



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, jueves, siete de septiembre de dos mil diecisiete

Aprobado mediante acta número 0109 del treinta y uno de agosto
de dos mil diecisiete

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la Fiscal 34 Especializada y el representante de víctimas, conoce en segunda instancia esta Corporación, el fallo absolutorio proferido el 26 de enero de 2017 por la Juez Primera Penal del Circuito Especializada de Medellín a favor de los acusados HECTOR DE JESÚS ARAQUE MARÍN y CARLOS ANTONIO LÓPEZ LÓPEZ, vinculados por los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO, TORTURA y CONCIERTO PARA DELINQUIR.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a este proceso fueron sintetizados así por la primera instancia:

"El 19 de junio de 2015, el joven YERSON LEANDRO LOTERO BECERRA, natural y residente en el municipio de Envigado, se acercó sobre las 13:00 horas hasta el local 206 del centro comercial Medellín (afueras de la plaza minorista) a solicitar recargas de celular por un valor de \$ 80.000 a la señora BLANCA IRENE PALACIO BERRIO a quien le manifestó se había ganado un carro y debía para el efecto realizar esas recargas; ya había hecho dos recargas de \$ 40.000 y al solicitar otra recarga por \$20.000 la dueña del local le informó que no le podía hacer otra recarga, admitiendo luego el joven, haber sido estafado y carecer de recursos para sufragar las recargas por lo que se comunicó con su padre JORGE IVÁN LOTERO FERNÁNDEZ, quien quedó de dirigirse a las 16:00 horas al referido local para cancelar lo adeudado por su hijo, con tan mala suerte que la propietaria del lugar enteró a su esposo URIEL ZAPATA LÓPEZ de lo que estaba ocurriendo; este solicitó la presencia de los vigilantes del centro comercial los cuales no fueron hallados y en su defecto, y conocida la situación, llegaron varios jóvenes de los que se dice serían miembros de un grupo delincuencia con influencia en ese centro comercial y en la plaza minorista conocidos como "CONVIVIR", quienes golpearon y ultrajaron al joven LOTERO BECERRA, usando bate, puños y puntapiés, luego de lo cual el joven buscó refugio en el local donde había hecho las recargas para evitar que continuaran las agresiones y no obstante los múltiples requerimientos de la ciudadanía a la fuerza pública, esta solo hizo presencia a las 14:00 trasladando al joven desde el local donde se encontraba resguardado y en medio de la turba hasta el CAI de la minorista, siendo nuevamente agredido por la multitud, permaneciendo en el CAI a la espera de un vehículo para ser trasladado luego al Hospital General de Medellín, al que llegó sin vida.

Posteriormente trasladado a Medicina Legal estableciéndose que su muerte obedece a trauma raquimedular de tipo contundente con hematoma epidural espinal torácico.

Se tuvo información a través de los actos investigativos que en los hechos tuvieron participación alias El Indio, Pacho y El Tigre, lográndose la identificación y captura de Carlos Antonio López alias El Indio y Héctor de Jesús Araque Marín, alias Pacho. Este último se entregó voluntariamente.”

Los Juzgados 22 y 11 Penales Municipales con funciones de control de Garantías, los días 4 de agosto de 2015 y 10 de diciembre del mismo año respectivamente, verificaron la legalidad de las capturas de los señores ARAQUE MARÍN y LÓPEZ LÓPEZ y les aplicaron medidas de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario previa formulación de imputación por parte de la Fiscalía por los delitos de Homicidio Agravado y tortura, que no fue aceptada por los imputados.

El 31 de mayo de 2016, la Fiscalía 34 Especializada formuló acusación contra los procesados por los mismos delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO CON FINES DE EXTORSIÓN Y HOMICIDIO, HOMICIDIO AGRAVADO por los numerales 6 y 7 del artículo 104 del Código Penal y TORTURA. La audiencia preparatoria se realizó el 28 de julio de 2016 y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones entre el 16 de agosto de esa anualidad y el 4 de enero de este año, fecha en la que se profirió el sentido del fallo de inocencia. Finalmente, el pasado 26 de enero se emitió la sentencia que es objeto de apelación.

2. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Sostiene el a-quo que la materialidad del delito de homicidio está plenamente establecida con los distintos medios de conocimiento aportados por la Fiscalía. En cuanto a la responsabilidad de los acusados por esta infracción, afirma que a pesar de las múltiples pruebas incorporadas al juicio, solo los testimonios de SANTIAGO ANDRÉS CARDONA RAMÍREZ, JONATHAN ECHEVERRY CASTAÑO y ROBINSON GUSTAVO GÓMEZ OCAMPO, pudieran involucrarlos en esta conducta, empero, estima que éstos se retractaron y en esas condiciones queda sin piso probatorio la sindicación.

Del último de los mencionados destaca que en la entrevista relató que observó a muchas personas golpeando a la víctima y entre ellas observó a CARLOS ANTONIO LÓPEZ, quien le propinaba puños y patadas; que posteriormente conversó con HÉCTOR DE JESÚS ARAQUE y éste le contó que le había pegado un puño en el pecho y con un bate le golpeó los pies. Pero en su testimonio en el juicio indicó que no vio nada porque estaba dentro del local donde trabaja y añadió que lo consignado en la entrevista no fue afirmado por él, sino por el patrullero FERNÁNDEZ y añadió que los policiales le quitaron el teléfono móvil junto con su amigo SANTIAGO N., y los condujeron al CAI donde los amenazaron para que firmaran la entrevista.

De SANTIAGO ANDRÉS CARDONA destaca que en la entrevista afirmó que no presenció la agresión de que fue objeto la víctima, pero que estando en su local llegó agitado el acusado

ARAQUE MARÍN y le contó que había golpeado con un bate a un individuo que pretendía robar unas recargas de celular y puso el bate dentro del local. Al otro día lo llamó y le indicó que pretendía entregarse porque al asunto le estaban dando publicidad a la vez que sacó el bate y lo llevó para otro lado. Al igual que el anterior niega haber hecho estas manifestaciones en la entrevista y añadió que los patrulleros se le llevaron el teléfono móvil, luego fue conducido a la SIJIN donde el patrullero FERNÁNDEZ elaboró la entrevista, amenazándolo luego para que la firmara. No lo denunció por temor a que lo mataran.

Por último JONHATAN ECHEVERRY CASTAÑO hizo reconocimiento fotográfico y allí señaló al acusado ARAQUE (alias *Pacho*) como la persona que el día de los hechos le pegó con un bate a la víctima en las piernas y la cintura. En su testimonio en el juicio afirmó que el patrullero FERNÁNDEZ le mostró en la secuencia fotográfica a quién debía señalar y lo obligó bajo amenazas a suscribir la diligencia. Al otro día lo montó en un taxi para que volviera a firmar el acta diciéndole que una firma había quedado mal.

Para determinar cuál de las dos versiones rendidas por estos testigos contiene la verdad, la juzgadora analizó primero el testimonio de la señora GLORIA REGINA REALES GALES, empleadora de éstos y quien destacó que el día de los hechos los policiales les quitaron los celulares en forma arbitraria y se los llevaron capturados sin orden judicial, por lo que ella les reclamó recibiendo como respuesta que los llevaban a la Fiscalía para investigarlos por un problema que tuvieron en el centro comercial.

Destaca la sentenciadora que los uniformados no solo capturaron de manera ilegal a los testigos sino que les quitaron sus celulares (no se los devolvieron) para examinarlos, sin orden judicial y omitiendo el control anterior o posterior del Juez de garantías, lo que a todas luces hace ilegal los informes del contenido de los móviles y su transliteración y no puede ser tenida en cuenta en el proceso.

Estima la primera instancia que el testimonio de la señora REALES es coherente y sincero, no advirtió en él interés alguno para favorecer a los deponentes. De todas maneras la a-quo analiza el contenido de las comunicaciones entre los dos jóvenes en las cuales SANTIAGO le dice a *Pacho*, ante manifestación de éste de entregarse, que no lo haga porque él no ha hecho nada. Todo lo anterior y el haber tenido en las instalaciones policiales a los testigos por lapso de 6 horas, durante el cual les tomaron las entrevistas, les da cierta fortaleza probatoria a los testimonios que estos entregaron en el juicio oral. Cuestiona también a los policiales por no haber vinculado a JOHNATAN ECHEVERRY CASTAÑO siendo que se le identificó en los vídeos agrediendo a la víctima y destaca las afirmaciones de éste de haber sido amenazado por el patrullero FERNÁNDEZ para que firmara el acta de reconocimiento fotográfico señalando a uno de los acusados. Eso sin contar con que el bate con el que se golpeó a LOTERO, nunca apareció no obstante los policiales saber dónde estaba.

De otro lado destaca que la captura del menor SANTIAGO CARDONA RAMÍREZ se hizo vulnerando normas del Código de Infancia y Adolescencia así como la entrevista que le tomaron (artículo 194), vulnerando sus derechos fundamentales y

recuerda que los uniformados lo amenazaron con llevarlo a un centro de reclusión de menores, donde lo violarían por ser homosexual.

Concluye la juzgadora de primer nivel que las pruebas ilegales e ilícitas y las que de ellas se desprenden, no se deben tener en cuenta y en cuanto a los vídeos aportados por la Fiscalía destaca que solo se aprecia a un grueso número de personas golpeando a la víctima, donde no se observa a los acusados ni tampoco que alguien utilice un bate pero sí al individuo apodado *El Tigre* (no vinculado al proceso), por lo que ordena la compulsión de copias para que se adelante la respectiva investigación en su contra. En estas condiciones, al no poderse probar la participación de los acusados en la golpiza propinada a LOTERO, el asunto se torna dudoso y por ello la absolución de los procesados. Además, el testigo RICHARD ANDERSON ROSSO VÉLEZ informó al plenario que la víctima dos horas antes había sostenido una fuerte reyerta con otras personas por temas de microtráfico de estupefacientes; y, la testigo BLANCA IRENE PALACIO afirmó que antes de las agresiones tumultuarias al joven LOTERO, lo vio muy tembloroso y sudoroso.

De esos dos testimonios y del de la médico VIAGNEY BEATRIZ BRAVO VILORIA, dedujo la sentenciadora de primer nivel que LOTERO bien pudo ser contundentemente golpeado durante la primera riña y que los traumas que allí recibió bien pudieron dejarlo asintomático por un buen lapso (los síntomas, afirmó la patóloga mencionada, se presentan entre 12 y 24 horas después), lo que hace muy difícil determinar en qué momento la víctima sufrió el o los golpes letales.

En lo tocante con el delito de TORTURA, argumentó la falladora que no se cuenta con prueba directa que vincule a los acusados en la tortura y posterior muerte de LOTERO BECERRA, pues lo único que se tiene es una información de fuente anónima y otra obtenida de manera ilícita de los celulares que ilegalmente los policiales incautaron a dos testigos, además del testimonio de ROSSO VÉLEZ quien informó de una reyerta que sostuvo la víctima con otros individuos dos horas antes de ser golpeado por la multitud en la plaza mayorista, por lo que procede también la absolución por este delito imputado por la Fiscalía.

En lo tocante con el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR con fines de extorsión y homicidios, concluyó el sentenciador primario que la Fiscalía los acusó por su supuesta pertenencia a las *Convivir* que opera en la plaza Minorista de esta ciudad pero no aportó ningún medio de convicción para demostrar el acuerdo criminoso ni a qué organización pertenecían. El único testimonio de LUIS FERNANDO QUIJANO indica que aparentemente existe una banda criminal denominada *Las Convivir* pero nada sabe de sus integrantes ni de su dinámica, además, ninguno de los testigos manifestó ser víctima de extorsiones o conocer algo del tema.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

La Fiscal 34 Especializada sustentó así su inconformidad, pretendiendo la remoción del fallo absolutorio:

Los testimonios de los policiales investigadores DAVID ALEXANDER FERNÁNDEZ MUÑOZ y JOHN JAIRO GALICIA URIBE son contundentes en sus relatos al indicar que los acusados fueron señalados por informantes anónimos de pertenecer a *Las Convivir* y dedicarse a extorsionar a los comerciantes de la plaza La Minoristas, además participaron en la golpiza que le propinaron a un joven que pretendió estafar a la propietaria de un local de recargas telefónicas. Esos informantes anónimos les indicaron que eran apodados *Pacho* y *Caliche*. Añadieron los testigos policiales que se trasladaron al centro comercial *Medellín* donde se contactaron con dos testigos de los hechos –SANTIAGO CARDONA y ROBINSON GÓMEZ- a quienes condujeron hasta las instalaciones de la SIJIN con el fin de recibirles las entrevistas y ellos voluntariamente hicieron entrega de sus teléfonos móviles para extraer de ellos las conversaciones sostenidas vía WathsApp, de lo que quedó constancia en el acta, luego de lo cual fueron llevados hasta su lugar de trabajo.

La censora cuestiona a los entrevistados por cambiar su versión en el juicio para favorecer a los acusados, especialmente a su amigo *Pacho* y cree que fueron preparados para retractarse de lo que le dijeron a los policiales investigadores en las entrevistas, por lo que la Fiscalía tuvo que impugnarles credibilidad y presentar 4 testigos de refutación que dieron cuenta de la legalidad del procedimiento policial.

En lo tocante con el entrevistado JONHATAN ECHEVERRY CASTAÑO, quien en la diligencia de reconocimiento fotográfico reconoció a *Pacho*, se retractó en su testimonio en el juicio diciendo que fue obligado por los uniformados a señalarlo

como partícipe de los hechos, pero que fue desmentido por la Procuradora Judicial MARTHA CECILIA ARAMENDIZ, testigo de refutación, quien afirmó que esa diligencia se realizó con el lleno de los requisitos legales.

También presentó al policial CARLOS ENRIQUE SARMIENTO TRILLOS, quien confirmó las labores de investigación hechas por su compañero FERNÁNDEZ y aclaró que no le consta les hubieran incautado celulares y que la madre del menor autorizó su conducción a las instalaciones de la SIJIN. Con este testigo desmintió a los dos entrevistados cuando dijeron que FERNÁNDEZ y GALICIA les quitaron los celulares y que fueron obligados a firmar las entrevistas. También que los patrulleros investigadores llenaron a su antojo las entrevistas. Estima que la sentenciadora no valoró en su real dimensión los testimonios de refutación que presentó para infirmar los relatos de los testigos retractados.

Añadió que la falladora no examinó rigurosamente el motivo de las retractaciones y tampoco analizó contextualmente las pruebas practicadas en el juicio como por ejemplo mencionó pero no valoró el testimonio de la Procuradora Judicial y el investigador que llevó como testigos de refutación y por eso concluyó erradamente en la existencia de dudas que la llevaron a absolver a los acusados. Tampoco evaluó a profundidad los testimonios de los investigadores FERNÁNDEZ y GALICIA, quienes desvirtuaron lo dicho por la testigo GLORIA REGINA acerca de que los uniformados incautaron abusivamente los celulares de los jóvenes SANTIAGO CARDONA y RÓBINSON GÓMEZ, lo que no resulta creíble por la relación laboral que existía entre la deponente y los entrevistados. Se pregunta el disenso si éstos fueron despojados ilícitamente de

sus teléfonos móviles, por qué no denunciaron este hecho ?, de lo que infiere que en realidad los aparatos fueron entregados voluntariamente como se registró en el acta. Ahora bien, el lapso de 6 horas en las que estuvieron en las instalaciones policiales, no capturados, es el necesario para las entrevistas.

De otra parte, argumenta la censora que del contenido de los mensajes de WathsApp se deduce que fueron redactados por los mismos jóvenes testigos y no por los policiales y de ellos se observa que lo dicho por estos en la entrevista corresponde a la realidad. En cuanto a la afirmación de la sentenciadora de que en los vídeos aportados por la Fiscalía no se aprecia a los acusados golpeando a la víctima, explica que ella no se comprometió a mostrarlos agrediéndola.

Argumenta además que con las mismas entrevistas cuestionadas por la judicatura de primera instancia demuestra el delito de tortura, pues fueron los propios amigos de los acusados quienes afirmaron que participaron en la golpiza propinada a la víctima. Y en lo tocante con el concierto para delinquir admite que en realidad no demostró la conducta punible, lo que se explica en el temor que tienen los comerciantes dela plaza Minorista de testificar sobre este aspecto.

Por su parte el apoderado de víctimas sustentó así su disenso: la Juzgadora privilegió la retractación que hicieron los testigos ECHEVERRY CASTAÑO, GÓMEZ OCAMPO y el menor CARDONA RAMÍREZ en el juicio por sobre lo informado en las entrevistas. Lo dicho por estos en el juicio carece de respaldo

probatorio y los testimonios de los policiales investigadores los desvirtuaron, pues los supuestos excesos de éstos y la incautación arbitraria de los teléfonos móviles no se avienen al procedimiento ordinario que utiliza la Policía en estos casos y menos con un menor de edad. Destaca el testimonio de la Procuradora Judicial que desvirtuó contundentemente el dicho del menor en el juicio acerca de que fue obligado a reconocer a uno de los acusados, pues ella afirmó con total certeza que la diligencia se hizo con el lleno de los requisitos legales, lo que extrañamente omite la sentencia, lo mismo que omitió el análisis del testimonio del policial JOHN JAIRO OSPINA RONDÓN, quien estando de franquicia se presentó casualmente a la plaza Minorista donde fue contactado por personas anónimas que le mencionaron a los acusados como partícipes de la golpiza que le propinaron a la víctima.

Tampoco es de recibo para el censor el testimonio de ANDERSON ROSSO VÉLEZ, quien extrañamente cae al proceso para afirmar que momentos antes, el señor LOTERO participó en una riña en otro lugar pero no abundó en detalles sobre cómo estaba vestido o cómo se desarrolló la gresca. No debió la sentenciadora otorgarle valor suasorio a esta persona. Finalmente afirma que los acusados tienen antecedentes penales y por ello pudieron intimidar a los testigos.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Colegiatura para conocer en segunda instancia, por vía de apelación, el fallo absolutorio

proferido en este proceso por la Juez Especializada adscrita a este Distrito Judicial. El examen se contraerá a los motivos concretos de la inconformidad. El representante de víctimas no realizó un adecuado ejercicio de contradicción en la sustentación de la alzada, pues presentó un escueto escrito que apenas sí contiene los mínimos argumentativos para desatar el recurso. La Fiscalía sustentó en debida forma el disenso.

Para resolver la controversia planteada en esta segunda instancia, relativa a la valoración probatoria de los testimonios llevados al juicio por las partes, resulta necesario examinarlos en detalle y determinar su valor suasorio. En primer lugar la Fiscalía presentó a los patrulleros de la Policía Nacional e investigadores DAVID ALEXANDER FERNÁNDEZ MUÑOZ y JOHN JAIRO GALICIA URIBE, quienes asumieron desde el principio la indagación de lo sucedido la tarde del 19 de junio de 2015 en las instalaciones de la *Plaza Minorista* y el *Centro Comercial Medellín*, donde fue muerto el ciudadano YERSON LEANDRO LOTERO BECERRA, luego de recibir una fuerte golpiza por parte de una multitud de personas debido a que minutos antes había hurtado \$ 80.000 a una anciana discapacitada que atendía un local de recarga de teléfonos móviles.

El investigador FERNÁNDEZ MUÑOZ hizo el siguiente relato de los hechos: en su labor de indagación observó unos vídeos y entrevistó a unos patrulleros del CAI *La Minorista* y a varias personas que observaron los hechos, buscando información sobre los autores del homicidio. Estando en esa labor se le acercó un individuo desconocido y le manifestó que 2 jóvenes que trabajaban en el centro comercial tenían información sobre lo

ocurrido, a quienes localizó –ROBINSON y SANTIAGO- y condujo a las instalaciones de la SIJIN donde les tomó las entrevistas. Los conducidos entregaron voluntariamente sus teléfonos móviles y hacia las 4 de la tarde (6 horas después de haber sido llevados) fueron regresados a su lugar de trabajo. Seguidamente se extrajo el contenido de las conversaciones por WathsApp y junto con las entrevistas se entregaron a la Fiscalía. Aclaró que los deponentes leyeron o se enteraron del contenido de las mismas y sin presiones de ninguna naturaleza firmaron el documento.

Añadió el uniformado que la comunidad del sector no entregó informaciones por temor ya que los acusados pertenecen a las denominadas *Convivir*. También recuerda que le dijeron que ARAQUE utilizó un bate de aluminio al golpear a la víctima, pero finalmente, no obstante haberlo buscado, no encontró ningún bate. En el contrainterrogatorio y frente a un vídeo exhibido, indicó que el individuo apodado *El Tigre* también fue entrevistado y se encontró que también golpeó al joven LOTERO.

El otro policial investigador, JOHN JAIRO GALICIA URIBE, en términos generales testifica en forma similar del anterior y añade que él se ocupó de sacar la información de las comunicaciones de WathsApp de los celulares entregados por dos de los testigos que rindieron entrevistas y presentó el informe con los vídeos, álbumes fotográficos y otras evidencias documentales que recogió en sus labores de vecindario. Le tomó entrevista a SANTIAGO N., menor de edad con autorización verbal de su progenitora aunque no recuerda si se identificó o no y aclara que el menor entregó su celular porque **se le indicó que debía entregar el celular para ser extraída la información.**

Para fortalecer la prueba de cargo, la Fiscalía presentó a los patrulleros CARLOS ENRIQUE SARMIENTO TRILLOS y JORGE ARMANDO CASTRO BENITEZ. El primero de ellos sostuvo en su testimonio que acompañó a su amigo FERNÁNDEZ MUÑOZ a adelantar unas investigaciones en la *Plaza La Minorista* y que "**se retuvieron a dos personas y se llevaron a la SIJIN**" (se refiere a los entrevistados SANTIAGO CARDONA –menor de edad- y ROBINSON GÓMEZ) y no recuerda si les pidieron elementos o no.

Por su parte el Intendente CASTRO BENÍTEZ MANIFESTÓ que acompañó a los anteriores investigadores en las primeras diligencias el día de los hechos; en el lugar observó entre 40 a 50 personas que insultaban y pretendían seguir golpeando a un joven que se hallaba sentado dentro de un local comercial; escuchó que había sido atacado con un bate por varias personas. Como no llegaron vehículos policiales para sacar de allí a la víctima, lo condujeron a pie. **No le vieron heridas ni se quejaba.** Posteriormente se "*puso mal y no podía caminar*" por lo que tuvieron que sacarlo arrastrado. Añadió el policial que se ha enterado que en el sector operan las *Convivir* pero no han tenido requerimientos porque nadie denuncia ni comentan nada sobre el tema, cree que por temor a sufrir represalias.

El patrullero GUIDO ALBERTO CANTERO ZÚÑIGA es perito en informática y se encargó de extraer la información de los dos equipos celulares y entregar el informe a la Fiscalía. Otros policiales como MATEO LOAIZA ÁLVAREZ y GABRIEL ANTONIO DIAZ QUINTO, manifestaron que no les consta la existencia de la organización *Convivir* en ese sector. JOHNNY ANDRÉS GALLEGO, policial manifestó que informantes anónimos le dijeron que los alias

El Tigre, Pacho y El Indio golpearon al joven LOTERO por no pagar unas recargas de celulares.

Como testigos comunes fueron presentados los dos entrevistados ROBINSON GUSTAVO GÓMEZ OCAMPO y el menor SANTIAGO ANDRÉS CARDONA RAMÍREZ. Aquél sostuvo que se encontraba en la esquina del centro comercial *Medellín* cuando observó una multitud y a la Policía que llevaba a un individuo hacia el interior del centro comercial. Se enteró que éste había sido golpeado por unas recargas de celular que no pagó. No sabe quiénes agredieron a esa persona. Fueron llevados forzosamente a las instalación de la SIJIN por los patrulleros FERNÁNDEZ y GALICIA y le quitaron el celular (no se lo devolvieron). Allí estuvo desde las 10 de la mañana hasta las 4 de la tarde. Con relación a la entrevista sostuvo que FERNÁNDEZ la elaboró totalmente y se la pasó para que la firmara, indicándole que debía suscribirla para ser liberado. Relata que los policiales llegaron hasta su lugar de trabajo y junto con SANTIAGO, el menor de edad, fueron llevados por la fuerza.

Por su parte SANTIAGO ANDRÉS CARDONA, menor de edad, afirmó que estando trabajando en el centro comercial, llegaron los policiales y le exigieron la entrega del celular, luego fue conducido junto con ROBINSON hasta la SIJIN, donde le hicieron firmar un documento cuyo contenido desconocía. No sabe quién dio muerte a la víctima. Solo sabe que un grupo numeroso de personas lo golpeó. Lo amenazaron con llevarlo al centro de reclusión de menores en *La Pola*, donde lo iban a violar por su condición de homosexual, si no firmaba la entrevista. La Policía ni le preguntaron por su edad y mucho menos se comunicaron con su progenitora. En varias ocasiones FERNÁNDEZ estuvo en su lugar de trabajo

amenazándolo. No lo denunció por temor a que lo matara. No le dijeron que su teléfono iba a ser examinado y no se lo devolvieron. No aceptó ir voluntariamente hasta la SIJIN. Fue conducido forzosamente.

JONHATAN ECHEVERRY CASTAÑO, apodado "*El Tigre*" afirmó que efectivamente fue llevado al reconocimiento fotográfico, pero allí el investigador FERNÁNDEZ le mostró a quienes debía reconocer. Además, en la entrevista consignaron lo que él nunca manifestó. Al otro día, el policial volvió a su lugar de trabajo a pedirle que volviera a firmar porque se habían dañado las firmas. Lo hizo dentro de un taxi.

Como se puede apreciar, los cargos que la Fiscalía enrostra a los acusados están soportados probatoriamente en 3 entrevistas de personas que en el juicio, no ratificaron y, por el contrario, explicaron que no las rindieron en los términos indicados por los uniformados; que jamás hicieron tales manifestaciones (señalar a los acusados como autores del homicidio) y que fueron obligados a suscribir. También indicaron en el juicio que fueron retenidos ilegalmente por los policiales y conducidos por 6 horas a las instalaciones de la SIJIN, además les fueron incautados sus teléfonos celulares para ser examinadas sus comunicaciones privadas.

