5 cms del vertex...Trayectoria: izquierda a derecha, de posterior a anterior y de arriba hacia abajo.

Orificio de entrada 3 de 1.3 x 0.5 de bordes irregulares, hemorrágicos sin tatuaje, con ahumamiento perilesional, ubicado en región occipitotemporal izquierdo, a 14,5 cms del vertex y 4 cms de la línea media posterior... Trayectoria: de atrás hacia adelante lado izquierdo.

La anterior descripción no puede ser más ilustrativa, 3 impactos tuvieron como destino el cráneo de la víctima, con trayectoria de atrás hacia adelante, características que coinciden con las circunstancias descritas por la testigo presencial del hecho.

8.4 así las cosas, para la Sala no existe duda alguna acerca de la consolidación en el presente caso de la circunstancia agravante del homicidio derivada de la situación de indefensión en que se hallaba la víctima.

La censura prospera.

PUNIBILIDAD

¹² Cfr. CS de J AP6420-2014, radicado 42.692

9. La conclusión acabada de anunciar tiene como consecuencia que la pena a imponer ha de ser modificada de la siguiente manera:

El homicidio agravado se sanciona con pena que oscila entre 400 y 600 meses de prisión. En el *sub lite* se impondrá la pena mínima, que resulta coherente con la gravedad de la conducta ejecutada por el sentenciado.

Esta será la única modificación a introducir en la sentencia revisada.

Por causa de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** el fallo de fecha, origen y contenido indicados, con la siguiente y única modificación:

El delito por el que se condena a Wilder Yani Restrepo Restrepo de condiciones civiles y personales conocidas en la actuación es el de homicidio agravado.

La pena principal de prisión a imponer es de CUATROCIENTOS (400) MESES.

En lo demás la sentencia permanece incólume.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO