

RETRACTACIÓN DEL TESTIGO- El operador judicial debe analizar a la luz de la sana crítica las razones que motivaron la retractación de un testigo.

*Ahora bien, siguiendo los lineamientos trazados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en eventos similares al que nos ocupa, la tarea del funcionario judicial radica en auscultar las razones que motivaron la retractación, entre las cuales comúnmente se encuentran la intimidación, la compra del testigo, **la persuasión para que se retracte o el arrepentimiento por haber mentido**, por lo cual el operador judicial está en el deber de apreciar la espontaneidad de la retractación, en el entendido que el dicho producto de la retractación no está sometido a una tarifa probatoria asignada, máxime cuando el contraste de la retractación se hace con abiertas imputaciones plasmadas en reconocimientos, informes o entrevistas.*

Lo anterior, tal y como ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, no quiere decir que se deba satanizar la retractación que un testigo realice en juicio oral, pues tal como se dijo en precedencia éste dicho puede ser consecuencia del arrepentimiento del declarante al haber faltado a la verdad en una declaración previa, pero ello será analizado por el juez en el ejercicio de la sana crítica.¹

CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – La aplicación restrictiva de este concepto implica el deber del procesado o de su defensa de desvirtuar lo probado en contra de aquél por el Estado.

Volviendo al tema de las exculpaciones meramente verbales de los procesados, es palmario que estas se quedaron en el mero plano de la especulación; son aseveraciones que no tienen una base real sólida, pues en un sistema penal de acento adversarial, donde cada parte debe cumplir con su rol de una manera proactiva, no es de recibo que, como ocurre en este caso, se hagan meras afirmaciones exculpatorias con el fin de derruir las pruebas presentadas por la Fiscalía; debe entenderse que cuando el órgano de la persecución penal presenta su caudal probatorio, surge un deber procesal correlativo por parte de la defensa, de allegar a su vez, pruebas o elementos materiales probatorios que tiendan a infirmar las pruebas de su contraparte. No se quiere decir con esto que la carga de la prueba se invierta; veamos lo que sobre este particular tema ha expuesto el máximo tribunal de cierre en materia de justicia penal²:

¹ C.S.J Sala de Casación Penal, 9 de noviembre de 2009, Radicado No 32595, M.P Alfredo Gómez Quintero

² Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Casación 39291, de 18 de diciembre de 2013. M.P. Dr. EYDER PATIÑO CABRERA.

“A este efecto, la Corte estima necesario acudir al concepto de “carga dinámica de la prueba” que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.

Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL – Debe decretarse cuando el juez omite pronunciarse en la sentencia acerca de delitos por los cuales se acusó y se pidió condena.

Finalmente, se constató que durante el juicio oral la teoría del caso del delegado del ente requirente siempre estuvo encaminada a demostrar la materialidad de todas las conductas por las cuales se acusó y la responsabilidad de los procesados en dichos delitos, y obviamente a que se emitiera la correspondiente sanción por cuenta de los referenciados punibles, observándose que en la sentencia condenatoria fechada 13 de octubre de 2015 - la cual es objeto de estudio por parte de este cuerpo decisorio con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la defensa – se hizo referencia únicamente al punible que atenta contra el patrimonio económico, sin que exista pronunciamiento alguno respecto de las otras dos conductas concursantes; esto es, lesiones personales y el porte de arma de fuego.

Tal omisión puede y debe ser subsanada siguiendo criterios jurisprudenciales trazados por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia³, Corporación que en un caso donde se presentó la misma circunstancia omisiva por parte del juzgador, expuso:

“Ahora, en relación con los delitos objeto de acusación sobre los cuales se guardó silencio, tanto al emitir el sentido del fallo como en la sentencia, se debe resolver la situación como en pretéritas ocasiones lo ha decidido la Sala, esto es, decretando la ruptura de la unidad procesal.”

³ Corte Suprema de Justicia Sala Penal. SP5897-2016, Radicación N° 44.425, de 10 de mayo de 2016, M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA SALA PENAL

Procesado (a)	JOSÉ CARRERO REYES Y OTRO
Delito	Hurto calificado agravado imperfecto
Radicación	737-15
Procedencia	Juzgado Primero Penal del Circuito de Ciénaga
Motivo de alzada	Apelación de sentencia condenatoria
Decisión	Confirmar – Modificar
Acta de Aprobación	
Fecha:	10 de marzo de 2017

Magistrado ponente: David Vanegas González

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión de 13 de octubre de 2015 mediante la cual el Juez Primero Penal del Circuito de Ciénaga - Magdalena condenó a JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ, al encontrarlos responsables del delito de hurto calificado agravado tentado.

2. ACONTECER FÁCTICO

Los hechos según lo narrado en el escrito de acusación, ocurrieron

“(...) el 20 de enero de 2014, a eso de las 15:30 horas, en la calle 27 entre carrera 21 y 22 en la vía pública jurisdicción de esta ciudad.

Allí se expone que

(...) el denunciante FABER ALFONSO JINAZ ÁVILA, pone de presente que es empleado de la empresa de carnes Mabar en esta ciudad, que conduce una camioneta tipo furgón de placas QGY-895 y que en la fecha cuando circulaba por la carrera 21 con calle 26 llevando unos pedidos, fue adelantado por unos sujetos que se movilizaban en una motocicleta marca bóxer de color azul de placas NQI-44 los cuales lo miraron y siguieron y él los notó sospechosos, que ellos doblaron por la calle 27 y él también y los observó más adelante atravesados en la vía en la mitad de la calle, montados en la moto y el parrillero portaba un arma de fuego tipo revólver niquelada, que al acercarse el tipo le apuntó con el arma y el con el fin de evitar el atraco les tiró el carro, quedando la motocicleta debajo del carro y los sujetos en el suelo, que se bajó y forcejeó con el conductor de la moto y en esos instantes otro le disparó, alcanzándolo con un impacto en la pierna derecha con orificio de entrada y salida, siendo apoyado por la comunidad al quedarse el agresor sin municiones, siendo agredidos por esta.

Describe al que iba manejando como morenito cabello corto, contextura delgada y el que iba de parrillero que le disparó, es alto, contextura atlética, tez blanca, cabello corto...”

3. DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Surtidas las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, la Fiscalía veintidós (22) Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Ciénaga - Magdalena, presentó escrito de acusación contra los señores JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ el día 16 de mayo de 2014, endilgándoles el punible de hurto calificado agravado, tentado.

2.- Asignado el conocimiento al Juez Primero Penal del Circuito de Ciénaga, el 4 de agosto de 2014 celebró audiencia de formulación de acusación en la que la Fiscalía realizó el descubrimiento probatorio.

Así mismo, con posterioridad, se llevó a cabo audiencia preparatoria el 3 de febrero de 2015 en la que la defensa realizó el descubrimiento probatorio y la Fiscalía enunció las pruebas que haría valer en el juicio oral. Igualmente, la defensa acordó con la Fiscalía estipular probatoriamente lo siguiente:

- 1) La plena identidad de los acusados,
- 2) La carencia de antecedentes penales;
- 3) El arraigo de los acusados y
- 4) La identificación de vehículo incautado.

Finalmente, se llevó a cabo la audiencia de juicio oral, en la que una vez agotada la etapa probatoria y realizadas las alegaciones finales, el Juez anunció sentido del fallo de carácter condenatorio.

4. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como viene de verse, el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ciénaga – Magdalena el 13 de octubre de 2015 profirió sentencia condenatoria en contra de JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ, al encontrarlos responsables del punible de hurto calificado agravado en modalidad de tentativa, argumentando el *a quo* que las pruebas practicadas en el proceso permiten obtener un conocimiento más allá de duda acerca de la comisión del ilícito y la responsabilidad de los acusados.

El fallador de primer grado haciendo una valoración integral del contenido de la denuncia presentada por la víctima, señor FABER ALFONSO JINAZ ÁVILA con los testimonios rendidos en el juicio oral halló probado que JINAZ ÁVILA trabajaba para la empresa MABAR y que el 20 de enero de 2014 cuando se encontraba transportando unas carnes, unos sujetos que se movilizaban en una motocicleta intentaron atracarlo, por lo cual él los embistió con el furgón en el que iba, manifestaciones que coinciden en lo pertinente con lo narrado en juicio por el miembro de la Policía Nacional, ROBINSON HUMBERTO VILORIA COLLANTES, uno de los policiales que intervino en el procedimiento de captura y que aportó información que da cuenta de la participación de los procesados en los hechos que fueron materia de investigación y de juzgamiento penal.

5. DE LA APELACIÓN DE LA DEFENSA

Mediante escrito presentado el 20 de octubre de 2015, la defensa sustentó el recurso de apelación interpuesto en la audiencia de lectura de fallo de fecha 13 de octubre de 2015 llevada a cabo por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ciénaga - Magdalena, deprecando que se revoque la sentencia impugnada y, en consecuencia, se absuelva a sus representados.

Argumenta su disenso con la decisión proferida indicando que difiere de lo dictaminado por el a quo, pues considera que los agentes captores debieron haber decomisado el arma que supuestamente utilizaron sus mandantes para perpetrar el presunto hurto y que la prueba consistente en llevar el arma de fuego – *contrario a lo expuesto por el A quo* – no es de poca monta, por cuanto del análisis de dicha arma se hubiera podido establecer con claridad quien había accionado la misma; sumado a lo antes expuesto, asegura el recurrente que brilló por su ausencia en el proceso prueba alguna orientada a establecer si eventualmente alguno de los miembros de la comunidad o de la Policía Nacional, pudo haber accionado el arma de fuego que ocasionó la herida de bala a FABER ALFONSO JINAZ ÁVILA.

6. TRASLADO A LOS NO RECURRENTE

Por su parte el delegado de la Fiscalía general de la Nación, en su calidad de no recurrente, solicita se mantenga incólume la decisión emitida por el juzgador unipersonal, argumentando que las pruebas practicadas en el juicio muestran que en efecto los procesados fueron los responsables del hurto perpetrado el 20 de enero de 2014 en contra del ciudadano JINAZ ÁVILA.

Asegura que los testimonios de la víctima y ROBINSON VILORIA COLLANTES (agente captor), dan cuenta primero que aquella recibió un impacto de bala en la pierna y el segundo de los precitados deponentes reconoce a los procesado JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ, como las personas que capturaron el día de los hechos como presuntos responsables de los mismos.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 1 del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), corresponde a la Sala Penal del Tribunal Superior, decidir sobre los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces de circuito y de las sentencias dictadas por los municipales del mismo distrito.

Revisados los audios y la carpeta y analizados los argumentos del apelante, procederá la Sala a realizar el estudio jurídico y probatorio respectivo, atendiendo las inconformidades del defensor apelante frente a la sentencia condenatoria.

La situación fáctica denunciada corresponde a delitos que atentan contra el bien jurídico del "PATRIMONIO ECONÓMICO", básicamente el de hurto calificado con circunstancias específicas de agravación punitiva tipificada en los artículos 239, 240 numeral 4 inciso 2º y 241 numeral 10º del Código Penal que al tenor rezan:

"Art. 239.-El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses .

*"Art. 240.- Hurto Calificado. Modificado por el artículo 37 de la Ley 1142 de 2007. La pena será de prisión de seis (6) a catorce (14) años, si el Hurto se cometiere:
(...)*

La pena será de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años cuando se cometiere con violencia sobre las personas.

"Art. 241. Circunstancias de Agravación Punitiva. Modificado. 1142 de 2007. Art.

51. *La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes, si la conducta se cometiere:*

10. con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas llevan consigo; o por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto.

Empero, se deberá tener en cuenta el dispositivo amplificador de la tentativa, toda vez que así se consagró en la acusación y así lo expuso incluso el Juez de primer grado en el proceso de motivación de la sentencia.

Precisado lo anterior, debe la Colegiatura determinar si efectivamente se encuentra acreditada, *más allá de toda duda*, la responsabilidad de CARRERO REYES y PÉREZ GÓMEZ o, *contrario sensu*, no ha sido posible por parte de la Fiscalía derruir su presunción de inocencia, al punto que se haga necesaria la revocatoria del fallo objeto de alzada.

En desarrollo de esta censura, la crítica que hace el defensor se circunscribe a que las pruebas de cargo debatidas en el juicio no son suficientes para llevar al Juez de primera instancia al convencimiento más allá de duda razonable sobre la autoría y/o participación de su prohijado en el punible por el que fue acusado, toda vez que considera que los agentes captores debieron haber decomisado el arma que supuestamente utilizaron sus mandantes para perpetrar el presunto hurto y que la prueba consistente en llevar el arma de fuego (a la audiencia de juicio) – *contrario a lo expuesto por el A quo* – no es de poca monta, por cuanto del análisis de dicha arma se hubiera podido establecer con claridad quien había accionado la misma.

Refiere el promotor de la apelación que brilló por su ausencia en el proceso prueba alguna orientada a establecer si, eventualmente, alguno de los miembros de la

comunidad o de la Policía Nacional, pudo haber accionado el arma de fuego que ocasionó la herida de bala a FABER ALFONSO JINAZ.

Puestas en este estado las cosas, sea lo primero señalar que el pedimento del recurrente no está llamado a prosperar, toda vez que de las pruebas practicadas en el devenir del proceso se pudo establecer no solo la materialidad de la conducta investigada, sino también la responsabilidad que se predica respecto de los acusados JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ.

Ello es así, toda vez que a diferencia de lo expuesto por el recurrente, considera la Sala que las pruebas llevadas a juicio no generan duda y, en cambio, sí cuentan con la virtualidad necesaria para desvirtuar razonablemente la presunción de inocencia de los procesados, como quiera que las declaraciones de ROBINSON HUMBERTO VILORIA COLLANTES, y FABER JINAZ ÁVILA son suficientes para llevar al conocimiento más allá de toda duda que JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ cometieron el delito de hurto calificado y agravado tentado, que se les endilgó en la audiencia de formulación de imputación; imputación fáctica y jurídica que se sostuvo de manera coherente en el interregno de la acusación y en el correspondiente alegato de clausura por parte de la Fiscalía; aunque desde ya se advierte una seria omisión por parte del Juez de primera instancia, por cuanto la Fiscalía no solo acusó por el delito contra el patrimonio económico, sino que extendió su pretensión a la condena por otros dos delitos que atentan contra la seguridad pública y la integridad personal; sobre este aspecto volveremos al finalizar este proveído.

Ahora, en lo que atañe al único delito por el cual se emitió condena, para esta Sala de Decisión es claro que las atestaciones de ROBINSON HUMBERTO VILORIA COLLANTES y FABER JINAZ ÁVILA ofrecen los elementos de convicción más

dicientes llevados a juicio por el ente persecutor y luego de su análisis éstas asoman no solamente desinteresadas, sino también esencialmente coherentes y complementarias frente a los otros medios de prueba y, por ende, merecedoras de credibilidad y aptitud probatoria. De tales declaraciones testimoniales se tiene que, en efecto, *“(...) el 20 de enero de 2014, en el municipio de Ciénaga – Magdalena el señor FABER ALFONSO JINAZ ÁVILA (víctima) se encontraba conduciendo una camioneta tipo furgón de placas QGY-895 llevando unos pedidos, cuando fue adelantando por unos sujetos que se movilizaban en una motocicleta marca Bóxer de color azul de placas NQI-44 los cuales más adelante atravesaron dicha motocicleta en la mitad de la vía, esgrimiendo el parrillero una arma de fuego tipo revólver niquelada, por lo cual – con el fin de evitar que le hurtaran el dinero que llevaba consigo – los embistió con el automotor; acto seguido bajó del auto y comenzó a forcejear con el conductor de la moto y en esos instantes el parrillero le disparó, alcanzándolo con un impacto en la pierna derecha con orificio de entrada y salida, siendo apoyado por la comunidad la cual los agredió al observar que ya no contaban con municiones”*.

Ahora, si prestamos atención a las deposiciones de los testigos de la defensa, señores JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ (procesados), una vez confrontadas con las declaraciones aportadas por los testigos de cargo presentados por la Fiscalía, aquellas se tornan carentes de credibilidad por las razones que se verán en lo sucesivo.

Para mayor precisión, estima pertinente la Sala realizar un análisis de fondo de las pruebas llevadas al proceso, siendo la primera de ellas la declaración realizada en juicio por ROBINSON HUMBERTO VILORIA COLLANTES (**agente captor**) quien señaló que él y su compañero se encontraban patrullando cuando vieron una aglomeración de gente; entonces, se acercaron al lugar y allí advirtieron que

estaban siendo agredidos dos sujetos, las personas decían que intentaron robar a un señor y que para ello le habían disparado en la pierna, por lo cual procedieron a sacarlos de ahí y llevarlos hasta un centro asistencial. Finaliza señalando que cuando llegaron al sitio ya se había trasladado a la víctima hasta un centro asistencial.⁴

A su turno, FABER JINAZ ÁVILA, (**víctima**), en la audiencia de juicio ofreció una versión de los hechos carente de credibilidad - *si esta se confronta con las declaraciones anteriores al juicio por él realizadas, y con la declaración uniforme y coherente del policial captor* -; como quiera que en una ostensible variación de la información aportada en el interregno de los actos de investigación, mencionó que todos los hechos se dieron como resultado de los nervios que lo agobiaban para esos días, debido a que varios de sus compañeros habían sido objeto de atracos y que lo que ocurrió fue que dos muchachos lo adelantaron en una motocicleta y se parquearon más adelante en la mitad de la carretera; situación que generó, debido a sus nervios, que él los embistiera con la camioneta y expone, en abierta contradicción con lo plasmado en su denuncia, que no observó ni fue amenazado con arma de fuego alguna; del mismo modo, mencionó que él se bajó del carro a forcejear con el chofer de la motocicleta de los mismos nervios que tenía; también, aseguró que una parte del dinero que transportaba ese día, producto de las ventas de carnes, desapareció del automotor (poco más de \$ 1.000.000), y que no sabe quién se apoderó de dicha suma. Concluyó, asegurando que no sabe quién le propinó la herida de bala que tiene en la pierna.⁵

A su turno, MELKIS PÉREZ GÓMEZ (procesado 1) atestó que el día de los hechos se encontraba en el municipio de Ciénaga comprando unos repuestos para bicicleta y estando en dicho municipio se acercó hasta la casa de una amiga y

⁴ Escuchar minuto 19:09 al 39:01 Cd N° juicio

⁵ Escuchar minuto 00:25 al 00:40 Cd N° 2 juicio

mientras departía con esta se acercó a su vez, un amigo de dicha amiga y le prestó una motocicleta para que realizara su diligencia más rápido; también declaró que él no portaba arma alguna; además, relató que ese día lo que ocurrió fue que un señor a bordo de un automotor los atropelló, quedando inconsciente por segundos, acto seguido se fue en contra del conductor del vehículo y cuando se dio cuenta varias personas lo estaban agrediendo a él y a la persona que lo acompañaba en la moto; después llegó la policía y los capturó sin realizarle ningún tipo de prueba técnica para determinar si habían disparado.⁶

En el mismo sentido JOSÉ CARRERO REYES (procesado 2), aseguró que el día en que tuvieron ocurrencia los hechos él no portaba arma de fuego, que él iba de parrillero en una motocicleta que era conducida por Melkis Pérez y fueron arrollados por una persona a bordo de un camión, quedando la moto debajo del carro y ellos tirados en la vía, después de lo cual fue agredido por la comunidad.⁷

De la declaración rendida en juicio por parte de ROBINSON HUMBERTO VILORIA COLLANTES (**agente captor**) y FABER JINAZ ÁVILA (víctima) – *teniendo en cuenta que esta se encuentra conformada no solo por lo narrado en juicio, sino también por las manifestaciones anteriores que fueron utilizadas en sede de impugnación de credibilidad y las explicaciones aducidas por el declarante en torno a las razones de su contradicción* - se puede y debe llegar a una única conclusión: que los señores JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ efectivamente, *-como le expone el delegado de la Fiscalía General de la Nación-*, el 20 de enero de 2014, en el municipio de Ciénaga – Magdalena, se atravesaron en una vía en la mitad de la calle, montados en una moto y JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES, quien iba de parrillero, portaba un arma de fuego tipo revólver niquelada, y al acercarse la víctima en su automotor

⁶ Ver minuto 00:07:51 a 00:18:25, Cd N° 5

⁷ Escuchar minuto 00:07:18 a 00:14:24, Cd N° 6

aquél le apuntó con el arma, por lo cual este, con el fin de evitar el hurto, los embistió con el automotor que conducía; acto seguido, bajó del auto y forcejeó con MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ, quien conducía la moto, momento que fue aprovechado por JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES para dispararle en la pierna.

Con respecto a lo anterior, debe aceptar la Colegiatura que lo narrado en juicio por JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES, MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ (procesados) y FABER JINAZ ÁVILA (víctima), no coinciden con las declaraciones anteriores al juicio rendidas por este último en el contexto de sendas entrevista y denuncia; sin embargo, tanto la denuncia como la entrevista fueron utilizadas en juicio no solo para refrescar memoria sino, esencialmente, para impugnar su credibilidad. De este ejercicio determinó el Juez A quo, que las deposiciones vertidas en los linderos del debate probatorio por JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES, MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ y FABER JINAZ ÁVILA, una vez fueron valoradas y pasadas por el tamiz de la sana crítica siguiendo los derroteros del artículo 404 de la ley 906 de 2004, no ostentan la credibilidad que el recurrente pretende que se les dé, por las razones que pasamos a exponer a continuación.

Con respecto al testimonio del ciudadano FABER JINAZ ÁVILA (víctima) se obtuvo, en la audiencia de juicio oral, que fue él la persona que interpuso la denuncia penal en la cual hizo incriminaciones directas hacia los procesados como los responsables del hurto. No obstante, se retractó en el juicio oral de los dichos realizados en la denuncia.

En efecto, en el marco del juicio oral el Fiscal le interroga acerca de qué fue lo que manifestó en la denuncia que instauró y contestó:

“...trabajo en la empresa carnes frías MABAR, de Ciénaga, conduciendo una camioneta, el día 20 de enero de 2014 a eso de las 3:30 de la tarde iba a llevar unos pedidos a la calle 30 con carrera 24 y cuando iba a la altura de la calle 26 me adelantaron 2 sujetos en una moto Boxer, color azul, me miraron y siguieron , los vi sospechosos, ellos siguieron y doblaron por la calle 27 y yo también doblé por la misma calle y fue cuando vi a los mismos 2 tipos atravesados en la mitad de la calle y el parrillero tenía un revólver color niquelado en la mano, enseguida me imaginé que me iban a atracar y cuando me iba acercando el tipo me apuntó con el arma y para evitar que me atracaran les tiré el carro encima, la moto quedó debajo del carro y los tipos en el suelo, yo me bajé enseguida y comencé a forcejear con el conductor de la moto y mientras estábamos forcejeando el otro sujeto alcanzó a darme un tiro en la pierna derecha, la comunidad al ver que el sujeto se quedó sin balas reaccionaron y arremetieron contra ellos, logrando cogerlos ahí mismo y los agredieron bastante...”.

Pese a lo anterior, seguidamente, luego de haber hecho alusión al contenido de la información aportada por él en los actos de indagación, agregó:

“...los hechos se dieron como resultado de los nervios que me agobiaban para esos días debido a que varios de mis compañeros habían sido objeto de atracos y lo que ocurrió fue que dos muchachos me adelantaron en una motocicleta y se parquearon más adelante en la mitad de la carretera, situación que generó que los embistiera con el carro, pero todo eso fue producto de mis nervios y nunca observé o fui amenazado con alguna arma, por los mismos nervios me bajé del carro y comencé a forcejear con el chofer de la motocicleta, pero de los mismos nervios que tenía...”

Seguidamente continúa el Fiscal preguntándole a JINAZ ÁVILA sobre los hechos, y este manifestó que los procesados no le apuntaron con arma alguna, y que no sintió cuando le entró el tiro, solo advirtió que había sido herido porque su hermana le dijo que tenía un tiro en su pierna y que lo plasmado en la denuncia fue producto de los nervios.

Ahora bien, siguiendo los lineamientos trazados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en eventos similares al que nos ocupa, la tarea del funcionario judicial radica en auscultar las razones que motivaron la retractación, entre las cuales comúnmente se encuentran la intimidación, la compra del testigo, **la persuasión para que se retracte o el arrepentimiento por haber mentado**, por lo cual el operador judicial está en el deber de apreciar la espontaneidad de la retractación, en el entendido que el dicho producto de la retractación no está sometido a una tarifa probatoria asignada, máxime cuando el contraste de la retractación se hace con abiertas imputaciones plasmadas en reconocimientos, informes o entrevistas.

Lo anterior, tal y como ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, no quiere decir que se deba satanizar la retractación que un testigo realice en juicio oral, pues tal como se dijo en precedencia éste dicho puede ser consecuencia del arrepentimiento del declarante al haber faltado a la verdad en una declaración previa, pero ello será analizado por el juez en el ejercicio de la sana crítica.⁸

En virtud de lo consignado en precedencia encuentra la Sala que los señalamientos plasmados en la denuncia - *de la cual se tuvo conocimiento en el juicio oral por boca de la propia víctima* - fueron dados a conocer casi inmediatamente a la ocurrencia de los hechos, lo cual refleja el ánimo espontáneo y legítimo del testigo tendiente a que se hiciera justicia, respecto del punible de hurto y lesiones de que fuera víctima.

Además, del contenido de dicha denuncia, que fue publicitada como ya se dijo en el juicio oral, no se evidencia que la misma haya sido producto de la rabia o de la venganza, sino que, se reitera, fue consecuencia natural de la expectativa de justicia que tiene una persona que ha sido afectada en su patrimonio económico e

⁸ C.S.J Sala de Casación Penal, 9 de noviembre de 2009, Radicado No 32595, M.P Alfredo Gómez Quintero

integridad física, si se recuerda que lo allí vertido guarda correspondencia con el conocimiento directo que tuvo ROBINSON HUMBERTO VILORIA COLLANTES (agente captor) del hecho de que JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ fueron agredidos por la comunidad debido a que, según manifestaciones de algunos miembros de la comunidad, estos hirieron y hurtaron a un ciudadano, circunstancia que se debe tener como hecho indicador (conocido), que nos lleva al hecho indicado (desconocido) de que en efecto los procesados atentaron contra el patrimonio económico y la integridad física de JINAZ ÁVILA; situación ésta que generó rechazo, inconformidad y descontento por parte de la ciudadanía que se hallaba en el sector, por lo cual intentaron tomar justicia por sus propias manos, razón por la cual a la Sala le resulta extraño que la víctima pretenda direccionar su testimonio para favorecer a los procesados y aunque no se ofreció información que diera cuenta que la víctima se encuentra intimidada o amenazada para que se retracte de lo dicho espontáneamente el día de los hechos, lo cierto es que las eventuales amenazas o intimidaciones no son los únicos aspectos que deben ser tenidos en cuenta en el proceso de valoración de dicha retractación, pues así no se sepa con claridad el móvil que origina el cambio brusco e intempestivo de versión, el Juez dentro de su independencia y autonomía y en pro de la justicia material está en el deber y en la posibilidad de advertir o inferir la existencia del retracto, de acuerdo con la valoración conjunta de las pruebas practicadas en el juicio, de ahí la importancia del principio de inmediación subjetiva y objetiva, que le permite al fallador tener un contacto directo con las personas y las cosas del proceso y en virtud de ese contacto, arrimar a la decisión judicial que consulte con los principios de justicia, evitando al máximo que campee la impunidad.

Volviendo al tema que constituye el aspecto basilar en el que habrá de descansar este proceso de adjudicación, hemos de profundizar, desde la jurisprudencia, el

asunto referido al cambio de versión del testigo; ha señalado entonces la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que

*“La retractación no es por sí misma causal que destruya de inmediato, lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas tal como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. **De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso...**”⁹(Resaltado fuera de texto).*

Y en otra decisión, siguiendo la misma orientación jurisprudencial, expuso esa Corporación:

“(...) no es buen derecho desatender lo dicho con anterioridad por el testigo cuando en juicio se retracta o guarda silencio. En síntesis: No es regla del pensamiento judicial penal (tarifa probatoria negativa) predicar que si el testigo que ayer imputó ante el órgano de investigación y hoy se retracta o nada contesta en el juicio, por esa razón le imprima un sentido absolutorio a la sentencia. Dicho de otra manera, el juez tiene el deber constitucional y legal de apreciar las pruebas válidamente aducidas al proceso y fallar en justicia, de conformidad con el sistema de persuasión racional, con apoyo en los medios probatorios con los que cuenta el proceso”¹⁰.

Pues bien, para esta Sala de Decisión Penal, la retractación de la víctima no obedece a un acto sincero, toda vez que lo expuesto por ella en el juicio oral no

⁹ Casación 21 de abril de 1955. (Cfr. Casación, mayo 25 de 1999, Rad. 12855, M. P. Mejía Escobar.)

¹⁰ CSJ, Rad., 26411 del 08 de noviembre de 2007. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

resulta verosímil, de conformidad con la restante información que fuera aportada en el decurso de la actuación procesal.

Y sostenemos con toda firmeza lo anterior, por cuanto de las pruebas practicadas en el juicio se desprende de manera objetiva, *-como ha quedado sentado en renglones pretéritos-*, que el aporte informativo suministrado ROBINSON HUMBERTO VILORIA COLLANTES (agente captor) guardan consonancia con lo que más adelante reseñó el señor JINAZ ÁVILA en la denuncia penal, elemento este que le sirvió a la Fiscalía para refrescar memoria y/o impugnar credibilidad al testigo, y de este ejercicio probatorio infiere razonablemente la Sala que la retractación de la víctima no fue consecuencia del arrepentimiento por haber faltado a la verdad, sino del marcado interés en favorecer a JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES, MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ: los acusados, así no se haya podido establecer el móvil de la retractación; situación que se extrae de las contradicciones existentes entre el testimonio rendido por él y confrontado con los siguientes elementos materiales probatorios y otros medios de conocimiento, veamos:

- 1) La denuncia interpuesta por FABER JINAZ ÁVILA el 20 de enero de 2014, posterior a la ocurrencia de los hechos que originaron la presencia policial en el sitio donde se había reportado el hurto; recuérdese que en este documento se plasma la información que suministró la víctima (denunciante), en lo que tiene que ver con las circunstancias de tiempo, modo y lugar y asegura que la razón por la cual embistió con su automotor a los procesados, fue para evitar que atentaran contra su patrimonio económico; y que una vez los arrolló procedió a forcejear con el conductor, **instante aprovechado por el parrillero para dispararle con un arma de fuego en su pierna.** Concluyó indicando que la comunidad al percatarse de la situación lo auxilió agrediendo a los sujetos activos de la conducta punible en que tiene su génesis la presente causa penal.

2) El testimonio del policía ROBINSON HUMBERTO VILORIA COLLANTES quien actuó como primer respondiente, medio de prueba, este último, que es claro, congruente y coincidente en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos y que además guardan correspondencia con todo lo plasmado en la denuncia precitada, situación que impone que se le deba otorgar credibilidad a la primera declaración rendida por la víctima ante la policía judicial y de la cual se tuvo conocimiento en el escenario del juicio oral, debido a que el Fiscal la utilizó para impugnar la credibilidad del testigo.

Recabando en las atestaciones de los acusados JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ, se debe señalar que estas resultan carentes de veracidad y refulge que están encaminados, *deduce la Sala*, a favorecerse; y prueba de ello, es que una vez las mismas son analizadas se puede colegir que resultan ser producto de la inventiva de los acusados, en su afán de evadir la responsabilidad derivada de los hechos delictivos que les fueran endilgados.

Lo anterior, por cuanto los referenciados testigos de descargos, al ser contrainterrogados sobre la ciudad en la que residían, contestaron que lo hacían en la ciudad de Santa Marta; acto seguido se les preguntó la razón por la cual se encontraban el día de los hechos en el municipio de Ciénaga – Magdalena, a lo que contestaron que estaban en dicho municipio comprando unos repuestos para bicicleta y que una vez llegaron a ese municipio se dirigieron a la casa de una amiga (de la cual no suministran nombre) y estando ahí llegó un amigo de la citada amiga quien les prestó la motocicleta en la que él se movilizaba para que los procesados realizaran sus diligencias, manifestaciones estas que, como se dejó sentado supra, resultan increíbles y salta a la vista, se reitera, que tales manifestaciones son una clara estratagema de los acusados, al punto que no están en la posibilidad de suministrar los nombres de estas personas, y sobre todo, tampoco fueron solicitados los testimonios de estos supuestos ciudadanos como

prueba de descargo a practicar en juicio, situación que solo encuentra justificación en la no existencia de estos individuos.

Siguiendo con el hilo conductor ya trazado y de acuerdo con las motivaciones precedentes, sí es probable que los testigos de descargo tengan la intención de favorecerse. Aun así, no desconocemos que un afán de esta naturaleza resulta entendible, pues hace parte del debido proceso el que los acusados, si así lo desean, puedan renunciar al derecho a guardar silencio y efectuar manifestaciones en un natural reflejo defensivo encaminado a evitar el castigo penal, empero, tal propósito por legítimo que resulte, no puede tener pacífica aceptación en el escenario del proceso penal, pues por encima de los sentimientos y de la solidaridad íntima, está la justicia material que reclama la sociedad, en tanto el bien jurídico ahora afectado resulta de gran importancia para la paz y la tranquilidad colectiva, pues es un hecho notorio el ambiente de zozobra e intranquilidad que genera en la comunidad la modalidad de atraco a mano armada, en las calles de la mayoría de las ciudades colombianas.

Volviendo al tema de las exculpaciones meramente verbales de los procesados, es palmario que estas se quedaron en el mero plano de la especulación; son aseveraciones que no tienen una base real sólida, pues en un sistema penal de acento adversarial, donde cada parte debe cumplir con su rol de una manera proactiva, no es de recibo que, como ocurre en este caso, se hagan meras afirmaciones exculpatorias con el fin de derruir las pruebas presentadas por la Fiscalía; debe entenderse que cuando el órgano de la persecución penal presenta su caudal probatorio, surge un deber procesal correlativo por parte de la defensa, de allegar a su vez, pruebas o elementos materiales probatorios que tiendan a infirmar las pruebas de su contraparte. No se quiere decir con esto que la carga de

la prueba se invierta; veamos lo que sobre este particular tema ha expuesto el máximo tribunal de cierre en materia de justicia penal¹¹:

“A este efecto, la Corte estima necesario acudir al concepto de “carga dinámica de la prueba” que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.

Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba¹², reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.

Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha

¹¹ Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Casación 39291, de 18 de diciembre de 2013. M.P. Dr. EYDER PATIÑO CABRERA.

¹² El principio de la carga dinámica de la prueba, que trae como consecuencia la inversión de la carga de la prueba a la parte que tenga mayor facilidad para comprobar o no un hecho, a nivel interno, por tradición, sólo se ha aplicado en el campo del proceso civil y del administrativo. También se ha empleado por la Corte Constitucional, en asuntos relacionados con el principio de buena fe en el caso de desplazados, ya que si se presume ésta en la actuación de los particulares, se invierte la carga de la prueba, y por ende son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene calidad de desplazado (T-321 de 2001).

recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.

Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado – no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

Porque, debe relevarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador.”

No sobra recalcar que el concepto de carga dinámica de la prueba opera de manera asaz restringida, dado que el sistema penal consagra límites precisos para su aplicación, en atención a esa obligación estatal de derruir la presunción de inocencia erigida como imperativo constitucional a favor del procesado. Ha sido esa la razón para que el instituto haya tenido desarrollo en áreas eminentemente privadas del derecho, como las que competen a la rama comercial o administrativa y solo en eventos puntualísimos, como se dijo, pueda tener operancia en el campo probatorio penal.

Ahora, en el sistema acusatorio que rige la solución del caso examinado, se hace mucho más evidente esa obligación para la defensa de presentar, si busca derrumbar el efecto de la prueba de cargos, prueba que la desnaturalice o controvierta, dado que ya no existe la obligación para la Fiscalía de investigar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado, en tanto, se trata de un sistema de partes o adversarial bajo cuyo manto el ente

investigador debe construir una teoría del caso y allegar los elementos de juicio que, cabe resaltar, bajo el imperio del principio de libertad probatoria, la soporten.

Y si en ese camino investigativo se encuentra la Fiscalía con elemento de juicio que puedan servir a la teoría del caso de la defensa, su obligación se limita, dentro del principio de transparencia y para hacer efectiva la igualdad de armas, a descubrirlos y dejarlos conocer a la contraparte, pero no, y aquí se hace necesario resaltar el punto, está obligado a presentarlo como prueba dentro del juicio oral, por manera que si la defensa no lo pidió –como carga que le compete para desvirtuar la acusación-, ese elemento no puede ser considerado para efectos de tomar la decisión final.

Obvia surge la diferencia con la sistemática procesal anterior, donde incluso se permitía al juez practicar pruebas de oficio, pues, ese principio adversarial o de partes, que además demanda del fallador absoluta imparcialidad, se desnaturaliza completamente cuando de una de las partes se demanda presentar pruebas que sustenten la teoría del caso de la contraparte.