La judicatura de primera instancia concluyó que efectivamente estos testigos fueron conducidos arbitrariamente hasta las instalaciones policiales, que les fueron incautados sus teléfonos móviles y analizado el contenido de sus comunicaciones

privadas sin orden judicial y sin un control posterior de legalidad por parte del Juez de garantías, lo que hace ilegal ese medio de conocimiento documental presentado por la Fiscalía y todas las evidencias que de ella se derivan. Y, como si fuera poco, se capturó a un menor de edad sin cumplir los estrictos protocolos del Código de Infancia y Adolescencia para tomarle una entrevista.

La Fiscalía censora responde a estos cuestionamientos de la operadora judicial argumentando que los entrevistados no fueron conducidos hasta la SIJIN arbitrariamente y tampoco incautados sus celulares, pues ellos voluntariamente y sin presiones accedieron a su entrega y a acompañar a los investigadores hasta las instalaciones policiales a rendir sus entrevistas.

Previamente, veamos cómo llegaron los investigadores FERNÁNDEZ y GALICIA hasta los señores SANTIAGO CARDONA, ROBINSON GÓMEZ y JONHATAN ECHEVERRY. Según el testimonio de aquellos, una persona a quien no identifican, al parecer para proteger su identidad, según se desprende de sus manifestaciones, les hizo saber que CARDONA, GÓMEZ y ECHEVERRY presenciaron lo ocurrido y pudieron identificar a algunos de los agresores de la víctima, por lo que se dieron a la tarea de ubicarlos para obtener su versión.

Razón le asiste a la primera instancia cuando cuestiona fuertemente a los policiales que condujeron a los potenciales testigos hasta las instalaciones de la SIJIN, pues no fue voluntario el acompañamiento ni tampoco la entrega de los

celulares, como sostienen éstos y la Fiscalía. Nótese que efectivamente se trató de un procedimiento abiertamente irregular no solo por haberse llevado por la fuerza a un menor de edad (SANTIAGO CARDONA) y recibido una entrevista sin el lleno de los requisitos legales que establece el artículo 150 del Código de Infancia y Adolescencia así:

"Artículo 150. Práctica de testimonios. Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el defensor de familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor solo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que éste responda a la pregunta que se le ha formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se hará fuera del recinto de la audiencia y en presencia del Defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación... (Negrillas fuera del texto original)

Los policiales indicaron que contaron con el consentimiento de la progenitora del menor, pero esto fue rotundamente negado por éste y por su empleadora GLORIA REGINA REALES GALES, quien expuso en su testimonio que los agentes del orden le quitaron los celulares a los dos jóvenes y se los

llevaron forzosamente; ella les reclamó por este acto arbitrario pero ellos le respondieron que se los llevaban para la Fiscalía.

Tenemos entonces que ni los jóvenes aceptaron acompañar voluntariamente a los investigadores policiales ni entregaron voluntariamente sus teléfonos móviles. Es que si se analiza el testimonio del patrullero CARLOS ENRIQUE SARMIENTO TRILLOS, quien acompañó a sus compañeros ese día, fácil observamos que afirma "se retuvieron a dos personas y se llevaron a la SIJIN para recepcionar entrevista", lo que confirma los dichos tanto de los retenidos como de su empleadora.

Más allá de la validez o no de esas entrevistas tomadas bajo amenazas o de la que rindió el menor de edad por fuera de las previsiones legales del Código de Infancia y adolescencia (artículo 150), lo cierto es que esas personas estuvieron privadas de su libertad durante 6 horas, lapso en el cual se les tomó las entrevistas, de ello fácil se deduce que no fue un acto voluntario de los entrevistados, que medió la intimidación y la fuerza, como explicaron éstos en sus testimonios en el juicio, por lo que las entrevistas pierden espontaneidad y su contenido finalmente resulta deleznable. Recuérdese que el menor de edad manifestó con total certeza que fue amenazado con ser llevado al centro de reclusión de menores donde sería violado sexualmente dada su condición de homosexual y señaló a los entrevistadores como quienes permanentemente lo amenazaron para que dijera tal o cual cosa en la diligencia, lo mismo que al otro retenido. Además, la jurisprudencia ha sostenido que "*...las entrevistas, en todo caso anteriores al juicio, son simples actos de investigación del delito y sus autores, y no constituyen en sí mismas prueba alguna, por lo*

que no se pueden introducir en el juicio de manera autónoma e independiente....” (42044/2015)

De otro lado, los señores CARDONA, GÓMEZ y ECHEVERRY rindieron testimonios en el juicio relatando las capturas y amenazas de que fueron objeto por parte de los patrulleros investigadores FERNÁNDEZ y GALICIA, así como la incautación de sus teléfonos móviles que no le fueron regresados. Aclararon que no les consta que los acusados hubieran golpeado al joven LOTERO y mucho menos que pertenecieran a las denominadas *Convivir*, y destacaron que son sus amigos y no tenían por qué involucrarlos en semejante asunto.

