

M. PONENTE	: LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
ACTA DE APROBACIÓN	: 36 / 2017
RADICADO	: 05001-60-00-206-2008-81828
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA ABSOLUTORIA
FECHA	: 18 DE ABRIL DE 2017
DECISIÓN	: REVOCA ABSOLUCION Y CONDENA
DELITOS	: HOMICIDIO

PROVIDENCIA

PROCESO:	05001-60-00-206-2008-81828
DELITO:	Homicidio simple Porte Ilegal de arma de fuego.
CONDENADO:	Darwin Yesid García Atehortua
PROCEDENCIA:	Juzgado 13 Penal del Circuito de Medellín
OBJETO:	Apelación de sentencia absolutoria.
DECISIÓN:	Revoca y condena
M. PONENTE:	Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISION PENAL

Medellín, dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017).

Proyecto aprobado según Acta No. 36

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía 127 Seccional Delegada y el representante de la víctima, en contra de la sentencia proferida el 20 de enero del presente año por el Juzgado 13 Penal del Circuito de Medellín, en la cual se absolvió al señor Darwin Yesid García Atehortua de los cargos de homicidio simple y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

I. ANTECEDENTES:

Fueron narrados en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía Delegada, en los siguientes términos:

“Tuvieron ocurrencia el día 1º de junio de 2008, a eso de las 6:30 horas, al frente de la casa ubicada en la calle 109 nro. 108 – 106 del barrio La Francia del Popular II de Medellín.

Darwin Yesid García Atehortua, alias “Miguaje”, se encontraba peleando con alias “El Oso”, pero Brayan Francisco Quintero Henao, alias “Morochó” y otros muchachos, “Duva” y “El Negro”, los ayudaron a separarse. Al rato, ya la pelea fue entre todos los contertulios allí reunidos, quienes estaban borrachos y amanecidos, según dicen los vecinos. Al final se redujo la pelea a Darwin Yesid García Atehortua, alias “Miguaje” y Brayan Francisco Quintero Henao, alias “Morochó”, donde el primero le pegó un cabezazo al segundo y este le respondió con un puñetazo en la boca a aquel. “Miguaje” entonces le dijo a “Morochó”- “Estas muy aletiadito, pues entonces espéreme ya bajo”.

Darwin Yesid García Atehortua se ausentó unos momentos, ingresó al primer piso de la vivienda señalada, allí donde vive un viejo a quien apodan “La Mula” y regresó con un arma de fuego, disparó varias veces sobre la humanidad de Brayan Francisco Quintero Henao y huyó del lugar. A raíz de las heridas sufridas Brayan Francisco Quintero Henao falleció.”

ACTUACION PROCESAL

El día 24 de junio de 2013, ante el Juzgado 4º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía formuló imputación en contra del señor Darwin Yesid García Atehortua, por los delitos de homicidio simple y fabricación, tráfico o porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, cargos a los cuales no se allanó el imputado. Se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El imputado fue acusado por la Fiscalía General de la Nación mediante escrito presentado el 23 de agosto de 2013, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia realizada el 7 de noviembre siguiente, en la cual se le llamó a responder como autor de los referidos punibles.

Realizado el juicio oral, el *A quo* profirió la sentencia que se revisa, en la que absolvió al acusado de los cargos imputados por la Fiscalía, decisión que fue apelada por el Ente Acusador y el representante de la víctima, habilitando la competencia para decidirlos y a cuyo objetivo se encamina la Sala de Decisión.

II: DE LA DECISIÓN RECURRIDA

El *a quo* empezó por señalar que se acreditó plenamente en la actuación, la muerte de Brayan Francisco Quintero Henao, a quien se le conocía como “*Morocho*”, a través del acta de inspección al cadáver, la necropsia, historia clínica y el registro civil de defunción.

En cuanto a la responsabilidad del acusado en estos hechos, aseveró que en el proceso se generaron dudas que obligaron a proferir sentido de fallo absolutorio, pues los testigos de la Fiscalía, Darío Andrés Benjumea, investigador, Martha Quintero, madre del occiso, y la joven Daniela María Quintero, no conocieron personalmente los hechos, y solo trajeron relatos de lo dicho por otras personas frente al evento, lo cual los convierte en testigos de referencia.

Referente a la señora Luz Elena Paniagua, asegura que se trata del testimonio de una persona que no observó los hechos, no vio el altercado, no observó quien disparó, no conoce a ninguno de los jóvenes que estaban dentro de la casa y ni siquiera sabe quiénes había en el inmueble. Señaló el juez que esta persona percibió gritos, alegaciones, y escuchó decir “*mataste a morochito*”, pero no sabe quién lo dijo porque no vio. Concluye que también se trata de un testimonio de referencia.

Por otro lado, estimó el *a quo* que la prueba ofrecida por la defensa, consistente en dos testigos que se encontraban en el sitio de los hechos, generan dudas frente a la responsabilidad de García Atehortua, pues estos son claros, coherentes y coincidentes en afirmar que quien mató a Brayan Francisco Quintero fue “*German*”, a quien conocen como “*El Peludo*”, persona que llegó al lugar donde departían y sin mediar palabra disparó causando su muerte, dichos que no fueron refutados ni su credibilidad fue impugnada.

Consideró que los testigos de la defensa pudieron haber incurrido en contradicciones, pero estas no versaron en aspectos esenciales.

Con todo lo anterior, consideró la primera instancia que subsisten dudas razonables frente a la responsabilidad del procesado, lo cual conllevó a emitir un sentido de fallo absolutorio.

III. DEL RECURSO

En la audiencia de lectura de fallo, se interpuso recurso de apelación, inconformidad que luego sustentaron las partes con argumentos que se resumen como sigue:

3.1 Fiscalía

Estima que aunque los testimonios ofrecidos por Daniela María Quintero y Martha Lucía Quintero, hermana y madre del occiso respectivamente, fueron calificados por el Juez como prueba de referencia, no se tuvo en cuenta que estas dieron refirieron su conocimiento directo de ciertos eventos, como el hecho de que los padres del acusado

hubieran pedido perdón a la familia de la víctima, o que el señor Darwin Yesid y su hermano hubieran huido del barrio inmediatamente sucedido el homicidio de Brayan Francisco. Dice que el Juez debió haber realizado una valoración en conjunto, tanto de las pruebas de referencia admisible como las de conocimiento directo.

Destacó que los anteriores testigos tuvieron conocimiento de las circunstancias del homicidio a través del señor Duvalier Roldan Álvarez, persona que estuvo presente en el sitio de los acontecimientos pero no pudo asistir al juicio debido a su fallecimiento.

Indicó que también se equivocó el juez en la valoración del testimonio de la señora Luz Estella Yepes Paniagua al calificarlo como prueba de referencia, pues una cosa es obtener el conocimiento de un tercero y otra es percibir directamente a través del órgano del oído, tal y como ocurrió en este caso.

No se explica por qué el juez concluyó que el relato de la señora Yepes era de referencia, cuando esta adujo que escuchó directamente cuando alguien le dijo a otro *“Miguaje hermano, por qué me va a matar si yo a usted no le he hecho nada”*, o escuchar *“Miguay hermano, güevón lo mataste”*. Estima que lo anterior se trata de una reacción instintiva de alguien que estaba cerca del desarrollo de la conducta homicida.

Señaló que la presencia de la señora Yepes Paniagua a pocos metros del lugar donde Darwin Yesid García Atehortua le dio muerte a Brayan Francisco Quintero, la habilitan para haber aprehendido el conocimiento directo de que el ejecutor del acto fue el aquí acusado, y no alias *“El Peludo”*, que por haber fallecido fue fácil endilgarle la responsabilidad en el hecho.

Destacó varias contradicciones en que incurrieron los testigos de la defensa, a los cuales la primera instancia les otorgó plena credibilidad, en particular el hecho de que uno de ellos hubiera dicho que alias *“El Peludo”* llegó pateando la puerta para luego empezar a disparar, mientras que el otro declarante afirmó que *“El Peludo”* era uno más de los integrantes de la fiesta y que luego de una discusión se escucharon los disparos.

Solicita revocar la sentencia absolutoria y en su lugar emitir fallo de condena en contra del procesado.

3.2 Representante de la víctima

Critica el carácter de prueba de referencia que se le dio al testimonio de la señora Luz Estella Yepes Paniagua, pues de conformidad con la interpretación ofrecida por el *a quo*, solo sería testigo directo quien percibe visualmente un hecho, ignorando con ello la cantidad de variables que pueden darse respecto a la percepción de un acontecimiento.

Destaca que la testigo percibió auditivamente una discusión, un reclamo, unos disparos, manifestando haber escuchado que alguien identificado con un alias mató a otra persona también identificada con un alias, lo cual se constituye en una prueba directa.

En cuanto a los testigos de la defensa, resalta que el señor Armando Valenzuela y el procesado son amigos de crianza, y que entre ambos siempre hubo una relación muy cercana, situación que debió ser tenida en cuenta por la primera instancia al momento de la valoración del testimonio.

IV. NO RECURRENTE

La defensa por su parte, consideró acertada la decisión del Juzgado, ya que la Fiscalía trató de demostrar sus tesis de responsabilidad con fundamento exclusivo en prueba de referencia, desconociendo este carácter en los testimonios vertidos por la madre y la hermana del acusado.

Señala que las pruebas de descargo fueron directas y presenciales, lo que llevó al juez a la persuasión suficiente para entender que las cosas no sucedieron como pretendió presentarlas el ente acusador.

Solicita que se mantenga la sentencia absolutoria impartida a favor del señor Darwin Yesid García Atehortua.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

Como primera medida se debe destacar que no existió controversia en el hecho de que el día 1º de junio de 2008, a eso de las 6 y 30 horas, en la residencia ubicada en la calle 109 nro. 108 – 106, sector La Francia del barrio Popular II, el señor Brayan Francisco Quintero Henao fue agredido violentamente con disparos de arma de fuego, propinándosele graves heridas que a la postre desencadenaron su muerte.

Tampoco existió debate sobre el hecho de que efectivamente el señor Edwin Yesid García Atehortua, acusado en esta investigación, se encontraba presente en el sitio de los hechos para el momento en que se produjeron los disparos, pues así lo aceptaron los propios testigos de la defensa Jorge Armando Valenzuela y Steven Ricardo Restrepo.

De acuerdo a los planteamientos expuestos por la Fiscalía, el problema jurídico a resolver es de índole netamente probatorio, por cuanto la inconformidad del apelante se centró en una supuesta mala valoración que hizo la primera instancia de las diversas pruebas introducidas al juicio oral, especialmente en lo que respecta a los testimonios de cargo, pues, asegura el recurrente, se acreditó que la persona que le disparó a la víctima aquella mañana fue el aquí acusado, y no el sujeto identificado por los testigos de descargo con el alias de “*El Peludo*”.

Para fundamentar su tesis, el recurrente afirmó que no es cierto, como lo dijo la primera instancia, que el relato vertido por la señora Luz Estella Paniagua haya sido una prueba de referencia, pues, contrario a ello, dicha ciudadana sí fue testigo presencial de los hechos, y a través de los órganos de sus sentidos pudo percibir directamente ciertas situaciones que señalan al señor García Atehortua como autor del asesinato.

Con el fin de dar adecuada respuesta a los argumentos planteados por los recurrentes, la Sala considera necesario hacer algunas precisiones previas sobre la prueba de referencia, su eficacia probatoria y la naturaleza jurídica de la prueba complementaria, aspectos sobre los cuales, se considera desde ya, el *a quo* guardó silencio o incurrió en inexactitudes.

Así, la ley 906 de 2004 regula la materia a partir de su artículo 437, en el que define la prueba de referencia como *“toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial del objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en juicio”*.

En oportunidad más reciente la Corte ha sostenido, en punto de las características de la prueba de referencia, lo siguiente:

“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 directa¹

¹ Cfr. Sentencia del 27 de febrero de 2013, radicado 38.773

Y en cuanto a la valoración de este tipo de prueba, esa misma corporación de Cierre se pronunció de la siguiente manera²:

2.3. Eficacia probatoria de la prueba de referencia y naturaleza jurídica de la prueba complementaria.

“El inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 limita la eficacia probatoria de la prueba de referencia, pues prohíbe condenar con fundamento exclusivamente en esta clase de prueba, siendo necesario, por tanto, para poder llegar a una decisión de condena, que existan otros medios de naturaleza distinta que la complementen, y que su **valoración conjunta** permita llegar a la convicción racional de que el hecho delictivo ocurrió y que el procesado es responsable.

La prueba que sirve de complemento a la prueba de referencia no está sujeta a condicionamientos especiales en cuanto a su naturaleza, razón por la que se ha entendido que respecto de ella opera el principio de libertad probatoria, pudiendo tratarse, en consecuencia, de cualquier medio de conocimiento, incluida la prueba indiciaria, como ya lo ha precisado la Sala en otras oportunidades,

«La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado» (CSJ SP, 6 de marzo de 2008, radicación No.27477).

Hasta aquí los fundamentos teóricos aplicables al caso concreto.

Se tiene que al plenario se incorporó la entrevista rendida por fuera del juicio oral por parte del señor Juan Pablo Castaño, ingreso que precisamente fue objeto de controversia por los sujetos procesales, llevando incluso a la intervención del Tribunal en razón del recurso de apelación propuesto por el defensor, quien se opuso a la

² Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 41667 de 2016.

introducción del documento, discusión que fue zanjada por esta Sala en decisión de segunda instancia, al confirmar el auto del Juzgado que permitió la incorporación de la entrevista como prueba de referencia admisible, en razón de que el testigo no se encontraba disponible para declarar personalmente al interior del debate.

Veamos qué fue lo que dijo el señor Juan Pablo Castaño en su relato³:

“Yo llegué a mi casa entre las 5:00 a.m. y las 5:30 a.m., me encontraba trabajando ya que yo manejo un taxi, el carro no es mío pero yo le liquido a diario a un señor de nombre Davinson, el taxi está afiliado a la empresa Tax-Brasil, y es de placas TKE059; cuando llegué me recosté un rato, cuando a eso de las 6:30 a.m., escuché a una gente peleando en la calle, bajé y salí a la calle, me quedé afuera en la esquina, los que estaban peleando eran “El negro”, y “Morocho”, este último fue al que mataron. Ellos después se separaron entre sí. Entonces después “Miguay”, que se llama “Darwin” y es un pelao del sector, le pegó un cabezazo a “Morocho”, que se llama Brayan, entonces cuando “Miguay” se descuidó, “Morocho” le pegó un puño en la boca. Después siguieron peleando entre “Miguay” y “Morocho”; luego “Miguay” le dijo a “Morocho”: “entonces estas muy aletiadito, espérame que ya bajo”; entonces “Miguay” salió y se fue y no dijo nada. En ese momento “Morocho” se entró al primer piso de la casa donde yo vivo. Ahí vive también un viejo que le dicen “La mula”, no sé cómo se llama, nosotros compartimos la misma casa, mejor dicho para entrar al segundo piso que es donde yo vivo hay que entrar por la casa donde vive “La Mula”. Entonces yo me quedé con ellos ahí hablando, yo estaba en unas escalas afuera en la acera y podía ver bien todo lo que estaba pasando ahí, entonces yo vi cuando de un momento a otro llegó “Miguay”, entró a la casa, no le vi ningún arma, creo que la tenía oculta en la cintura o en otra parte de su cuerpo, **y sin decir nada le disparó a “Morocho” en varia veces**, entonces “Miguay” salió corriendo de la casa con el arma en la mano, creo que era un 38, no sé para donde se fue; entonces me asomé a ver que veía y vi a “Morocho” tirado en el piso y mucha sangre, yo de inmediato cogí a

³ Visible a folio 332

“Morochó” y lo subí al taxi que yo trabajo y lo llevé a la Unidad Intermedia de Santa Cruz..”

No obstante el señalamiento directo que realizó este testigo presencial hacia el acusado como autor del homicidio, la primera instancia, sin realizar el menor esfuerzo argumentativo, desechó de plano esta entrevista rendida por fuera del juicio oral, tildando tal relato como una prueba de referencia, calificación que, aunque acertada, no se oponía a su valoración, pues el documento fue válidamente ingresado al juicio a través del investigador Darío Andrés Benjumea, teniendo en cuenta que no fue posible la comparecencia del testigo a la audiencia, lo cual generaba su admisibilidad.

Lo anterior se convirtió en un grave error del fallador, pues no tuvo en cuenta que esta entrevista ingresó legalmente al caudal probatorio, y no por tratarse de una prueba de referencia se generaba su exclusión automática de la valoración en conjunto, pues tal y como se reseñó anteriormente, lo que se limita en este tipo de pruebas es su eficacia autónoma para emitir un fallo de condena, situación que, se anuncia desde este momento, no fue lo que ocurrió en el presente asunto, ya que el relato del señor Juan Pablo Castaño estuvo complementado con prueba directa, como lo fue la declaración de la señora Luz Estella Paniagua.

Esto fue lo que dijo dicha testigo en sede de juicio oral:

“FISCALIA: Que pudo apreciar usted después de que salió de donde la señora Olga e iba camino a su casa. L.E.P: Bueno, yo empecé a subir, como les dije el sector lo denominan el hueco, donde vive mi comadre, yo empecé a subir, había ya mucho sol para la hora que era, estaba ya saliendo el sol, yo empecé a subir normal a paso largo, después le fui mermando a medida que iba subiendo, yo iba sudando incluso, llegó un puntico donde yo paré para tomar aire, para poder seguir; resulta y sucede que había una casa donde había lo que llaman los muchachos “farra”, como una fiesta, había música, habían muchachos hablando muy duro, en fin; resulta que dio la casualidad que yo paré justo al pie de la casa,

en frente de la casa, pero sobre la calle. FISCALIA: Porque paró en ese sitio? L.E.P: Porque iba a tomar aire, porque ya iba sudando, y también porque yo escuché que estaban discutiendo, entonces como toda buena metida, ya paré no solo a tomar aire, sino como para ver qué era lo que alegaban los muchachos, entonces al momentico yo escuché a un muchacho que dijo “mi guaje hermano, pero porque me va a matar, si yo a usted no le he hecho nada”, Y yo hay por dios esto se va a prender, pero cuando yo pensé eso que ya iba a reanudar el camino, que ya iba a seguir, entonces sonaron unos tiros, “pa, pa, pa”, yo miré para dentro de la casa, porque en el punto donde yo estaba ubicada a mí me daba para mirar hacia adentro de la casa, yo apenas fue que cuando escuché los tiros, todo sucedió demasiado rápido, un muchacho gritó "mi guaje hermano, guevon, lo mataste", y entonces salió a la puerta desesperado dizque “huy este man lo mató, este man lo mató”, después salió un muchacho... Entonces yo veo salir un muchacho desesperado a la puerta dizque “que vamos a hacer, que vamos a hacer guevon, que vamos a hacer”, entonces en esas salió el muchacho que yo vine a una audiencia explícitamente para verlo, porque yo no quiero, no quiero que por mi culpa vaya ir un inocente a la cárcel, y yo dije, yo tengo que estar cien por ciento segura el día que me siente en esa sala, o de lo contrario más bien no lo hago, y habiendo hablado con el doctor, yo dije, yo puedo ir donde el doctor y decirle que qué pena pero no estoy cien por ciento segura. Entonces yo vine y miré el muchacho y si fue él el que salió cuando salió el que, el que salió caminando a paso largo hacia abajo, el sacaba algo en las manos que guardó, yo le estaba mirando la cara, no les puedo decir si fue un celular, un revolver, un martillo, las llaves de la casa de él, no sé, yo me quedé fue mirándole la cara al muchacho, después otro le gritó cuando él empezó a descender, le dijo dizque “Darwin marica, guevon, lo mataste, vos sos un desgraciado”, y ese mismo muchacho recogió al herido y salió con el herido cargado hacia arriba, buscando ayuda, “ayúdenme, ayudenme”, y decía “Morochito aguante, Morochito no se nos vaya Morochito guevon, aguante”, y el muchacho que lo sacó cargado era de tez delgada, estatura mediana tirando a alta; yo solo me limité a mirar el muchacho, el herido, que era de contextura... de piel blanca, cabello mono, él iba echando sangre, y este otro muchacho le decía “Morochito aguante, mano aguante”, salió alguien el bóxer, no sé quién sería, como a ayudar, como a tratar de ayudarlos a coger taxi, no sé, entonces “que pasó, que pasó”, y le dijo el otro “haa ese marica de Miguay que mató a Morochito..”.

La primera instancia desechó este testimonio aduciendo que la señora Paniagua “*no observó los hechos, no vio el altercado, no vio quien disparó, no conoce a ninguno de los jóvenes que estaban dentro de la casa, ni siquiera sabe quiénes estaban allí*”, para luego concluir que estábamos ante una prueba de referencia.

De lo anterior puede señalar la Sala que se trató, una vez más, de un desafortunado error de interpretación del Juez, quien bajo una incomprensible desidia, omitió valorar esta prueba de manera conjunta con el relato vertido en la entrevista por el señor Juan Pablo Castaño, labor a la cual estaba obligado, y que de haberlo hecho, hubiera albergado una conclusión diferente a la contenida en su sentido del fallo.

Frente a estos pocos argumentos se concluye que al parecer olvidó la primera instancia, que el testigo de referencia no tiene sensopercepción directa de los hechos, y su información la obtiene a través de terceros que se la transmiten, situación que no se dio en el caso de la señora Paniagua, quien estuvo personalmente en el sitio de los acontecimientos y pudo dar fe de lo que vio y escuchó, y aunque dicha ciudadana de manera sincera dijo no haber observado directamente al acusado disparando el arma de fuego, su relato en cuanto a la manera en que sucedieron los eventos aquella noche se convierte en una pieza procesal de gran utilidad para complementar el señalamiento directo que hizo el señor Juan Pablo Castaño hacia el señor Darwin Yesid García Atehortua, como responsable de la muerte del menor Brayan Francisco Quintero Henao.

Así, al realizar el análisis del testimonio de la señora Paniagua, se pueden extractar tres momentos de especial preponderancia, los cuales tienen que ver con las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al crimen, todo ello percibido directamente por la testigo, quien se encontraba a pocos pasos de la residencia donde se suscitó el homicidio, y quien dispuso todos sus sentidos a prestar especial atención a lo que pasaba alrededor de la escena del crimen.

Fue así como la señora Luz Estella señaló que lo primero que llamó su atención fue un altercado que se estaba presentando entre varios individuos, para luego escuchar a un muchacho que manifestaba *“miguaje hermano, pero porque me va matar, si yo a usted no le he hecho nada”*. De lo anterior puede desprenderse que en medio de la trifulca, una persona rogaba por su vida a un sujeto al cual identificaba como *“Miguaje”*, generándose desde este momento un señalamiento directo hacia uno de los asistentes a la reunión que se celebraba en aquella vivienda.

Dijo la testigo que luego de escuchar estas palabras, oyó varios disparos, e inmediatamente después, percibió a un sujeto que gritaba *“miguaje hermano, güevón, lo mataste”*, y otro que decía *“huy este man lo mató, este man lo mató”*. Con estas palabras, nuevamente se identifica a una persona como responsable del homicidio, que no es otro que alias *“Miguaje”*.

Luego de esto, la señora Luz Estella manifestó sin dubitaciones, que vio como el aquí acusado salió presurosamente de la casa donde se había presentado el incidente, llevando algo en sus manos, mientras que uno de los asistentes de la fiesta le gritaba *“Darwin marica, lo mataste, vos sos un desgraciado”*.

Es evidente que este testimonio, que sin duda alguna es la descripción de una vivencia percibida directamente por la señora Luz Estella Paniagua, demuestra claramente que por parte de los propios concurrentes a la reunión se señalaba a una persona como autor del asesinato, y no era otro que el sujeto conocido con el alias de *“Miguaje”*, o a quien también llamaron por su nombre *“Darwin”*.

Así, se tiene un recuento cronológico de los acontecimientos, comenzando por los ruegos de un individuo dirigidos hacia alias *“Miguaje”* para que no lo matara, luego vienen las detonaciones, posteriormente los señalamientos hacia *“Miguaje”* como

autor del crimen por parte de los asistentes, y por último, la salida presurosa del acusado abandonando la escena del asesinato ante el grito desesperado de uno de los participantes de la reunión acusándolo del homicidio.

Nótese que las anteriores manifestaciones de la señora Paniagua guardan una total congruencia con lo dicho por el señor Juan Pablo Castaño en su relato, pues aunque cada uno desde su punto de vista, ambos son coincidentes en señalar que inicialmente se presentó una pelea entre los asistentes a la fiesta, discusión que, tal y como lo afirmó el señor Juan Pablo, generó un enfrentamiento directo entre “*Miguaje*” y “*Morocho*”, situación que la señora Paniagua también percibió a través del órgano de la escucha, al oír que un hombre le rogaba al primero que no lo matara.

Dijo la señora Luz Estella que posteriormente escuchó las detonaciones, lo cual coincide con lo dicho por Juan Pablo quien manifestó que “*Miguaje*” percutió un arma de fuego, las cuales tuvieron como blanco a alias “*Morocho*”.

Por último, la testigo Luz Estella Paniagua expresó haber visto salir presuroso del inmueble al señor García Atehortua, portando un objeto en sus manos, lo cual concuerda con lo manifestado por Juan Pablo Castaño, quien dijo que luego de los disparos, “*Miguaje*” salió corriendo de la casa llevando consigo el arma homicida.

No queda duda para la Sala, de la correspondencia entre el sujeto señalado como alias “*Miguaje*” y el señor Darwin Yesid García Atehortua, pues así lo especificó claramente Juan Pablo Castaño en su entrevista, y ello también se puede inferir de lo manifestado por la señora Paniagua, pues esta pudo percibir las voces de los asistentes a la fiesta donde permanentemente acusaban indistintamente a “*Miguaje*” y a “*Darwin*” como el responsable del crimen. Aunado a lo anterior, tampoco los testigos de la defensa señalaron que en el lugar de los hechos estuviera presente un sujeto apodado “*Miguaje*”, diferente al procesado.

Así, es evidente que los relatos de Luz Estella Paniagua y Juan Pablo Castaño, se complementan de una manera totalmente coincidente y armoniosa, cada uno desde el punto de vista desde donde observó la situación que se presentó aquella mañana, y en cada versión se señala, sin lugar a dubitaciones, al señor Darwin Yesid García Atehortua como responsable del homicidio del joven Brayan Francisco Quintero Henao, conocido como “*Morocho*”.

Estamos pues ante una prueba de referencia que fue legalmente ingresada al plenario, esto es, la entrevista del señor Juan Pablo Castaño, en la cual el testigo narra paso a paso la cronología de lo ocurrido aquella mañana del 1º de junio de 2008 y señala como vio directamente al aquí procesado asesinar a Brayan Francisco Quintero, lo cual es complementado y avalado por una prueba directa, que no es otra que el testimonio de la señora Luz Estella Paniagua, quien estuvo presente en el sitio de los acontecimientos y pudo percibir a través de sus sentidos la manera en que la víctima suplicaba a su verdugo, alias “*Miguaje*”, para que no lo matara, para luego escuchar los disparos y ver huir de la escena del crimen al acusado.

Como si lo anterior no fuera poco, se cuenta con la declaración de la señora Martha Quintero, madre de la víctima, quien dio cuenta de una carta enviada a ella por los padres del señor Darwin Yesid García Atehortua, en la cual aquellos expresaban su pesar por lo sucedido y señalaban que “*ellos no tenían la culpa que el hijo de ellos me hubiera matado al hijo mío*”, situación que se convierte en un indicio post-delictual de responsabilidad, teniendo en cuenta que si efectivamente el responsable de este hecho hubiera sido el sujeto conocido como Germán “*El Peludo*”, los progenitores del acusado no tendrían motivo alguno para haber enviado estas excusas a la familia del occiso.

Ahora bien, respecto de los testigos de la defensa, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia de la Corte⁴ ha sostenido que no se puede desechar de plano el testimonio de familiares o amigos de alguna de las partes involucradas –víctima o victimario-, en la medida que, a pesar de la probable falta de objetividad que pudiera surgir del interés natural de favorecer a los consanguíneos y allegados, contenidos de verdad pueden estar inmersos en su versión, por lo que las reglas de apreciación de este tipo de prueba, recomiendan someter a ese testigo a un exhaustivo análisis, en los términos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004, el cual atiende a ***“la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememorización, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”***, hecho lo cual, se debe avanzar hacia un estudio concatenado de dicho medio de convencimiento con los demás practicados en el juicio, para de esta manera, identificar si la declaración es digna o no de crédito.

El defensor quiso demostrar en este caso, que el verdadero asesino del joven Brayan Francisco Quintero, no fue su prohijado, sino un sujeto identificado como Germán, conocido como “El Peludo”, este último ya fallecido.

Para tales efectos, acudieron al juicio dos testigos, Jorge Armando Valenzuela Aguirre y Steven Ricardo Restrepo Tabares, quienes se esforzaron por mantener el núcleo central de su versión, que no es otro que informar que alias “El Peludo” fue la persona que disparó en el inmueble donde se estaba celebrando la fiesta aquella mañana, recibiendo la peor parte el referido menor. No obstante ello, sus testimonios comienzan a presentar fisuras en cuanto entran a especificar ciertos detalles que se muestran contradictorios entre sí, lo cual merma ostensiblemente la credibilidad de sus dichos. Veamos:

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Sentencia establecida en el radicado 34.536 del 6 de marzo de 2013

El señor Valenzuela Aguirre manifestó lo siguiente respecto a los hechos:

“J.A.V.A.En la cuadra donde nosotros vivíamos, en el popular II, había una fiesta afuera, creo que le estaban celebrando el cumpleaños a Leider Lopez, y nosotros nos encontrábamos en el apartamento de otro amigo, pero nosotros estábamos adentro Darwin, Juan, el Oso, Brayan, mi persona, no recuerdo, Duvalier también se encontraba, nos encontrábamos ahí y dentro (sic) un muchacho pues que también fue amigo de nosotros, German, a él le decían El Peludo, y el dentro (sic) con un arma disparando. DEFENSOR: ¿ A qué horas fue eso?. J.A.V.A: Eso fue el amanecer del domingo, entre las 6 o 7, estaba yo creo que entrando un poco el día. DEFENSOR: ¿ Ustedes estaban al interior de la casa?. J.A.V.A: Si señor.... DEFENSOR: ¿Entonces como hace su ingreso German, El Peludo. J.A.V.A: El dentro y le pegó una patada a la puerta, sacó un arma, entonces lo que fui yo por mi parte yo corrí hacia afuera y él dentro ingresando e hizo varios tiros, de ahí para allá no sé..”

Nótese que en esta versión ofrecida por el señor Valenzuela, se tiene un grupo de amigos departiendo al interior del inmueble, cuando intempestivamente hace su ingreso al recinto, pateando la puerta, un sujeto llamado Germán, a quien los presentes ya conocían con anterioridad, esgrimiendo un arma de fuego y realizando varios disparos.

Frente a los mismos acontecimientos, esto dijo el señor Restrepo Tabares:

“Habían varios compañeros tomando cervecita en el interior de la casa y afuera de la casa también había otra reunión de otra gente, pero todos eran conocidos, pero adentro estaban los compañeros y hubo una discusión ahí como suave, y de repente escuchamos unos disparos, ya cuando bajamos ya no había nadie, nada más estaba “Morochó”, porque yo bajé del tercer... del segundo piso, y estaba el pelao ahí tirado ya, **pero cuando yo bajaba alcancé a ver a uno de los compañeros de nosotros que estuvo toda la noche ahí**, porque yo iba y venía porque yo mantenía en un taxi, pero yo alcancé a ver uno de los compañeros de nosotros que él estaba guardando un revolver. DEFENSOR: Como se llama ese compañero? S.R.R.T: Se llama, le decimos El Peludo, se llama German.

DEFENSOR: Usted sabe que personas estaban reunidas en el primer piso?
S.R.R.T: Sí, claro. DEFENSOR: ¿Quiénes? S.R.R.T: Estaban mi persona, estaba el difuntico Morochito, estaba el Oso, estaba Darwin, estaba El Gordo, y estaba Duvalier, que ya está muerto, y estaba otro compañero de nosotros que todavía está vivo, se llama Juan Gabriel. DEFENSOR: ¿Usted estaba en el primer piso o en el segundo? S.R.R.T: Yo estaba en el segundo piso, pero yo estaba en la reunión, en el momento había subido porque yo tenía toda la familia, cuando escuché los disparos **ya por ahí a los dos o tres minutos bajé** y ya había pasado lo que había pasado. DEFENSOR: **¿Cuando usted entregó el taxi y llegó a la casa, usted vio allí reunidos con esa gente a Germán, al que usted le dice El Peludo?** S.R.R.T: **Sí, claro, él estaba ahí.** DEFENSOR: Él estaba ahí? S.R.R.T: Si. DEFENSOR: ¿Estaba reunido tomando licor? S.R.R.T: Ahí estaban todos, sí, Germán estaba, estábamos todos...”

Ya en esta versión ofrecida por el testigo Steven Ricardo se descompone toda la coartada, pues ahora no se tiene a Germán “*El Peludo*” ingresando violentamente al inmueble con una patada a la puerta para ejecutar los disparos, sino que se le describe como un integrante más del agasajo, el cual había estado departiendo “*toda la noche*” entre copas con los asistentes.

Pero sorprende aún más a la Sala, que el señor Restrepo Tabares dijera que cuando escuchó los disparos se encontraba en el segundo piso del inmueble, y que bajó a la planta baja para ver que sucedía a los “*dos o tres minutos*”, momento en el cual observó en el sitio a Germán “*El Peludo*” guardándose un revólver, de lo cual se podría concluir que el asesino se quedó todo este tiempo dentro de la residencia, al lado del cuerpo de “*Morocho*”, sin razón aparente, situación que, como se analizará más adelante, se opone a las demás pruebas practicadas en juicio, aunado a que, como lo enseñan las reglas de la experiencia, en la generalidad de este tipo de situaciones quien comete un crimen de tal naturaleza busca como primera reacción abandonar la escena del crimen de manera inmediata con el fin de lograr su impunidad.

Es claro que no hay concordancia plena entre estos dos testigos, y no se trata de simples desacuerdos mínimos como forzosamente lo argumentó la primera instancia, sino divergencias en tiempos y actividades presuntamente desarrolladas por alias “*El Peludo*” dentro del inmueble, lo cual mina su veracidad, pues si ellos estuvieran relatando sus vivencias, no estaríamos ante contradicciones tan evidentes frente a lo ocurrido aquella mañana.

Cabe destacar igualmente, que los testigos traídos por la defensa tampoco guardan ninguna coherencia con el testimonio de la señora Luz Estella Paniagua, pues dicha ciudadana, quien estuvo presente antes, durante y después del hecho, nunca expresó haber visto a un individuo ingresando violentamente a la casa para ejecutar el hecho, ni tampoco manifestó que el presunto asesino se hubiera quedado más de dos minutos adentro de la casa luego de percutidos los disparos, ya que, tal y como aquella lo señaló, luego de las detonaciones se produjo la inmediata salida del inmueble del señor Darwin Yesid García, e instantes después, escuchó los gritos de una persona que lo recriminaba por el crimen, para luego ver como sacaban al herido de la vivienda para buscar ayuda.

La señora Paniagua tampoco dijo haber percibido que los asistentes mencionaran el alias de “*El Peludo*” o Germán como responsable del homicidio.

Debe decirse que la Sala otorga plena credibilidad al relato de Luz Estella Paniagua, teniendo en cuenta que se trató de una observadora externa, sin ningún tipo de lazos o sentimientos que la unieran a los protagonistas de esta historia, y que solo por coincidencia pasaba por el sitio de los acontecimientos de manera desprevenida, sin imaginar que iba a tener que presenciar tan escabrosos hechos, situación diferente a los testigos de descargos, que conocen de tiempo atrás al procesado y han guardado con él sentimientos de amistad, por lo que se puede inferir que su declaraciones, dadas las graves incoherencias que se han evidenciado, solo buscaron favorecerlo al verlo privado de la libertad .

Nótese que los testigos de la defensa no aportaron ningún dato preciso sobre la supuesta persona que dicen cometió el asesinato, limitándose a informar que se llamaba Germán y lo apodaban “*El Peludo*”, pero sin especificar datos tan básicos como su nombre completo, sitio de domicilio, fecha de su muerte u otras reseñas que permitieran la corroboración de la real existencia de dicho individuo, a pesar de que según sus propios dichos era un conocido de vieja data del barrio, situación que evidencia con claridad la fabricación de la ya típica pero ingenua coartada de involucrar a un muerto o a alguien inexistente.

Así, considera la Sala que los relatos de los señores Jorge Armando Valenzuela y Steven Ricardo Restrepo, aunque pretendieron implantar un germen de duda sobre la persona que disparó aquel día en contra de la víctima, incurren en serias contradicciones, tanto externas como internas, y narran situaciones que no se concatenan entre sí, y por lo mismo, no alcanzan a afectar la veracidad del tema central en discusión, que no es otro que el señalamiento por parte del señor Juan Pablo Castaño hacia el acusado, como la persona que aquella tarde ultimó al joven Brayan Francisco Quintero Henao.

Por otro lado, de conformidad con las estipulaciones seis y siete, se acreditó que el deceso del joven Brayan Francisco se dio como consecuencia directa de heridas penetrantes por proyectil de arma de fuego, y que las ojivas recuperadas en el cuerpo de la víctima a través de la necropsia, fueron percutidas por un revólver calibre 38 largo.

Así, teniendo en cuenta que se ha establecido que el causante de las mortales lesiones producidas con arma de fuego lo fue el señor Darwin Yesid García Atehortua, y que dicho ciudadano carece de permiso para porte o tenencia de este tipo de artefactos, tal y como se probó a través de la certificación ingresada al plenario⁵, fácilmente se

⁵ Folio 231

concluye la demostración del delito de fabricación, tráfico o porte de arma de fuego en cabeza del acusado.

Por todo lo anterior, considera la Sala que en el presente asunto se puede predicar, sin lugar a dubitaciones, que el señor Darwin Yesid García Atehortua, fue el ejecutor material del homicidio del menor Brayan Francisco Quintero Henao, ocurrido el 1° de junio de 2008, de quien se infiere sabía y conocía la ilicitud de su actuar, motivo por el cual la sentencia absolutoria será revocada, y en su lugar se impartirá fallo de condena en contra de dicho ciudadano por los punibles de homicidio simple en concurso con fabricación, tráfico y porte de arma de fuego de defensa personal.

VI. TASACION DE LA PENA.

Debe decir la Sala inicialmente que de conformidad con la posición reiterada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶, no se acudirá en este caso a la realización de la audiencia contemplada en el artículo 447 de la ley 906 de 2004, por no estar consagrado el aludido trámite para la segunda instancia.

Establecido lo anterior, se tiene que la condena a imponer recae, en primer lugar, sobre el delito de homicidio simple, según hechos ocurridos en el mes de junio de 2008, por lo que la normatividad aplicable es el artículo 103 de la Ley 599 de 2000, que trae aparejada una pena de prisión de 208 a 450 meses de prisión.

En atención a lo preceptuado en el artículo 61 del CP, corresponde dividir el ámbito de movilidad en cuartos, resultando los siguientes: un cuarto mínimo de 208 a 268,5 meses, cuartos medios entre 268,5 meses 1 día a 389,5; último cuarto de 389,5 meses 1 día a 450 meses.

⁶ Radicados 38467 de agosto de 14 de 2012, 36616 de octubre 24 de 2012, 40125 de abril 24 de 2013, 41630 de agosto 27 de 2014 y 44619 del 11 de marzo de 2015.

Para el caso del señor Darwin Yesid García Atehortua, no concurren circunstancias genéricas de mayor punibilidad, obrando una de menor por la carencia de antecedentes penales, por lo que debemos movernos dentro del cuarto mínimo, es decir, entre 208 y 268,5 meses.

Seguidamente deviene hacer la ponderación conforme a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Partiendo de lo anterior, estima la Sala procedente asignar para dicho ciudadano la pena mínima, ya que la acción cometida por el acusado no fue más allá de la gravedad propia de este tipo de conductas punibles, siendo la sanción a imponer al señor Darwin Yesid García Atehortua de doscientos ocho (208) meses de prisión, por el punible de homicidio simple.

En cuanto al tipo penal de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, dado que los hechos ocurrieron en el año 2008, se tiene que la normatividad aplicable es el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, modificado por el art. 38 de la Ley 1142 de 2007, que establece una pena de 48 a 96 meses de prisión.

Teniendo en cuenta el análisis que se hizo para el delito de homicidio, para este delito también se impondrá la pena mínima, esto es, 48 meses de prisión.

Ahora bien, al efecto la Corte ha fijado por vía jurisprudencial los criterios que han de ser tenidos en cuenta para efectos del incremento punitivo del hasta en otro tanto, previsto para el concurso de conductas punibles, y en ese sentido ha expresado: “ *El “otro tanto” autorizado como pena para el concurso delictual no se calcula con base en el extremo punitivo mayor previsto en el tipo penal aplicado como delito base, ese “tanto” corresponde a la pena individualizada en el caso particular mediante el procedimiento indicado para el delito más grave. Esta*

*es la sanción que se incrementa habida consideración de las modalidades específicas, gravedad y número de delitos concursantes, sin que pueda exceder el doble, ni resultar superior a la suma aritmética de las que correspondieran si el juzgamiento se realizara separadamente”.*⁷

Con lo anterior se establece que la conducta más grave será la de homicidio simple, para la cual se impone, como se dijo, por esa sola infracción, la pena de 208 meses de prisión, sanción a la cual se le aumentarán 6 meses por la conducta concursal de fabricación, tráfico y porte de arma de fuego de defensa personal.

Así pues, la pena definitiva será de **doscientos catorce (214)** meses de prisión, más la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. También se impondrá la pena accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un (1) año, de conformidad con lo previsto en los artículos 43, 51 y 52 penales.

VII. SUBROGADO PENAL Y PRISIÓN DOMICILIARIA

Ninguno de estos institutos resulta procedente atendiendo a la prohibición que trae la Ley 1098 de 2006, en su artículo 199, en el cual consagra el punible por el cual se procede, homicidio doloso, dentro del catálogo de prohibiciones de subrogados, teniendo en cuenta que la víctima tan solo contaba con 16 años de edad para el momento de los hechos⁸. Se librará en forma inmediata la respectiva orden de captura.

Por lo anterior, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución, **REVOCA** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados para en su lugar:

⁷ Corte Suprema de Justicia. Radicado 30539 del 18 de noviembre de 2008/.

⁸ Estipulación nro. 2 folio 174.

PRIMERO: CONDENAR al señor DARWIN YESID GARCIA ATEHORTUA, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena de DOSCIENTOS CATORCE (214) MESES DE PRISIÓN, al ser declarado autor material y penalmente responsable de los punibles de homicidio simple y fabricación, tráfico y porte de arma de fuego de defensa personal, en los términos en que se discurrió a lo largo de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR al sentenciado a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena de prisión y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un (1) año.

TERCERO. NEGAR al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y la prisión domiciliaria por las razones expuestas en esta decisión. En consecuencia, líbrese la respectiva orden de captura.

Esta providencia queda notificada en estrados y en aplicación del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia⁹, contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

⁹ Entre otras las decisiones con radicados 38.005, 45.382, 37.858, 48.012 y 48.442 todas del año anterior.

MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO

MAGISTRADO