*Por manera que, debe decirse, **en la sistemática acusatoria no es posible, cuando menos no en la generalidad de los casos, adoptar un comportamiento pasivo cuando sucede que la Fiscalía ha presentado pertinente y conducente prueba de cargos.**” (El resaltado es nuestro).*

Pero en gracia de discusión, así fuera cierto que a los procesados se les facilitó previamente la motocicleta por parte de un tercero no identificado - *lo cual no se probó* por parte de la defensa-, lo cierto es que de la denuncia inicial presentada por la víctima, el incidente no se redujo o se circunscribió a un mero choque o colisión presentado entre la camioneta conducida por el denunciante - víctima y la motocicleta en la que, a su vez, se desplazaban los dos coacusados.

Y es que si bien es cierto que, desde una perspectiva psicológica, una persona puede llegar a tener una falsa percepción acerca de un determinado evento o fenómeno naturalístico a causa del temor o del miedo, afectándose de contera la realidad de lo percibido, en este caso la prueba practicada en el juicio permite sostener de manera razonable que eso no fue precisamente lo que ocurrió en la psique de la víctima, pues un ser humano puede llegar a percibir falsamente cosas o eventos, pero atenta contra las reglas de la experiencia que esa distorsión de la realidad tenga la entidad suficiente para convertir en objetos sensibles o materiales aquello que fue producto de la imaginación o errada percepción.

Nos explicamos mejor: podría resultar creíble que la víctima hubiera percibido erráticamente que los pasajeros de la motocicleta lo iban a atracar, y que esta percepción producto del miedo, como ya se explicara, tuviera su génesis en el hecho de que varios de sus compañeros habían sido objeto de atracos en días precedentes. Pero la existencia de un arma de fuego que de acuerdo con lo narrado por el policial y la misma víctima fuera disparada en el contexto fáctico - *con la cual a su vez se le causó una herida en la pierna al testigo que se ahora se retracta* -, jamás puede ser considerada como una falsa percepción de la realidad. Sería un episodio único en la práctica forense que una distorsión de la realidad tuviera la potencialidad de materializar - *en el mundo de las cosas* -, lo que fue producto de la mera imaginación.

Basta con recordar, como soporte de esta aseveración, que existe información aportada en el escenario del juicio oral que da cuenta que el mismo día de los hechos, el señor FABER ALONSO JINEZ ÁVILA fue atendido en el hospital San Cristóbal de Ciénaga y en la historia clínica consta que presenta herida por proyectil de arma de fuego en su muslo derecho (folios 144 y ss., de la carpeta del juzgado).

Pero no olvidemos la información aportada en el juicio en lo que atañe a la motocicleta marca bóxer de color azul de placas NQI-44 en la que se movilizaban los dos procesados, la que según la declaración de uno de los coacusados les había sido dada previamente en préstamo por un tercero no identificado, con el fin de que se desplazaran a comprar repuestos para una bicicleta, situación que pretende hacer ver a su favor la defensa; pero pasa por alto el señor defensor que la Fiscalía presentó como testigo al señor DYLAN JHOVANY MENESES CASTRO, de profesión moto taxista, quien declaró que el 20 de enero de enero de 2014, siendo las 2:45 P.M., le fue hurtada la moto de placa NQI-44 por parte de dos sujetos, uno de los cuales lo encañonó con un arma de fuego y si recordamos que el hurto imperfecto de que fue víctima FABER ALONSO se materializó a las 3:30 P.M., del mismo 20 de enero, se hace más difícil dar crédito a los acusados en lo que atañe al aludido préstamo de la motocicleta en que se desplazaban el día de ocurrencia de los hechos donde aparece en calidad de víctima FABER ALONSO JINEZ ÁVILA.

Todos los aspectos circunstanciales que se han venido mencionando, y concretamente el referente a la retractación del testigo principal, explican las razones por las cuales la Fiscalía se vio en la necesidad de hacer uso de la denuncia instaurada el día de los hechos por el señor JINEZ ÁVILA, la misma que fue incorporada como evidencia de la Fiscalía en la sesión del juicio llevada a cabo el 17 de julio de 2015, (folios 135 y ss., de la carpeta original) y que a la postre le permitió al fallador de primer grado darle prevalencia a la declaración previa al juicio, de preferencia a lo aducido por el testigo en el juicio. Una situación semejante ha sido objeto de estudio por parte de la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia, en un fallo que por su relevancia será traído a colación en lo sustancial, veamos:

*“(…) La posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral **está supeditada** a que el testigo se haya **retractado o cambiado la versión**, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.*

*Es **requisito indispensable** que el testigo esté **disponible** en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.*

(…)

La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.

La incorporación de la declaración anterior debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a

través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos".¹³

En este orden de ideas, reitera la Sala, la retractación del testigo resulta inverosímil y carente de soporte probatorio, pues así se pusiera todo el empeño en otorgarle veracidad a su retractación, tal empresa resulta infructuosa luego de valorada su atestación de manera integral, esto es, confrontando el aporte informativo que hiciera en el estadio de los actos urgentes de investigación, y lo expuesto en el juicio oral.

Continuando con la respuesta a los reproches de la defensa técnica, a propósito del arma de fuego, el defensor en su recurso de apelación pone en duda que su uso le pueda ser atribuido a los dos coacusados y entonces deja en el ambiente procesal que alguno de los dos policiales pudo haber sido el autor del disparo, siendo esta la razón por la cual habría sido necesaria la incautación de este elemento, con el fin de determinar quién fue el autor del disparo que afectó la integridad personal de la víctima del hurto; empero, tal incautación no se efectivizó.

Olvida la defensa que en la ley 906 de 2004 no impera el principio de investigación integral que obligaba a la Fiscalía a investigar lo desfavorable y lo favorable al acusado, como sí ocurre en los procesos tramitados siguiendo el rito de la ley 600 de 2000; así pues, si la defensa se planteó esta hipótesis defensiva, estaba facultada por la ley para practicar sus propios actos de investigación solicitando

¹³ SP880-2017. Radicación 42656, treinta (30) de enero de dos mil diecisiete (2017).

desde un inicio el experticio de las armas de fuego de los policiales y las correspondientes pruebas de absorción atómica o bien, recolectando versiones de testigos presenciales, que dieran cuenta que sujetos diferentes a los acusados, hicieron uso del arma de fuego en contra de la humanidad de la víctima.

Debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 268 de la ley 906 de 2004, el imputado o su defensor - *durante la investigación* - podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física, con el fin de que sean examinados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o cualquier otro laboratorio particular, donde los entregarán bajo recibo.

En el caso que ahora se examina, la Fiscalía no planteó como hipótesis investigativa que el arma de fuego hubiese sido utilizada por persona o personas diferentes a los acusados, y ello tiene una explicación lógica: la misma víctima que ahora pretende retractarse en el juicio, en la denuncia presentada luego de la comisión de los hechos, expuso de manera espontánea y clara que,

*(...) cuando circulaba (en la camioneta tipo furgón de placas QGY-895) (...) por la carrera 21 con calle 26 llevando unos pedidos, fue adelantado por unos sujetos que se movilizaban en una motocicleta marca bóxer de color azul de placas NQI-44 los cuales lo miraron y siguieron y él los notó sospechosos, que ellos doblaron por la calle 27 y él también y los observó más adelante atravesados en la vía en la mitad de la calle, montados en la moto **y el parrillero¹⁴ portaba un arma de fuego tipo revólver niquelada, que al acercarse el tipo le apuntó con el arma y el con el fin de evitar el atraco les tiró el carro, quedando la motocicleta debajo del carro y los sujetos en el suelo; que se bajó y forcejeó con el conductor de la moto y en esos instantes (el) otro le disparó, alcanzándolo con un impacto en la pierna derecha con orificio***

¹⁴ En nuestro la expresión “parrillero” hace alusión a la persona que va en la parte trasera del asiento de la motocicleta, esto es, el acompañante del conductor.

de entrada y salida, siendo apoyado por la comunidad al quedarse el agresor sin municiones (...)

Luego entonces, la hipótesis delictiva de la Fiscalía guarda coherencia con el primer aporte informativo que hiciera la víctima, se insiste, **de manera espontánea**, y se aviene con las reglas de la experiencia que si en un episodio de esta naturaleza se hubiese presentado un cruce de disparos, así lo hubiesen informado los policiales que acudieron al lugar de los sucesos o la propia víctima; pero ocurre que el ofendido en su denuncia fue claro no solo al momento de describir la motocicleta en la que se movilizaban los autores del atraco, sino también la clase y color del arma de fuego utilizada y muy difícil resulta aceptar que estas circunstancias modales propias del delito, sean producto de su imaginación, desvarío o falsa percepción de la realidad; circunstancias que *per se* nos ubican en un plano razonable en la idea de la coparticipación criminal, y en este aspecto concreto acertó el Juez a quo, al condenar a los dos acusados como autores del delito atentatorio del patrimonio económico.

Tampoco se soslayará el planteamiento de la defensa en cuanto a que, según su dicho, no se tiene certeza acerca de la cantidad de dinero que le fuera despojada a la víctima; empero, olvida el recurrente que el señor FABER ALONSO JINEZ ÁVILA, también aseguró en la denuncia que le fuera puesta de presente en el juicio y que fuera incorporada a la actuación como prueba de la Fiscalía, que una parte del dinero que transportaba ese día, producto de la venta de carnes, desapareció del automotor (poco más de \$ 1.000.000); con todo, la Fiscalía presentó acusación por el delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa, aspecto este que no podrá ser objeto de modificación por parte de esta Sala de Decisión, pues de hacerlo, se afectaría hondamente el principio de congruencia.

Siguiendo con el proceso de valoración probatoria, como se habrá podido advertir, se ha venido haciendo énfasis en la espontaneidad que caracterizó la declaración inicial de la víctima ante las autoridades policiales y la Fiscalía. Este aspecto tiene asidero en el derecho comparado y si acudimos a las Reglas de Evidencia del sistema procesal de Puerto Rico, observamos que incluso son admisibles como excepción a la regla de prueba de referencia - aunque el declarante esté disponible como testigo -, ***las declaraciones espontáneas por excitación***,¹⁵ entendiéndose por tales las realizadas mientras el declarante estaba bajo la influencia de excitación causada por la percepción de un acto, evento o condición y la declaración se refiere a ese evento o condición, y para el caso que ocupa nuestra atención hubo un evento relatado por el testigo que afloró en él su instinto de protección y de defensa legítima, pues relató que al acercarse el parrillero apuntándole con el arma de fuego, con el fin de evitar el atraco les tiró el carro, quedando la motocicleta debajo del carro y los sujetos en el suelo; un relato efectuado con todos estos detalles y al poco tiempo de su ocurrencia, no permiten aceptar pacíficamente que el sujeto mintió en su declaración inicial, máxime cuando existe otro medio de prueba, también de carácter testimonial que tiende a confirmar lo expuesto por la víctima en su denuncia: concretamente la declaración rendida por el policial captor HUMBERTO VILORIA COLLANTES, que si bien es un testigo de referencia en relación con los primigenios hechos percibidos por la víctima, es fuente directa de la información que esta le suministró y que de todas formas guarda relación con otros hechos, estos sí percibidos por los integrantes de la Policía Nacional, y son precisamente los que guardan correspondencia con la reacción de miembros de la comunidad, los cuales arremetieron contra los

¹⁵ Regla 805. Excepciones a la regla de prueba de referencia aunque el declarante esté disponible como testigo. Literal B) declaraciones espontáneas por excitación.

atracedores, ante la agresión de que estaba siendo víctima el señor FABER ALFONSO JINAZ ÁVILA.

Esta declaración, no solo espontánea, sino también **contemporánea a la percepción**¹⁶ de la víctima, debe ser tomada en cuenta para fundamentar en ella la responsabilidad de los acusados, y bien hizo el representante de la Fiscalía al utilizar la denuncia con el fin de impugnar la credibilidad del testigo al advertir que este se retractaba de lo que habría dicho espontáneamente momentos después de la comisión de los hechos, bajo el estado de excitación o del estrés generado por la conducta criminal perpetrada en su contra.

Sobre este particular tema, el Profesor puertorriqueño, Ernesto L. Chiesa Aponte, en su obra REGLAS DE EVIDENCIA COMENTADAS, alude que,

“(...) Lo que activa la regla es un evento que causa una conmoción en el declarante que lo percibe o lo sufre. La garantía de confiabilidad es que mientras dure la excitación o conmoción que causa el evento, las declaraciones del declarante son espontáneas e irreflexivas, no fabricadas. En contra, puede argumentarse que la conmoción puede causar trastornos en la mente del declarante y hablar incoherencias producto del mismo estrés. Para esta excepción aplicar, se deben establecer tres requisitos:

- i) Un evento, condición o acto que genera un estado de conmoción o excitación en el declarante,*
- ii) La declaración se refiere a ese acto, condición o evento y*
- iii) La declaración se hizo mientras el declarante estaba bajo el estrés de la conmoción.*

¹⁶ Según el literal A) de la Regla de Evidencia No.805 de Puerto Rico, una declaración contemporánea a la percepción es aquella que se hace narrando, describiendo o explicando un acto, condición o evento percibido por el declarante y hecha mientras el declarante percibía dicho acto, condición o evento, o inmediatamente después.

El primer requisito es de estricto cumplimiento. Debe ser un evento que cause conmoción en una persona promedio. Ejemplos típicos son un asalto u otro delito serio (agresión sexual, homicidio), un aparatoso accidente de tránsito, un impresionante incendio (...) una seria amenaza personal (...) una balacera, entre otros.

(...)

El segundo requisito se interpreta liberalmente. El declarante puede o no ser participante o víctima; puede ser un mero espectador. La declaración no tiene que narrar o explicar el evento, pero debe referirse a él. Por ejemplo, una mujer sufre una agresión sexual y poco después identifica a determinada persona como el agresor, aunque no explique o narre la agresión. (...) La declaración puede, por supuesto, incluir una narración del evento conmocionante.

El tercer requisito es sobre el factor tiempo. Aunque no se exige contemporaneidad entre evento y declaración, se exige que la declaración se haga mientras el declarante esté todavía bajo el estrés de la conmoción que le causó el evento”.¹⁷

El ejercicio de derecho comparado propuesto no repugna con nuestro sistema procesal penal, toda vez que siguiendo los derroteros trazados por el legislador en el artículo 404 de la ley 906 de 2004, que atañe a la apreciación del testimonio, aquí juegan un papel bien importante los aspectos relacionados con la percepción que tuvo el testigo acerca de los hechos y las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió y sería atentar contra la meridiana inteligencia no aceptar que el estado mental del sujeto que percibe se debe valorar en el contexto de las circunstancias de modo, y aquí cobra relevancia nuevamente la excitación o estrés que se genera en una persona que es abordada por dos sujetos, uno de ellos armado y con clara intención de afectar su patrimonio.

Para corroborar lo antes expuesto, ésta Sala de Decisión en el caso objeto de

¹⁷ Chiesa Aponte, Ernesto Luis. Reglas de Evidencia comentadas. Ediciones Situm, 2016. San Juan, Puerto Rico.

análisis confrontó la atestación integral de la víctima y de los testigos de descargo, con los otros elementos materiales probatorios y medios cognoscitivos, y el dicho de la víctima en sede de juicio oral, resulta desdibujado y carente de toda credibilidad, en cuanto a los aspectos esenciales referidos a los hechos que fueron materia de investigación y de juzgamiento penal, esto es, la ocurrencia de un hurto imperfecto, ocurrido el día 20 de enero de 2014 en el municipio de Ciénaga - Magdalena.

Con fundamento en las anteriores precisiones, se puede concluir que la misma ley procesal fija los estándares encaminados a dotar de credibilidad o no a los testigos de cargo y de descargo; tales estándares se vinculan con la naturaleza inverosímil o increíble del testimonio, la capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración, la existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo, manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencia a terceros, carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad y finalmente las contradicciones en el contenido de la declaración.

De allí, que no se ofrezca como arbitrario desestimar lo narrado en juicio por JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES, MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ (procesados) y FABER JINAZ ÁVILA, por cuanto aquellos no proporcionan fiabilidad, confianza y credibilidad, pues salta a la vista el marcado interés en conseguir una sentencia absolutoria, sin aportar pruebas que infirmen o desvirtúen las presentadas por la Fiscalía; contrario sensu, se le debe otorgar total credibilidad a lo narrado por FABER JINAZ ÁVILA - pero en lo que atañe a la denuncia que dio inicio a la investigación penal desarrollada por la Fiscalía y que

fuera utilizada para impugnar la credibilidad del testigo en el juicio – credibilidad que se extiende a lo atestado por el agente captor ROBINSON HUMBERTO VILORIA COLLANTES, y si bien es cierto que el último de los referenciados deponentes no fue testigo directo del acontecer delictivo propiamente dicho, no lo es menos que sí se puede catalogar como testigo directo del hecho originado momentos después, y que da cuenta de la reacción de los vecinos del sector, quienes agredieron a los procesados debido a que estos quisieron hurtarle a JINAZ ÁVILA el dinero que transportaba. Es por ello, que no deben ser de recibo las argumentaciones esbozadas por el defensor al sustentar su recurso.

Del examen que antecede, se logra concluir - *a diferencia de lo expuesto por el recurrente* -, que las pruebas practicadas en el juicio permiten derruir la presunción de inocencia del procesado, al establecerse fehacientemente, y más allá de toda duda razonable, la existencia del punible de hurto calificado agravado tentado y la responsabilidad de los procesados.

8. ACERCA DE LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LOS CUARTOS DE DOSIFICACIÓN PUNITIVA.

La Sala, de manera oficiosa, corregirá el palmario yerro en que incurrió el juez de primera instancia en el proceso de determinación de la sanción punitiva, pues se advierte un ostensible quebranto del principio de estricta legalidad de las penas; ello en virtud de una indebida determinación de los cuartos de movilidad punitiva atendiendo las pautas del artículo 60 del de la Ley 599 de 2000, como también por incorrecta aplicación del dispositivo amplificador de la tentativa.

El A quo, en su errada labor dosimétrica, expresó:

*“En este orden de ideas, tenemos que el delito de HURTO CALIFICADO, tiene una pena prevista de 8 a 16 años de prisión, lo que equivale a 96 a 192 meses de prisión, **límites que habrá que incrementarse de la mitad de las tres cuarta parte en razón, de lo señalado en el numeral 10º del artículo 351 ibídem, por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto, incrementándose el mínimo al máximo, y el máximo al mínimo de la norma infringida.** Quedando así: 168 a 288. En consecuencia, los cuartos mínimos medios y máximos, resultantes todos de dividir entre los dos extremos la diferencia entre los extremos punitivos de carácter legal por cuatro (4) es decir 168 meses - 288 meses = 120/4=50; el primer cuarto va de 168 meses - 198 meses; el segundo cuarto va de 198 meses 1 día – 288 meses, el tercero 288 meses 1 día – 258 meses, finalmente el cuarto máximo 258 meses 1 día a 288 meses.*

Ahora bien según el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal, el fallador debe moverse dentro del cuarto mínimo, cuando concurren únicamente circunstancias de menos punibilidad, como efecto la carencia de antecedentes penales en relación con JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES, de ahí que la pena a imponer a este acusado queda en el cuarto mínimo, que va de 168 a 198 meses de prisión, atendiendo que fue un delito tentado, se aplica el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal que disminuye de una tercera parte del mínimo, de la pena imponer y si partimos del primer cuarto en pena mínima 168 meses de prisión, le disminuir (sic) una tercera parte que 56 meses de prisión, le queda la pena a imponer en 112 meses, como coautor responsable.

*Ahora bien con relación, a MELKIS ELIECER PÉREZ GÓMEZ, de cierto que registra antecedentes penales, es por lo que al no existir “atenuantes ni agravantes” del artículo 58 C.P., igualmente abra (sic) de concretarse la pena para este procesado en el cuarto mínimo. **Por ello pues y acorde a los mismos motivos, puestos en antes de presente, se le impondrá a esta persona la pena de 189 meses de prisión, se le descontará 63 meses por ser un delito tentado, le quedara la pena en 126 meses de prisión, como coautor responsable del delito de HURTO CALIFICADO”.** (Negrita y subrayado fuera de texto).*

La operación anterior elaborada por el juez de primer grado es equivocada, pues al momento de realizar el aumento punitivo por ocasión de la circunstancia de

agravación punitiva configurada en el presente asunto, aplicó indebidamente el numeral 4º del artículo 60 del C.P. para la determinación del ámbito de movilidad punitivo, canon que establece que si la pena se aumenta en dos proporciones, *“la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica”*. Luego, entonces, los extremos inferidos por el A quo son incorrectos.

En efecto, si al mínimo de la pena correspondiente al hurto calificado (96 meses) se le incrementa la menor proporción de incremento, es decir la mitad (48 meses), ello arroja un monto de 144 meses y no los 168 establecidos por el A quo; así mismo, si al máximo de 192 meses se le aumenta la mayor proporción de tres cuartas partes (144 meses), tal operación arroja la suma de 336 meses y no los 288 que dedujo el juez de instancia.

Del mismo modo, el A quo se equivocó al momento de aplicar la correspondiente disminución punitiva generada en virtud del dispositivo amplificador de la tentativa, ello en razón a que ignoró que las proporciones establecidas en el artículo 27 del Código Penal, afectan los extremos punitivos del tipo penal, toda vez que se trata de un fenómeno que se estructura al momento de la comisión de la conducta, tal como también acontece, a manera de ejemplos, con la complicidad (artículo 30), el exceso en la causales de exoneración de responsabilidad (artículo 32, numeral 7, inciso 2), el estado de ira o de intenso dolor (artículo 57), etc.

Los anteriores yerros incidieron en el ámbito de dosificación, pues para individualizar la pena no se partió de los extremos correctos, lo que correlativamente repercutió en la determinación de los respectivos cuartos.

Conforme a lo antes expuesto, la Sala procederá a redosificar la pena establecida a los procesados en el fallo condenatorio de primera instancia, de acuerdo a sus

responsabilidades penales por el delito de hurto calificado agravado en grado de tentativa.

Conforme a lo establecido en el inciso 2º, numeral 4º del artículo 239 de la Ley 599 de 2000, el delito de hurto calificado tiene prevista una pena de ocho (8) a 16 años de prisión, o lo que es lo mismo de noventa y seis (96) a ciento noventa y dos (192) meses de prisión.

Lo anteriores extremos punitivos deben ser incrementados *“de la mitad a las tres cuartas partes”* por la circunstancia específica de agravación punitiva establecida en el numeral 10º del artículo 240 del Código Penal, aumento que se aplicará la menor proporción al mínimo y la mayor al máximo conforme lo enseña el numeral 4º del artículo 60 del Código Penal, obteniéndose una subtotal de ciento cuarenta y cuatro (144) a trescientos treinta y seis (336) meses de prisión.

Estas últimas cifras sufren también una variación, ello por aplicación del dispositivo amplificador de la tentativa, el cual, conforme al inciso 1º del artículo 27 *ibídem*, debe ser en una proporción que no sea *“menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo”*.

Tal operación arroja un marco punitivo de setenta y dos (72) a doscientos cincuenta y dos (252) meses de prisión, quedando los cuartos punitivos de movilidad de la siguiente manera:

Cuarto mínimo: de setenta y dos (72) a ciento diecisiete (117) meses de prisión.

Primer cuarto medio: de ciento diecisiete (117) a ciento sesenta y dos (162) meses de prisión.

Segundo cuarto medio: de ciento sesenta y dos (162) a doscientos siete (207) meses de prisión.

Cuarto máximo: de doscientos siete (207) a doscientos cincuenta y dos (252) meses de prisión.

Respetando la intención del fallador de primera instancia en la fijación de la pena al acusado JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES, y atendiendo que en contra de este procesado no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad, se le impondrá la pena mínima del cuarto mínimo de movilidad, esto es, setenta y dos (72) meses de prisión.

En lo que atañe a la determinación de la pena a imponer a MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ, se respetará la selección del cuarto mínimo utilizado al juez de primera instancia para establecer dicha sanción, ello en atención a que no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad contra éste procesado, pero la Sala no tendrá en cuenta el incremento del 95.45% que realizó el A quo al monto mínimo del cuarto mínimo, pues tal determinación punitiva el juzgador unipersonal la fundamentó por la presencia de antecedentes penales en contra del procesado, ignorando por completo que ésta circunstancia ni constituye una causal de mayor punibilidad como tampoco puede ser un parámetro para establecer la penal final, pues para tal cometido, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, deben ponderarse los siguientes aspectos:

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.

En este orden de ideas, al procesado MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ también se le impondrá la pena mínima del cuarto mínimo de movilidad, esto es, setenta y dos (72) meses de prisión.

Adviértase que el proceso de redosificación punitiva realizado por esta Sala en sede de apelación, no afecta en nada las garantías fundamentales de los procesados, específicamente el principio de prohibición de reforma peyorativa, pues al ajustarse la pena privativa de la libertad a los parámetros constitucionales y legales, la sanción impuesta a ambos procesados sufrió una disminución considerable.

Asimismo, se precisa, que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será en un quantum igual a la pena privativa de la libertad impuesta a los procesados en esta sentencia, no así a la determinada por el juez de primera instancia.

**9. DETERMINACIÓN FINAL ENCAMINADA A QUE EL JUEZ A QUO SE
PRONUNCIE RESPECTO DE OTROS DELITOS POR LOS CUALES SE
ACUSÓ, PERO QUE NO SE INCLUYERON EN LA SENTENCIA
APELADA**

En renglones iniciales hicimos alusión a una seria omisión en la que incurrió el fallador de primer grado. Para mayor precisión, se debe acotar que una vez revisada la actuación procesal por parte de esta Colegiatura, se pudo constatar que en el escrito de acusación que presentara la Fiscalía en contra de los hoy procesados, señores ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ, se hizo clara alusión a los punibles de hurto calificado y agravado, **en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego accesorios, partes o municiones y lesiones personales**, formulándoseles acusación por dichos punibles en audiencia celebrada el 4 de agosto del 2014.

Finalmente, se constató que durante el juicio oral la teoría del caso del delegado del ente requirente siempre estuvo encaminada a demostrar la materialidad de todas las conductas por las cuales se acusó y la responsabilidad de los procesados en dichos delitos, y obviamente a que se emitiera la correspondiente sanción por cuenta de los referenciados punibles, observándose que en la sentencia condenatoria fechada 13 de octubre de 2015 - *la cual es objeto de estudio por parte de este cuerpo decisorio con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la defensa* – se hizo referencia únicamente al punible que atenta contra el patrimonio económico, sin que exista pronunciamiento alguno respecto de las otras dos conductas concursantes; esto es, lesiones personales y el porte de arma de fuego.

Tal omisión puede y debe ser subsanada siguiendo criterios jurisprudenciales trazados por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia¹⁸, Corporación que en un caso donde se presentó la misma circunstancia omisiva por parte del juzgador, expuso:

“Ahora, en relación con los delitos objeto de acusación sobre los cuales se guardó silencio, tanto al emitir el sentido del fallo como en la sentencia, se debe resolver la situación como en pretéritas ocasiones lo ha decidido la Sala, esto es, decretando la ruptura de la unidad procesal.

En efecto, la Corporación ha expresado:

La congruencia entre la acusación y la sentencia hace parte del debido proceso; ésta comporta la armonía que entre dichos actos debe existir en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, último que se afecta en los eventos en que el juez deja de considerar uno o varios delitos imputados en el pliego de cargos (incongruencia omisiva).

(...)

La evidente ausencia de pronunciamiento en las sentencias de primera y segunda instancia acerca del concurso homogéneo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado, por el que también fue acusado... [el procesado] lleva a la conclusión de que efectivamente se quebrantó, por omisión, el principio de congruencia.

El artículo 10° de la Ley 906 de 2004, rector del presente trámite, establece que las actuaciones procesales se deben desarrollar teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia y que los funcionarios judiciales hagan prevalecer el derecho sustancial.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia Sala Penal. SP5897-2016, Radicación N° 44.425, de 10 de mayo de 2016, M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera.

Igualmente, determina el inciso quinto de la citada disposición, que los jueces de control de garantías y conocimiento están en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes.

Ahora bien, advertido que la sentencia dejó de pronunciarse sobre algunos de los delitos imputados en la acusación —el concurso homogéneo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado—, el yerro debe ser corregido.

Como por los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado, sí existe adecuado pronunciamiento judicial, no se hace necesario decretar la nulidad de lo actuado.

Tampoco resulta viable que esta Corporación emita decisión complementaria, porque limitaría a las partes en el ejercicio de los derechos de contradicción, a la segunda instancia y a la interposición del recurso extraordinario de casación.

Entonces, para la corrección de la irregularidad advertida, se acudirá a la ruptura de la unidad procesal y se expedirán copias de la carpeta y los registros que contienen la actuación, para que por separado el juzgado de primera instancia profiera el fallo referido al concurso homogéneo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

Este criterio ya fue aplicado por la jurisprudencia de la Sala en eventos similares al que ahora ocupa su atención, en trámites regidos por la Ley 600 de 2000, razonamientos que guardan coherencia conceptual y normativa con las disposiciones propias del sistema regido por la Ley 906 de 2004, el que aquí se reitera (CSJ SP, 20 nov. 2001, rad. 15664; y CSJ SP, 12 ago. 2009, rad. 32189). (CSJ SP, 29 abr. 2015, rad. 43170. En el mismo sentido CSJ AP, 10 jun. 2015, rad. 44693; CSJ SP, 19 ago. 2015, rad. 46312; CSJ SP, 10 may. 2016, rad. 44425 y; CSJ SP, 24 ago. 2016, rad. 45175).

Por tanto, se expedirá copia de las carpetas y de los registros que contienen la actuación, en orden a que por cuerda separada el juzgado de primer grado emita el sentido del fallo y profiera la sentencia a que haya lugar, en relación con las conductas punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado e incesto,

ambas cometidas en concurso homogéneo y sucesivo, sobre las cuales no se adoptó decisión de fondo a pesar de haber sido imputadas en la acusación.

Se ofrece oportuno señalar que esta solución a su vez es respetuosa de la garantía de la non reformatio in pejus, pues si bien la Sala ha sostenido que ésta se quebranta cuando por la vía de la reedición de la actuado se pretende ajustar la pena a la legalidad en un determinado caso, ello se ha afirmado a condición de que en efecto haya habido pronunciamiento de fondo sobre un específico delito (CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 35487; CSJ SP, 28 oct. 2015, rad. 43436 y CSJ SP, 30 mar. 2016, rad. 46785.), supuesto de hecho que difiere del que enseña el presente asunto, por cuanto, como viene de exponerse, aquí no hubo decisión frente a dos de las conductas punibles por las que se acusó al procesado, por ende, es claro que al no existir fallo sobre un par de puntuales ilícitos, no es posible concluir que se ve agravada la situación del implicado, en tanto simplemente no obra proveído para siquiera hacer la comparación.

Adicionalmente, no adoptar la solución anotada (ruptura de la unidad procesal para que el juez a quo se pronuncie sobre los delitos que no lo hizo), no solo es soslayar el debido proceso sino también la eficacia y el acceso efectivo a la administración de justicia que le asiste al acusado y a las víctimas, toda vez que el Estado no puede dejar de resolver todos los extremos que abarca la acción penal”.

Siguiendo este hilo conductor, esta Sala de Decisión ordenará la ruptura de la unidad procesal a efectos de que, por intermedio de la Secretaría, se expida copia de la carpeta y de los registros que contienen la actuación, en orden a que por cuerda separada el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ciénega emita el sentido del fallo y profiera la sentencia a que haya lugar, en relación con las conductas punibles de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego accesorios, partes o municiones, y lesiones personales, pues por estas se presentó acusación y se pidió condena por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Nótese que la Fiscalía General de la Nación en modo alguno pidió absolución por estos dos últimos cargos y si bien es cierto que no presentó recurso con el fin de reprochar la omisión en la que incurrió el A quo, tal proceder no subsana el garrafal yerro, pues de aceptarse que la ausencia del recurso convalida una situación semejante, sería promover eventualmente, y de manera deliberada, la impunidad, lo cual no guarda correspondencia con nuestro modelo de Estado que no solo es Social, sino también de Derecho.

Y si esto es así, el Juez, como se expuso en la jurisprudencia arriba citada, está en el deber de hacer respetar el principio de legalidad y el debido proceso que le asiste a la víctima, los que repercuten del mismo modo en la expectativa de justicia que tiene la sociedad, máxime que uno de los delitos por los cuales se omitió pronunciamiento judicial, es de aquellos denominados difusos, por atentar contra el bien jurídico de la Seguridad Pública.

Lo anterior, sin detrimento de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, como quiera que en virtud de los principios de independencia y autonomía judicial el Juez de primer grado habrá de tomar la decisión que en derecho corresponda, sea esta de índole condenatoria o absolutoria, en lo que concierne a los delitos por los cuales omitió pronunciamiento en el sentido del fallo y en la sentencia respectiva.

Debe entenderse que contra la orden de ruptura de la unidad procesal y la consecuente compulsión de las copias de la actuación con destino al Juzgado de

origen no procede recurso alguno, pues se trata del trámite normal que debe seguirse ante la ostensible omisión del fallador de primer grado.

La Sala, a este propósito, le hace un severo llamado de atención al Juez de primer grado, conminándolo a que en el futuro analice con mayor detenimiento las pretensiones efectuadas por las partes, como quiera que una omisión como la acabada de reseñar puede producir serios cuestionamientos a la manera como se imparte justicia por parte de nuestros jueces en esta jurisdicción.

10. DE LA COMPULSA DE COPIAS CON EL FIN DE QUE SE INVESTIGUE LA PRESUNTA COMISIÓN DEL DELITO DE HURTO Y/O DE RECEPCIÓN EN LOS QUE ESTARÍAN INVOLUCRADOS LOS AHORA PROCESADOS.

Finalmente, hay un aspecto de suma relevancia que no puede dejar pasar desapercibido esta Corporación, y es que de acuerdo con la información aportada en el juicio por parte del testigo DYLAN JHOVANY MENESES CASTRO, de ocupación moto taxista; de acuerdo con su relato, el 20 de enero de 2014 siendo las 2:45 P.M., le fue hurtada la motocicleta de placa NQI-44 por parte de dos sujetos, siendo este el mismo automotor utilizado en la perpetración del hurto agravado efectuado momentos después (45 minutos aproximadamente) donde se reportó como víctima al señor FABER ALONSO JINEZ ÁVILA.

Y si esto es así, no se puede descartar - *a priori* - que los dos acusados, señores JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ, sean ajenos a este primer episodio delictivo, bien sea en calidad de coautores del hurto o de una eventual receptación.

En este orden de ideas, como el fiscal delegado en este caso no presentó acusación por la precitada situación fáctica, entonces, la Sala ordenará la compulsión de copias pertinentes ante la Fiscalía General de la Nación para que se adelante, la investigación y, de ser el caso, el juzgamiento respectivo.

En suma, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva, la Sala confirmará la sentencia de 13 de octubre de 2015, a través de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ciénaga – Magdalena-, condenó a JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ, por la conducta punible de hurto calificado agravado tentado; aclarando que, como consecuencia lógica de la modificación de la pena, esta quedará en setenta y dos (72) meses de prisión como pena principal – *para cada uno de los procesados* - y como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

Del mismo modo, se les niega la concesión de sustituto o subrogado alguno, tal y como se decidió en la sentencia de primera instancia.

Por lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en Sala de Decisión Penal, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

11. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de 13 de octubre de 2015, a través de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Ciénaga – Magdalena-, condenó a JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ, por la conducta punible de hurto calificado y agravado tentado, en el entendido que, como consecuencia lógica de la modificación de la pena, esta quedará en setenta y dos (72) meses de prisión como pena principal – *para cada uno de los procesados* - y como pena accesorias la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

Así mismo, se les niega la concesión de sustituto o subrogado alguno, tal y como se decidió en la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: Se ordena que por intermedio de la Secretaría de la Sala de Decisión Penal, se expida copia de las carpetas y de los registros que contienen la actuación, en orden a que por cuerda separada el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ciénaga, emita, en el menor tiempo posible, el sentido del fallo y profiera la sentencia a que haya lugar, en relación con las conductas punibles de fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego accesorios, partes o

municiones, y lesiones personales, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO.- Igualmente, se ordena que por intermedio de la Secretaría de la Sala de Decisión Penal, se expida copia de las carpetas y de los registros que contienen la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación, a efectos de que adelante la investigación y, de ser el caso, el juzgamiento en lo que tiene que ver con la comisión de la conducta punible en que hayan podido incurrir los señores JOSÉ ALEJANDRO CARRERO REYES y MELKIS ELIÉCER PÉREZ GÓMEZ, en lo que guarda correspondencia con el hurto de la motocicleta de placa NQI-44, conducida por el señor DYLAN JHOVANY MENESES CASTRO, en hechos ocurridos el día 20 de enero de 2014, siendo las 2:45 P.M., en el municipio de Ciénaga –Magdalena-; esto es, momentos antes de que se perpetrara el hurto por el que ahora se está emitiendo la presente providencia, que desata el recurso de apelación presentado por la defensa de los acusados.

CUARTO.- La presente providencia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación, en relación con la confirmación de la sentencia condenatoria.

Los Magistrados,

DAVID VANEGAS GONZÁLEZ

JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA

CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA

MAURICIO FERNANDO AVENDAÑO SIERRA
Secretario