La falladora de primera instancia estimó que ciertamente estamos frente a una retractación de lo que manifestaron en las entrevistas los mencionados testigos y siguiendo los precedentes jurisprudenciales en torno a esta figura, hizo un análisis de los dos momentos en los cuales formularon sus relatos, concluyendo que las entrevistas adolecen de tantas irregularidades como las enunciadas en los acápites precedentes, debidamente demostradas, que la verosimilitud de su contenido resulta fuertemente ensombrecida, dejando en la incertidumbre la participación de los acusados en la golpiza que la multitud le propinó al señor LOTERO.

También cuestionó la sentenciadora de primer nivel la prueba documental presentada por la Fiscalía contentiva de la transliteración de los mensajes que vía WathsApp cruzaron ROBINSON GÓMEZ y SANTIAGO CARDONA, la que considera ilegal

porque no cumplió con el protocolo de la intervención del Juez de Control de Garantías tratándose del examen de unas comunicaciones privadas, dada la violación del derecho fundamental de la intimidad y recuerda que los uniformados incautaron los celulares a los testigos mencionados sin orden del Fiscal y sin control previo ni posterior de los resultados obtenidos, por lo que estimó se trata de una prueba ilícita e ilegal que debe ser excluida del plenario.

La Sala comparte esta decisión de la judicatura de primera instancia, pues se demostró con suficiencia que los uniformados investigadores arbitrariamente quitaron los aparatos de comunicación móvil a las personas que irregularmente privaron de la libertad por seis horas para llevarlos a las instalaciones de la SIJIN a recibirles una entrevista y luego los sometieron a examen de donde extrajeron las comunicaciones privadas que transliteraron. Ese medio de conocimiento es el que la Fiscalía aportó al juicio para demostrar que los testigos en mención sí tuvieron conocimiento de la intervención de los acusados en la agresión multitudinaria de la víctima, pero, reiteramos, su evidente ilegalidad permite la remoción del conjunto probatorio, al igual que la entrevista del menor de edad tomada al margen de las disposiciones legales, como se indicó anteriormente.

La censura indicó que los testigos fueron aleccionados para que cambiaran su versión en el juicio, por lo que tuvo que impugnarles credibilidad y presentar testigos de refutación como otros patrulleros de la Policía que dieron cuenta de la ilegalidad del procedimiento, y el de la Procuradora Judicial MARTHA CECILIA ARAMENDIZ, quien asistió al reconocimiento fotográfico que hizo el testigo JONHATAN ECHEVERRY CASTAÑO, dando cuenta

de que esta diligencia se hizo conforme a las disposiciones legales y que no es verdad el testigo hubiera sido presionado ni se le señaló ninguna de las imágenes como afirmó en su testimonio en el juicio.

Efectivamente la doctora ARAMENDIZ que por su firma impuesta en el acta puede asegurar que estuvo en esa diligencia, aunque no recuerda al investigador ni al deponente, pero normalmente se cumplen los protocolos. En términos generales podemos afirmar que certificó su presencia en el acto por la firma que es suya, pero no lo recuerda con precisión, de tal suerte que su relato no confuta con certeza las manifestaciones de ECHEVERRY, pues la Procuradora no afirmó haber estado desde cuando el testigo llegó hasta que salió. Además, el investigador volvió al otro día al lugar donde labora ECHEVERRY para pedirle volviera a firmar el acta de reconocimiento porque la anterior se había dañado, lo que también siembra una razonable duda en torno al asunto, tal como manifestó la sentenciadora de primera instancia.

En cuanto al testigo CARLOS ENRIQUE SARMIENTO TRILLOS, policial que acompañó informalmente a los investigadores, fue presentado para refutar lo dicho por los testigos GÓMEZ, CARDONA y ECHEVERRY acerca de que les quitaron los celulares. El deponente simplemente afirmó que delante de él esto no se hizo y que no recuerda que se hubieran incorporado tales elementos a las actas.

En conclusión, podemos afirmar que los testigos de refutación no cambiaron la situación inicialmente planteada, pues de manera certera y concreta no desvirtuaron las manifestaciones

testificales de los señores CARDONA, GÓMEZ y ECHEVERRY, simplemente presentaron los hechos desde su propia perspectiva, diferente a la expuesta por aquellos, pero no contradictoria, al menos en lo esencial de la historia, por lo que bien hizo la falladora primaria al desestimar los dichos de estos testigos de refutación. Yerra la censura cuando afirma que la operadora judicial no valoró en su real dimensión estos testigos.

De otro lado, la Fiscalía cuestiona el valor suasorio que la primera instancia le otorgó al testimonio de la señora GLORIA REGINA REALES, propietaria del local donde trabajaban los testigos CARDONA (el menor de edad) y GÓMEZ, pues considera que pudo haber mentido al respaldar los dichos de sus empleados acerca de que los policiales investigadores les quitaron los celulares y los llevaron por la fuerza a la SIJIN. La relación laboral, añade el disenso, pudo haberla llevado a faltar a la verdad.

Como puede verse, no se trata más que una especulación de la Fiscalía sin respaldo probatorio, es su particular conclusión y visión del asunto. Bastante ha dicho la jurisprudencia y la doctrina que dentro del concepto de la sana crítica como criterio de apreciación, se permite darle credibilidad a personas vinculadas con las partes o las víctimas, dentro de las reglas de la psicología, la lógica y el sentido común. No existe norma procesal que ordene al funcionario judicial desechar los testimonios de parientes, amigos, conocidos y empleadores por este hecho, por lo que ese vínculo no los convierte *per se* en inverídicos, como cree el censor, lo que significa que debe el juzgador examinarlos con un poco más de rigurosidad de acuerdo con las circunstancias de cada caso, pero puede merecerle plena credibilidad, como acontece en este evento

concreto, donde la señora REALES GALES ofreció un testimonio coherente dentro del contexto probatorio, sincero y claro, sin que se aprecie intención alguna de favorecer a sus empleados o de inculpar falsamente a los policiales.

A la pregunta de la Fiscalía de por qué estas personas que fueron despojadas de sus teléfonos móviles no denunciaron el hecho, ellos mismos contestaron de manera clara y precisa que por temor de la institución policial y de los investigadores que mostraron una fuerza desahogada en su captura el día de los hechos, así como por las amenazas que les lanzaron dentro de la instalación de la SIJIN, lo que resulta comprensible. Su silencio frente a estas irregularidades de los agentes del orden no significa necesariamente que hubieran mentido en su testimonio en el juicio.

El disenso sostiene que el contenido de los mensajes de WathsApp cruzados entre los testigos que rindieron la entrevista le permite inferir que fueron redactados por ellos mismos y no por los policiales, además que corresponden a la realidad. La Juzgadora de primer nivel contestó, a pesar de haber removido este medio de conocimiento por ilegalidad, que en un aparte de esas comunicaciones uno de los jóvenes le dice al otro que él no hizo nada y por tanto no tiene por qué entregarse a los uniformados.

En torno a este aspecto de la controversia la Sala no hará pronunciamiento alguno porque el medio de conocimiento (el documento contentivo de la transliteración de los mensajes) resultó ilegal y por tanto fue excluido del contexto probatorio, por

lo que no resulta procedente su análisis y valoración. Finalmente, en lo tocante con el homicidio, cuestiona el argumento de la sentenciadora de que en los vídeos exhibidos en el juicio, no se observó ni identificó a los acusados participando en la golpiza al señor LOTERO, pues la Fiscalía no se comprometió a mostrarlos en esta acción. Si la representante del ente investigador se comprometió o no a probar que los acusados aparecen en las grabaciones en tal actitud agresiva, ello no resulta relevante, ya que la conclusión de la juzgadora es un argumento más de su discurso hermenéutico en orden a fundamentar la absolución.

En punto del delito de TORTURA, la Fiscal sostuvo que con las mismas entrevistas rendidas por los supuestos testigos, demuestra la existencia de tal infracción; y el CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO con fines de extorsión y homicidio, admite la censura que no lo probó porque los comerciantes del sector tuvieron miedo de aceptar que las denominadas *Convivir* les exigen cuotas extorsivas.

Razón le asiste a la primera instancia cuando concluyó que con unas irregulares y cuestionables entrevistas, una de ellas ilegal, unos documentos que también se excluyeron por clarísima ilegalidad, y unos vagos y genéricos testimonios de uniformados de la Policía Nacional que apenas hacen mención de que en el sector operan las *Convivir*, pero no señalan a los acusados como militantes de esa organización al margen de la ley y tampoco como partícipes de la golpiza propinada al señor LOTERO, la Fiscalía pretendió demostrar un HOMICIDIO, una TORTURA Y CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO con fines de extorsión y homicidio, lo que resulta claramente improcedente porque con los medios de

conocimiento que allegó al juicio no demostró con la contundencia que exige el ordenamiento adjetivo penal, las dos últimas conductas punibles ni la responsabilidad de los acusados en ninguna de ellas, ya que la incertidumbre es total, como lo indicó la primera instancia.

En relación con el delito contra la vida, se dedicó y centró todos sus esfuerzos en darle solidez a unas entrevistas plagadas de irregularidades, que nada contundente dicen acerca de la efectiva participación de los señores ARAQUE MARÍN y LÓPEZ LÓPEZ en el homicidio de YERSON LEANDO LOTERO BECERRA, pues se estableció probatoriamente que éste participó en dos fuertes confrontaciones el día de los hechos; horas antes participó en una reyerta con unos habitantes de la calle en la Avenida De Greiff, de lo que dio cuenta con total certeza el testigo RICHARD ANDERSON ROSSO VÉLEZ y luego fue atacado por una multitud de personas que le propinaron una fuerte golpiza, de tal suerte que aun aceptando en gracia de discusión que los acusados también lo golpearon, no se probó con la certeza requerida cuál fue ese nivel de participación, es decir, con qué lo atacaron, cuál la contundencia y qué tan grave fue esa agresión, pues no puede olvidarse que en los homicidios tumultuarios no toda participación alcanza el nivel de coautoría. Esta depende de cuál fue el aporte causal del agente, que debe estar con precisión delimitada, nada de lo cual se ocupó esta investigación.

Y en el concierto para delinquir, fue la misma censora la que admitió en el libelo de sustentación del disenso que no demostró el delito contra la seguridad pública, lo que es cierto, pues ningún medio de conocimiento se refiere a concertación de los acusados ni de otras personas para extorsionar a los comerciantes

de la *Plaza Mayorista* y del *Centro Comercial Medellín*, por lo que bien razonó la primera instancia al desestimar la solicitud de condena por estas especies criminosas.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de naturaleza y origen conocidos en lo que es materia de apelación.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 183 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado