

Proceso No. 18402

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.175

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil ocho (2008)

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de JHON JAIRO PEREA CONRADO, contra la sentencia del Tribunal Superior de Distrito de Buga (Valle) que confirmó la emitida en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago, por la cual fue condenado como coautor responsable del delito de homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

“Se conoce de autos que el presente asunto tuvo su génesis en la localidad de Cartago (V) el veintitrés (23) de Mayo de 1999, aproximadamente a las 12:30 de la noche cuando el señor AVELINO GARABATA VIAGANA quien se hallaba en el establecimiento “La amistad” y saliera rumbo a un estanquillo del sector, fue sorprendido e interceptado por dos sujetos que lo agredieron en nueve (9) oportunidades con arma corto punzante falleciendo a causa de shock hipovolémico, lográndose poco después y con base en el

señalamiento directo que hiciera su padraastro MANUEL FLORINDO MOSQUERA, la captura de RUFFO ANTONIO MOSQUERA PINO y JHON JAIRO PEREA CONRADO”¹

Dispuesta la apertura formal de la investigación la misma fecha de los hechos y vinculados mediante indagatoria RUFFO ANTONIO MOSQUERA PINO² y JHON JAIRO PEREA CONRADO³, su situación jurídica fue resuelta provisionalmente el 28 de mayo de 1999 con detención preventiva por el delito de homicidio⁴, luego de lo cual, tras el cierre de la investigación, el 16 de septiembre siguiente, se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra los prenombrados⁵, en calidad de coautores de la aludida conducta punible, en modalidad agravada, de acuerdo con los artículos 323 y 324, numerales 6 y 7, del Código Penal (Decreto Ley 100 de 1980), decisión que alcanzó ejecutoria el 1 de octubre de la misma anualidad⁶.

El trámite de la causa lo asumió el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago (Valle), cuyo titular, el 19 de mayo de 2000, dictó contra los procesados fallo condenatorio por el delito atribuido en la acusación, y en tal virtud le impuso a cada uno pena principal de cuarenta (40) años de prisión, y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, y suspensión de la patria potestad, por un lapso de diez (10) años. Además los condenó a pagar a los herederos legítimos de la víctima, el equivalente a mil (1000) y quinientos (500) gramos oro por concepto de perjuicios materiales y morales, respectivamente⁷.

Del expresado fallo apelaron los defensores de los acusados y el Tribunal Superior de Distrito de Buga (Valle), mediante el suyo de 23 de noviembre de 2000, lo confirmó, sentencia de segundo grado contra la que el defensor de JHON JAIRO PEREA CONRADO interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual fue oportunamente sustentado⁸, y respecto del mismo rindió concepto el Delegado de la Procuraduría General de la Nación.

LA DEMANDA

1. Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos y los fallos (Decreto 2700 de 1991), el actor formula, en capítulos separados, varios reproches por errores de hecho en la estimación de las pruebas, los cuales habrían conducido a la indebida aplicación de los artículos 323 y 324 del Código Penal (Decreto Ley 100 de 1980), y la falta de aplicación de los artículos 247 y 445 del aludido ordenamiento penal instrumental.

2. Sostiene, en primer término, que el ad-quem tergiversó la declaración de Alba Paola Rivas Mosquera, al decir que ella aseveró que su representado, antes de ocurrir los hechos, salió de la discoteca, y con base en esa alteración material le otorgó al medio de prueba un alcance diferente, en contra del acusado, ubicándolo en el teatro de los acontecimientos, es decir, en el momento y lugar en el que fue agredido Avelino Garabata Viagana.

Aduce el libelista que esa misma distorsión del citado medio de prueba llevó a desestimar las declaraciones de José Antero Nagles Rentería, José Luis Mosquera Moreno, y Maria Isabel Ceballos Pinilla, quienes fueron coincidentes en manifestar que los procesados no abandonaron la discoteca, en ningún momento, antes de que ocurrieran los hechos.

Precisa que en esas condiciones inevitablemente la conclusión de la parte resolutive del fallo condenatorio fue producto de ese error en la declaración de Alba Paola Rivas Mosquera.

3. En segundo lugar, cuestiona la apreciación de los testimonios rendidos por Manuel Florindo Mosquera Mosquera, Wilven Perea Perea y José Germán Saturnino Viveros, al no considerar los falladores las múltiples contradicciones que hay en los relatos de cada uno

acerca de lo que percibieron la fecha de los hechos, en razón de las cuales es imposible afirmar que tales medios de prueba son armónicos y coherentes, y que por lo tanto permiten una sindicación clara e inequívoca contra su prohiado, habiendo llegado el Tribunal a conclusión contraria, al tomar fragmentos de lo dicho por esos declarantes, por fuera de su contexto y sin la percepción integral del contenido de las respectivas declaraciones.

Sostiene que de no haber incurrido el Tribunal en tan craso error, otra había sido la decisión en la parte resolutive del fallo, porque del texto global de los relatos hechos por los citados testigos no se desprende el conjunto de hechos indicadores de autoría, de presencia en el lugar de los acontecimientos, de oportunidad y móvil para delinquir, con base en los cuales el ad-quem estructuró la condena, con deformación de la verdad material que enseñan esas pruebas.

3. Por último, alega el recurrente que el Tribunal incurrió en falso juicio de existencia respecto de la declaración de Johana González Bermúdez, quien realizó una sindicación directa, acerca de la autoría del homicidio, en cabeza de "JHON FREDY" y "ROBINSÓN RODRÍGUEZ", los describió y suministró su ubicación, medio de prueba que se opone a la atribución de responsabilidad de los acusados, y que omitió valorar el juzgador de segundo grado.

Precisa que si se hubiera valorado esa declaración el ad-quem no habría podido plasmar las inferencias que hizo en el fallo atacado, sino que, por el contrario, lo habría llevado a dudar acerca de la responsabilidad de los procesados, por existir la posibilidad de otros probables autores.

Con base en lo anterior solicita casar la sentencia recurrida y en aplicación del principio garantía de in dubio pro reo, absolver a JHON JAIRO PEREA CONRADO de los cargos formulados en la acusación respecto del delito de homicidio agravado, determinación que

solicita hacer extensiva al enjuiciado RUFFO ANTONIO MOSQUERA PINO.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal estima que las deficiencias técnicas que evidencia la demanda impiden su prosperidad, destacando que el censor no observó las exigencias argumentativas necesarias para acreditar los falsos juicios de identidad propuestos.

Puntualiza que el actor simplemente analizó de manera general, personal y subjetiva el conjunto de testimonios, unos de cargo, otros de descargo, y con base en esa apreciación dedujo que su prohijado no salió de la discoteca “La Amistad” antes de que ocurrieran los hechos, y, agrega la Delegada, aunque transcribió parte de los testimonios que a su juicio fueron falseados por el sentenciador, se limitó a resaltar la parte de ellos que beneficia a los procesados, dejando por fuera el contenido de toda la prueba testimonial en la que se fundamentó el Tribunal para deducir la responsabilidad de aquellos.

Refiere que el ad-quem no sólo analizó de manera integral todos los elementos de convicción allegados al expediente, sino también, y de manera especial, la prueba de carácter testimonial, lo cual le permitió establecer que fueron los acusados los autores del homicidio de Avelino Garabata Viagana, otorgando pleno mérito a la declaración de Manuel Florindo Mosquera, cuyo contenido, afirma la Delegada, coincide con lo manifestado por José Wilven Perea y José Germán Saturnino Viveros.

En cuanto a la censura por omisión de pruebas, indica la representante de la Procuraduría que la razón no está de lado del demandante, porque la jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que las sentencias de primera y segunda instancia, cuando resultan coincidentes, deben tenerse como unidad jurídica, tanto en lo concerniente a la parte motiva como a la resolutive, al punto que la estimación probatoria y los

razonamientos consignados en una, se entienden incorporados en la otra, en todos aquellos aspectos de necesaria valoración en punto de la decisión final.

Indica que como la primera instancia valoró las pruebas cuya estimación extraña el libelista, en concreto, las declaraciones que daban fe de que los enjuiciados no cometieron el ilícito sino que fueron otras personas, elementos de convicción a los que razonadamente no les otorgó crédito, no se logra demostrar el error denunciado consistente en falso juicio de existencia.

En síntesis la agente del Ministerio Público, estima que por la manifiesta sin razón de las censuras, las mismas deben ser desestimadas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Precisión inicial.

El actor aspira a quebrar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo de segundo grado, aduciendo que los juzgadores cometieron errores de hecho al apreciar los medios de prueba con base en las cuales atribuyeron responsabilidad a su prohijado en la conducta punible de homicidio, en modalidad agravada.

Pues bien, no obstante las inconsistencias en que incurre el censor al presentar los reproches y pese al distanciamiento, en veces, de las estructuras de referencia argumentativa a las que está sometida la vía de ataque seleccionada, el demandante sí deja clara la exposición de graves errores cometidos tanto por el a-quo como por el ad-quem, al valorar el conjunto probatorio constituido por los testigos de cargo, Manuel Florindo Mosquera Mosquera, José Wilven Perea Perea y José Germán Saturnino Viveros, y las declaraciones de Alba Paola Rivas Mosquera, Sandra Patricia Mosquera Machado, José Antonio Ragles Rentería, José Luis Mosquera Moreno, y Maria Isabel Ceballos Pinilla, personas que estaban con los acusados el día y hora de los hechos, y respaldan sus

manifestaciones de inocencia, así como respecto del testimonio de Johana González Bermúdez, quien, desde los albores de la investigación, puso de manifiesto la probable comisión del delito por terceros.

Indistintamente de si el actor acertó o no al señalar los yerros que en cada caso denuncia, con la denominación técnica que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado, lo cierto es que, como se demostrará, los vicios tienen trascendencia en el mérito de la decisión adoptada, razón por la cual la Corte abordará el estudio de fondo de estas censuras reiterando una vez más que “la técnica de la casación no puede apreciarse como un fin en sí mismo, pues, desprovista del loable propósito de realizar el derecho sustancial, a través del examen de la legalidad del fallo de segunda instancia, sería un instrumento ciego al servicio de una justicia burocrática y en perjuicio de los cometidos que la misma ley le señala a la institución” 9.

2. Del falso juicio de identidad en la apreciación de los testimonios de Manuel Florindo Mosquera Mosquera, José Wilven Perea Perea y José Germán Saturnino Viveros.

Esta especie de error de hecho propuesta por el censor consiste en que el sentenciador, al fijar el contenido de determinado medio de prueba legal, regular y oportunamente allegado a la actuación, le resta o mutila apartes trascendentales de su texto (falso juicio de identidad por supresión), o le agrega elementos o aspectos fácticos que no corresponden a su tenor (falso juicio de identidad por adición), o le cambia el sentido a su expresión literal (falso juicio de identidad por tergiversación o distorsión), desaguisados con los que hace que el medio de prueba refleje lo que en verdad no dice, llegando por esa vía a sentar conclusiones equivocadas determinantes de la falta de aplicación o la aplicación indebida de un precepto sustancial.

En el evento que ocupa la atención de la Sala, tal y como lo pone de presente el demandante, el a-quo mediante la transcripción de frases insulares extractadas de las

señaladas declaraciones, concluyó que con tales elementos de prueba se “crea un derrotero concatenado para inferirle (sic) incriminación directa de la autoría material de los hoy acusados”, y prescindiendo de cualquier cotejo entre la expresión literal de esos elementos de convicción, aseguró que las contradicciones enrostradas por la defensa a aquellos “no son más que aparentes, no de fondo, y que por supuesto no demeritan los cargos en el ilícito que se les atribuye”¹⁰.

Avalando en todo esa aprehensión material de las referidas pruebas, el ad-quem precisó que de las mismas, un conjunto de hechos indicadores permite inferir “con certeza que fueron RUFFO ANTONIO MOSQUERA PINO y JHON JAIRO PEREA CONRADO, quienes la noche del 23 de mayo del año anterior (1999) le dieron muerte a mansalva y sobre seguro al indio AVELINO GARABATA VIAGANA”¹¹.

Sin embargo, la exacta y fiel contemplación del tenor literal de aquellos elementos probatorios impide arribar a las conclusiones que contundentemente sentaron los juzgadores de primero y segundo grado.

2.1. La captura de los aquí procesados se llevó a cabo por agentes de la policía, con base en el señalamiento que de ellos hizo Manuel Florindo Mosquera, tal y como lo indican el patrullero Edwin Fernando Gómez Vélez y el agente Edgar Ancizar Bermúdez Martínez, en el informe suscrito por ambos como investigadores de la SIJIN, el 23 de mayo de 1999, acerca de la aprehensión de RUFFO ANTONIO MOSQUERA PINO:

“...fuimos informados por la central de radio de la Policía Nacional que nos trasladáramos hasta el hospital local para que conociéramos un caso de homicidio con arma blanca, inmediatamente nos trasladamos hasta el lugar indicado y efectivamente nos encontramos con que allí se encontraba un cuerpo sin vida de sexo masculino, el cual presentaba varias heridas producidas con arma blanca, y el cual respondía al nombre de AVELINO GARAVATA VIAGANA (...)

“Informo a ese Despacho que en entrevista con el señor MANUEL FLORINDO MOSQUERA MOSQUERA, identificado con (...) este nos manifestó que él era testigo presencial de los hechos y que las personas que le habían causado la muerte al señor GARAVATA VIAGANA habían sido un sujeto conocido como JHON PEREA, y que la otra persona era un muchacho de color moreno y el cual presentaba una deformación en uno de sus brazos y que él estaba en capacidad de reconocerlo en cualquier momento y lugar.

“Igualmente informo que en momentos en que nos dirigíamos por la calle 4 en compañía del señor MANUEL FLORINDO MOSQUERA, ya que este se prestaba a declarar, fue cuando el señor MANUEL FLORINDO MOSQUERA nos señaló a una persona que transitaba cerca al lugar de los hechos, como la persona que había ayudado a tener al hoy occiso mientras el otro sujeto conocido como JHON PEREA, le causaba las heridas, inmediatamente procedimos a efectuarle una requisita y a identificarlo, y es la persona la cual dejó a disposición de ese Despacho”¹² (negrillas fuera de texto).

El contenido de este informe fue reiterado por el patrullero Edwin Fernando Gómez Vélez, en el testimonio que rindió ese mismo día, en el cual agregó que la captura del prenombrado ocurrió por la calle 4ª, cerca de donde ocurrieron los hechos y “cuando lo capturamos traía una botella de aguardiente y como que la compró ahí en un estancillo que hay, no se le encontró ninguna arma de fuego ni blanca”¹³.

A su turno, la aprehensión de JHON JAIRO PEREA CONRADO está expuesta en informe de 23 de mayo de 1999, rendido por el agente de la Policía Nacional, Fernando Jaramillo Valencia:

“El antes mencionado fue retenido el día 230599 siendo aproximadamente las 01:00 horas, encontrándonos de servicio como patrulla MOVIL III en el sector de la calle 4 (AG. JARAMILLO VALENCIA FERNANDO Y AG. DÍAZ ZAMUDIO BERNARDO EZEQUIEL), cuando recorríamos la calle 4 con cara. 9 se acercó un ciudadano de nombre MANUEL FLORINDO

MOSQUERA MOSQUERA identificado (...) quien nos manifestó que era el compañero del muchacho que a las 24:30 horas habían apuñaleado en la calle 4ª con cra. 9ª Bis y el sujeto que lo había puñaleado se encontraba por los lados de la calle 4 con cra. 8ª subiendo hacia la loma de Bellavista y que se llamaba JHON JAIRO PEREA CONRADO (...) De inmediato nos trasladamos a verificar dicha información y cuando llegamos al lugar efectivamente se encontraba dicho sujeto por la cra.8, procedimos a pedirle su documento de identificación y practicarle una requisita (...) constatamos que se trataba de la misma persona que el señor MANUEL FLORINDO nos había descrito antes como el agresor, luego lo trasladamos hasta la instalaciones de la Estación de Policía Cartago en el barrio Berlín..."14.

Dicho informe fue ratificado por el agente que lo suscribe, mediante testimonio vertido la misma fecha, oportunidad en la que agregó que efectivamente la captura del precitado se produjo en el lugar indicado por Manuel Florindo, ubicado en por la calle 4ª como con carrera 8ª, hasta donde éste se desplazó y les señaló al capturado, quien en ese momento salía de un "bailadero" por una de las puertas sobre la carrera 8, y al requisarlo "no le encontramos dinero, no le encontramos armas, le encontramos una billetera con Registro Civil y no más"15

2.2. La fuente de la que tomaron conocimiento los funcionarios públicos aludidos a efectos de rendir y ratificar sus informes, esto es, el señor Manuel Florindo Mosquera Mosquera, también compareció a declarar, empero, al contrario de lo aseverado por el ad- quem en cuanto a que "de su relato se desprende que no tenía obnubilada su conciencia, dada la coherencia del mismo", aprehendido en su integridad el tenor literal de las intervenciones del deponente acerca de la ocurrencia de los hechos, se concluye que o bien faltó a la verdad ante los miembros de la Policía ya que no vio ni escuchó nada de lo que les narró a ellos, o bien mintió en su declaración.

2.2.1. En efecto, a las tres de la madrugada de 23 de mayo de 1999, dos horas y media

después de haber ocurrido los hechos, el prenombrado rindió testimonio ante un fiscal seccional, y los siguientes son los apartes sustanciales de ese primer relato:

“Yo salí del bailadero Los Buenos Amigos, ubicado en la carrera 9ª con calle 4ª, eran las doce y media de la madrugada, iba con destino al Estanquillo, iba a comprar un aguardiente, en ese momento observé que venía corriendo del lado del Estanquillo hacia mi, un pelao WILDER, me parece que es de apellido PEREA, me dijo ‘Corra que están puñaliando a Avelino’, entonces yo corrí, cuando llegue lo vi en el piso extendido, alguien llamó a la ambulancia, me parece que el mismo del Estanquillo, cuando lo estábamos subiendo a la ambulancia Avelino me dijo ‘Papá, me puñalió JHON PEREA y RUFFO’, esto lo dijo en presencia de WILDER, luego me trasladé al hospital y allá me dijeron que había fallecido. (...) Avelino se encontraba en el bar Los Buenos Amigos, tomando conmigo, salió con WILDER, a comprar un aguardiente, pero sin darme cuenta yo, luego me dijeron que había salido y yo también lo hice, había caminado unos diez metros, cuando WILDER me dijo que le estaban metiendo unas puñaladas. (...) WILDER me dijo que eran dos tipos, uno le metía las puñaladas y el otro lo cogía del cuello, para que le diera las puñaladas, que la persona que le metía las puñaladas era JHON PEREA y que el que lo cogía del cuello era el llamado RUFFO. (...) PREGUNTADO: Díganos si usted observó en algún momento al llamado RUFFO o a JHON PEREA, en el sitio donde mataron a su hijastro? CONTESTO: Yo observé que JHON PEREA venía corriendo del sitio donde estaba muerto, aclaro herido Avelino, yo subía pero yo no le presté atención a él, porque yo iba era a tratar de ayudar a Avelino, a pesar de que yo sabía que él lo había herido, pero yo no le dije nada, solo me interesaba saber si era cierto lo ocurrido a Avelino, al llamado RUFFO no lo vi por ningún lado. (...) No Conocía a ese señor RUFFO, hasta el día de hoy, ni conozco que hace, donde vive, ni quienes son sus padres”¹⁶ (negrillas fuera de texto).

2.2.2. Sin embargo, esa fecha, ante el mismo funcionario, a las 4:30 p.m., concurrió a ampliar su declaración, y suministró una narración en la que precisó que no vio nada, que

todo lo supo por comentario de “WILDER” —José Wilven Perea Perea—, y que las contradicciones puestas de presente por el instructor se debieron a que en la primera versión se hallaba “muy alicorado”, y por eso o no le entendieron o no se expresó muy bien:

“...yo salí con destino al estanquillo que queda una cuadra más adelante (del bailadero), en toda la esquina de la carrera 9ª a comprar un aguardiente, y cuando iba más o menos en la mitad de la cuadra venía corriendo Wilder Perea, se encontró conmigo y me dijo que habían herido a Avelino, y entonces Wilder se devolvió y salimos corriendo hacia el estanquillo... en el momento en que llegamos lo estaban entrando en la ambulancia... yo no pude ver a Avelino ni tampoco hablar con él, yo lo alcancé a ver tendido en el piso pero cuando yo llegue ya lo estaban levantando y yo entonces me fui en un taxi detrás de la ambulancia y cuando llegué al hospital me dijo una enfermera que Avelino había acabado de agonizar. (...) PREGUNTADO: Contrario a lo que usted acaba de manifestar [el funcionario le pone de presente lo dicho en anterior declaración] CONTESTO: Repito que yo no hable con él, eso según lo que me contó Wilder lo escuchó o se lo escuchó él mismo al finado, él o sea Avelino dizque me alcanzó a decir papá pero yo no alcance a oír y Wilder fue el que jura que los que apuñaliaron a Avelino fueron Jhon Perea y Ruffo, seguramente esta mañana o no me entendieron o yo no dije las cosas como eran porque estaba muy alicorado, porque estaba tomando desde las ocho de la noche. (...) PREGUNTADO: Digale al despacho quien fue la persona que le avisó a la Policía que los autores de las puñaladas ocasionadas a Avelino habían sido Jhon Perea y Ruffo? CONTESTO: Después de que ya vine del hospital yo estuve hablando con la Policía, me montaron en el carro y me preguntaron que si yo conocía a Ruffo y yo les dije que si y cuando íbamos en el carro Wilder que estaba en la calle nos hizo señas que ahí venía Ruffo y él venía de por ahí del estanquillo con dos personas más y traía una botella de aguardiente y entonces yo también les dije que ese era el de la mano mala y entonces lo subieron, porque el otro o sea Jhon Perea ya lo habían llevado a

la Estación de Policía, Yo no se como cogieron a Jhon porque cuando yo fui hasta Berlín en el carro ya estaba Jhon allá (...) ya lo había capturado otra patrulla”¹⁷ (negrillas fuera de texto).

Como se observa, en esa ampliación, el presunto testigo de los hechos, atribuye su conocimiento del suceso a lo narrado por José Wilven Perea —WILVER—, negando haber escuchado alguna sindicación por parte de la víctima antes de fallecer, e incluso que él haya sido quien llevó a los agentes hasta el sitio donde se hallaba JHON JAIRO PEREA CONRADO y lo señaló a éstos para que lo aprehendieran.

Los juzgadores, haciendo abstracción de las contradicciones evidentes en la narración del citado testigo, consideraron que era veraz y certero en la sindicación, y le concedieron un mérito adicional al estimar que su relato encontraba soporte o respaldo en la declaración de José Wilven Perea Perea, no obstante, tal apreciación se sustenta en la tergiversación del relato de éste, pues él negó haberse devuelto con Manuel Florindo hasta el sitio donde quedó el herido, que hubiera escuchado a la víctima decir lo que aquél indicó, lo mismo que haber señalado a alguno de los implicados ante la policía para su aprehensión, y aun cuando sí refiere una singular agresión hacia Avelino por parte de los acusados, asegura que no los vio armados y mucho menos atacar al hoy fallecido como lo reseñó el padrastro del occiso.

2.3. El señor José Wilven Perea Perea, rindió testimonio por una vez, el 23 de mayo de 1999, a las 7:15 p.m., ya que en la instrucción y en el juicio, cuando fue solicitada su ampliación, los respectivos funcionarios la negaron por “superflua”¹⁸ —como igualmente lo consideraron en relación con la de Manuel Florindo—. En esa única oportunidad el testigo manifestó lo siguiente:

“...al rato de estar nosotros allá en la discoteca [se refiere al expendio de licor ‘Los Buenos Amigos’ o ‘La Amistad’, como indistintamente es señalado ese sitio por los

declarantes] apareció Avelino y no se sentó en la mesa con nosotros sino que se sentó en la mesa del señor Florindo, y al rato se pasó para la mesa de nosotros (...) Al rato Avelino dijo que iba a comprar aguardiente al estanquillo de la otra cuadra (...) entonces yo le dije que me esperara que yo también iba a comprar una caneca y entonces él salió adelantado y yo detrás de él (...) cogió la delantera pero la distancia que nos separaba era por hay de siete (7) metros no más, entonces cogimos en dirección al estanquillo que queda en la otra esquina en la novena, íbamos desprevenidos y cuando de pronto vi que pasó por el lado mío un tipo corriendo que venía como de la discoteca y pasó corriendo por el lado mío y le pegó a Avelino, yo vi que le mando la mano y Avelino cayó y en ese mismo instante había un tipo que venía por el otro lado de la calle y se cruzó y yo creí que me iba a dar a mí y entonces yo ahí mismo me devolví corriendo y entonces me encontré como un poquito o como a mitad de cuadra me encontré con Manuel Florindo y le dije ve allí le dieron a Avelino y él cayó ahí y no se con que le dieron, yo seguí corriendo y me metí al bailadero yo no sé Manuel para donde cogió y yo ya estuve muy asustado y ya después me fui para la casa. PREGUNTADO Dígame al despacho cómo se llama la persona que lo pasó a usted y que le dio a Avelino? CONTESTÓ: Esa persona se llama RUFFO (...) PREGUNTADO: Dígame al despacho cómo se llama la persona que venía del otro lado de la calle y que la atravesó con dirección a Avelino? CONTESTO: El se llama JHON PEREA (...) PREGUNTADO: Manuel Florindo Mosquera [el funcionario le pone de presente lo que éste declarante indicó en sus relatos] CONTESTO: Yo le dije que a Avelino le habían dado, pero yo no vi con qué porque yo ahí mismo me devolví corriendo (...) si fuera cierto que yo hubiera visto que le estaban dando puñaladas yo lo decía (...) eso que dijo Manuel no se lo dije yo (...) Yo cuando eso ocurrió yo ya estaba muy prendido, ya me sentía mal y a la casa llegue muy mal, yo no me acuerdo que le hubiera dicho Avelino lo que él dijo (...) yo no recuerdo haberle dicho eso, yo no me arrime a esa ambulancia, repito que cuando le dieron a Avelino yo me devolví corriendo y me metí otra vez al bailadero (...)”¹⁹ (negritas fuera de texto).

De la narración transcrita la única sindicación o señalamiento que se desprende, consiste en que según ese declarante RUFFO ANTONIO MOSQUERA PINO fue quien golpeó a la víctima, al parecer con la mano, y en ese instante en dirección ellos se dirigió JHON JAIRO PEREA CONRADO, afirmando el declarante que no le consta si éste o aquél infligieron heridas con arma blanca al hoy fallecido, narración que resulta extraña, por decir lo menos, pues no se halla explicación al por qué, si el deponente estaba a tan corta distancia del lesionado, los agresores acometieron la acción frente al testigo, no obstante que este los conocía plenamente y de hecho los iba a identificar y señalar.

Además, si Manuel Florindo venía tras de Avelino y Wilven, en la misma dirección de ellos, en un trayecto de una cuadra, si fuera cierto lo dicho por Wilven que se encontró con él a mitad de camino cuando huía por temor a ser agredido, cómo es que el padrastro de la víctima no vio pasar corriendo a los supuestos agresores, ni la ejecución por parte de estos de la acción que indicó el otro declarante, a pesar de estar en su mismo plano de visibilidad y trayectoria, según se desprende del testimonio transcrito.

El fallador de primer grado, en lo que fue avalado por el de segunda instancia, simplemente, y sin referirse en detalle a la expresión literal las reseñadas declaraciones, aseguró que merecían crédito en la sindicación, porque se apoyaban recíprocamente, además que el testimonio de José Germán Saturnino Viveros, completaba la prueba de cargo, al señalar éste que vio a los acusados salir de tras de la víctima, por su misma ruta, y regresar por otra, ingresando nuevamente al “bailadero”, testigo que el ad-quem también exaltó “porque sólo dijo la verdad de lo que pudo apreciar, sin que hubiera exagerado su dicho o que estuviera interesado en tergiversar las cosas”²⁰.

Sin embargo, tal ponderación del último declarante fue posible porque los juzgadores tomaron apenas fragmentos de su relato, desdibujando el tenor literal de ese testimonio, lo cual los hizo llegar a conclusiones erradas, pues si hubieran atendido con

fidelidad su texto, se habrían percatado de que a pesar de sus manifestaciones, el relato de aquél ubicaba a Manuel Florindo y a José Wilven en circunstancias espacio temporales, en las que resultaba imposible para cada uno de ellos observar lo que en sus declaraciones narraron.

2.4. En efecto, la declaración de José Germán Saturnino Viveros mesero del establecimiento “La Amistad” o “Los Buenos Amigos”, fue recibida el 14 de julio de 1999, y acerca de lo que percibió la fecha de marras, éstas fueron con exactitud sus manifestaciones:

“Pues como yo no se falsificar nada que no vea, lo único que veí (sic) fue ese sábado, no se ni que fecha tiene ese sábado, yo estaba en el bailadero ‘La Amistad’, de mesero, y estaba el indiecito [Avelino] tomando allí con el cuñado mío que se llama FLORINDO, no le se más nombres ni apellidos, ahí también estaba tomando con otro pelado que le dicen Wilven Perea, también estaba la hermana mía, la mujer de FLORINDO, que se llama GLORIA SUSANA VIVEROS (...); cuando el indiecito salió para afuera, no recuerdo la hora pero ya tarde la noche, iba a comprar aguardiente porque ahí en el bailadero es mas caro, se lo toman al escondido y salió para el estanquillo, lo veí (sic) hasta que salió y al momento salió JHON PEREA y un pelado que le dicen RUFO, no le sé más nombres ni apellidos a él. Yo salí a la puerta del bailadero en ese momento a arreglar una silla y vi que el indiecito salió por un anden y JHON PEREA y RUFO salieron por el otro anden al frente, cuando el indiecito salió como había un sifón destapado ahí pegó un brinco y se le salieron unas moneditas del bolsillo de la camisa y se agachó a recogerlas, se fue luego por la misma acera del estanquillo que queda a una cuadra del bailadero y los otros dos iban también bajando por el otro anden en dirección al estanquillo, no se específicamente si iban o no para el estanquillo. Cuando a los quince minutos llegaron de nuevo RUFO y JHON PEREA, pero no por la misma cuadra que se fueron sino por la cuadra de encima, ellos se fueron por la calle 4ª y vinieron por la calle 3ª, y entraron al bailadero, pero entraron rápido, venían trotando, que nos

admiramos, yo personalmente me admiré que llegaran en esa forma, el cuñado mío FLORINDO también se admiró que llegaran en esa forma, porque él estaba bailando y casi lo tumban cuando entraron. Como a los cinco minutos de haber llegado ellos otra vez al bailadero pasó la ambulancia y me salí para afuera para el anden a mirar qué había pasado y al momento volvió y dio la vuelta y pasó para el hospital, sin darnos cuenta que había pasado y cuando ahí fue que corrió la bulla que el mesecito [Avelino] estaba en el hospital agonizando. Al momento quedó vacío el bailadero, solamente quedaron como seis parejas no más entre ellos estaba RUFO y JHON PEREA. Cuando vino Florindo y Gloria Susana y este muchacho que le dicen WILVEN PEREA, que vinieron del hospital al bailadero, vinieron diciendo que lo habían matado RUFO y JHON PEREA”²¹ (negrilla y subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo narrado por éste declarante, ni Florindo ni Wilven salieron de tras de Avelino, y por lo tanto no percibieron lo que cada uno dijo que observó. Florindo estuvo todo el tiempo en la taberna, nunca se retiró de allí desde cuando supuestamente salieron los acusados, hasta cuando estos regresaron más o menos quince minutos después, “trotando” y “casi lo tumban” cuando estaba bailando, y únicamente dejó el establecimiento, minutos después, cuando corrió el rumor de que Avelino estaba en el hospital, mas no tendido en la calle, es decir, que tampoco tuvo oportunidad de cruzarse con PEREA CONRADO cuando, según el dicho de ese testigo, se dirigía a confirmar la información supuestamente transmitida por Wilven Perea acerca de las lesiones causadas a su hijastro.

Wilven, por su parte, tampoco salió del aludido establecimiento, ya que el citado testigo lo ubica en la puerta del bailadero mirando el recorrido de Avelino, y tal circunstancia no concuerda con la declaración de Perea Perea, quien sostuvo que siguió de cerca a la víctima, a no más de siete metros, en el recorrido de una cuadra hasta el “estanquillo”, trayecto durante el cual, según aquél, se produjo el asalto de los victimarios, regresando sobre sus pasos de inmediato, para encontrarse a mitad de cuadra

con Florindo, a quien comunicó el ataque que había visto ejecutar a los procesados, narración que no es de recibo al confrontarla con lo expuesto por José German Saturnino Viveros.

2.5. Las pruebas rememoradas dejan, sin embargo, expuesto un interrogante ¿por qué el señalamiento de los acusados como autores de las lesiones que ocasionaron la muerte a Avelino, si ninguno de los testigos los vio desplegar tal comportamiento? La respuesta se desprende, conforme así lo indica el sentido común, del testimonio suministrado por el mismo declarante acabado de recapitular, José Germán Saturnino Viveros, cuando al preguntarle el instructor si por el conocimiento que tenía de los procesados los creía capaces de cometer el atentado, a lo cual respondió:

“De que yo los haiga (sic) visto no, pero por malicia se imagina uno eso, porque como ellos no la iban con el indiecito e iban por la misma ruta y llegaron por otra ruta, mostrando como malicia, me imagino que haigan (sic) sido ellos pero no los veí (sic), imaginación es una cosa y visto es otra”.

3. Del falso juicio de identidad en la apreciación de los medios de prueba allegados para respaldar las exculpaciones de los acusados.

Acerca de los aludidos elementos de convicción el ad-quem hizo la siguiente estimación, la cual es cuestionada por el libelista:

“Si queremos encontrar testigos complacientes e interesados en tergiversar las cosas, los encontramos sin dificultad en quienes pretendieron hacer creer que la pareja inculpada no salió la noche del 23 de mayo de 1999 de la discoteca ‘La Amistad’. Por eso mientras ALBA PAOLA RIVAS MOSQUERA aseveró que JHON JAIRO si salió del bailadero antes de la ocurrencia (fl. 71 vto.), los otros contertulios que se hallaban en la misma mesa negaron ese acontecimiento, infiriéndose entonces que, o no se percataron esa noche de los movimientos de los acusados, o, pretendieron encubrir lo realmente sucedido. La

única declarante que trató de coincidir con ALBA PAOLA, vale decir, SANDRA PATRICIA MOSQUERA MACHADO, adicionó el relato ubicando a su amiga como acompañante de JHON JAIRO para cuando salió del establecimiento, situación que ni la misma PAOLA dio a conocer”²².

La tergiversación de las pruebas la hace consistir el demandante en que en el anterior párrafo se hizo decir a la declaración de Alba Paola Rivas Mosquera, que PEREA CONRADO en algún momento antes de los hechos se retiró de la taberna, cuando el sentido fiel de lo narrado por la testigo es que la salida del procesado fue apenas momentánea, a la parte de afuera del expendio de licor, para refrescarse porque tenía calor.

La razón está de lado del censor, pues efectivamente a esa circunstancia es a la que se refiere la declarante en el segmento que cita el Tribunal, pero que no transcribe, como sí lo hizo el demandante, y lo corrobora la Sala:

“JHON PEREA salió porque él tenía un saco puesto y estaba haciendo mucho calor allá adentro y él salió y luego volvió a entrar, y RUFO no lo vi salir. PREGUNTADO: Más o menos cuanto tiempo transcurrió entre el instante en que dice usted que salió JHON PEREA de la discoteca La Amistad porque tenía mucho calor al momento en que ocurrió la muerte de Avelino Garabata Viagana? CONTESTÓ: No sé calcular, pues él salió no más un momentico”²³.

Al cambiar el juzgador de segundo grado el sentido de lo realmente dicho por esa testigo, entendió que existía contradicción entre lo señalado por ella y lo expuesto por los demás declarantes que respaldan las manifestaciones de inocencia de los acusados, razón por la que les restó mérito, calificado todo el conjunto testimonial de complaciente e interesado en tergiversar los hechos.

Ahora bien, indistintamente de que los otros testigos, esto es, José Antero Nagles Rentería, José Luis Mosquera Moreno, María Isabel Ceballos Pinilla, y Sandra Patricia Mosquera

Machado²⁴, no se refirieron la salida transitoria del establecimiento por parte de PEREA CONRADO, la conclusión del ad-quem acerca de su falta de concordancia, igualmente se fundamenta en esa aprehensión parcial del tenor literal de las respectivas declaraciones, pues no advirtió que estas coinciden con la de José Germán Saturnino Viveros, en que efectivamente, después de que se tuvo noticia de las lesiones sufridas por Avelino Garabata Viagana, en la taberna en la que se hallaban, llegaron unas personas diciendo que sus contertulios, es decir, el citado acusado y MOSQUERA PINO, habían sido los autores de tal suceso; refiere, incluso José Luis Mosquera Moreno que le dijeron a JHON JAIRO que mejor se fuera para su casa, a lo cual les respondió “que porque se iba a ir si él no había hecho nada”.

También concuerda el aludido grupo de testigos en que después de la noticia acerca de las lesiones de Avelino Garabata Viagana y del “rumor” de que los acusados habían sido quienes las causaron, permanecieron en la taberna, reunieron dinero para comprar en el “estanquillo” otra botella de licor, a lo cual salió RUFFO ANTONIO MOSQUERA PINO, y mientras él se hallaba en esa labor, fue que se presentó la Policía y capturó a JHON JAIRO PEREA CONRADO afuera, en la puerta del bar, por señalamiento de una persona de color, en tanto que después se enteraron que aquél había sido aprehendido cuando regresaba hacia ese sitio, luego de comprar la botella de aguardiente, aspectos que coinciden con las circunstancias señaladas por los Agentes de la Policía que realizaron tales procedimientos.

Entonces, es palmario que, como lo indica el actor, los juzgadores no contemplaron en su integridad los referidos testimonios, los cuales justamente descalificaron merced a esa apreciación parcial.

4. Del error de hecho respecto de la declaración de Johana González Bermúdez.

Resta por analizar el reproche en lo que tiene que ver con la aparente omisión del

testimonio de Johana González Bermúdez²⁵, quien rindió declaración el 26 de mayo de 1999, la cual amplió y ratificó el 13 de julio del mismo año.

Es cierto que en la sentencia de segunda instancia ninguna referencia hay acerca del aludido medio de prueba, sin embargo, no se percató el libelista de que el a-quo si se refirió al contenido sustancial de la aludida declaración, de suerte que en atención al principio de unidad jurídica inescindible, de acuerdo con el cual los fallos de primero y segundo grado, siempre que sean en el mismo sentido, se complementan recíprocamente, el actor estaba obligado a enfrentar y quebrar esa doble valoración de las instancias, para demostrar el yerro propuesto.

En efecto, el juez expuso el contenido del citado medio de prueba, señalando cómo la declarante en cuestión, si bien no era testigo de los hechos porque no hacía parte del grupo de contertulios que acompañaba a los acusados, en la investigación se le recibió testimonio el 26 de mayo de 1999, pues acudió voluntariamente para suministrar “información importante”, consistente en que una mujer de nombre “LUCY” le habría comentado que los autores del homicidio de Avelino Garabata Viagana habían sido “ROBINSÓN RODRÍGUEZ” y “JHON FREDY”, personas estas que la testigo afirmó conocer, describiéndolas físicamente y suministrando su lugar de residencia.

El fallador de primera instancia, sin embargo, restó mérito a esa prueba para enervar el señalamiento que los testigos de cargo hacían a los acusados, porque éstos en principio se mostraron totalmente ajenos con los acontecimientos y tan sólo aludieron la probable responsabilidad de “ROBINSÓN RODRÍGUEZ” y “JHON FREDY” en los sucesos, hasta cuando ampliaron sus indagatorias, después de que esa información se allegó al proceso, en la forma ya indicada, amén de que los datos aportados por la testigo no contaban con más medios de prueba que los respaldaran.

Lo anterior permite concluir que sí hubo la valoración que echa en falta el demandante

acerca del testimonio de Johana González Bermúdez, luego el cargo de falso juicio de existencia por omisión debe la Sala desestimarlos en atención a los principios de limitación y petición de parte, máxime que las demás críticas consignadas en cuanto a ese preciso aspecto no permiten desentrañar que otro hubiese sido el error de hecho que quiso denunciar y demostrar el recurrente.

5. La trascendencia de los yerros de hecho acreditados.

Expuesto como ha quedado el plexo probatorio, y aun cuando se acepte que las manifestaciones de ajénidad con los hechos por parte de los acusados no son del todo creíbles, y que los relatos testimoniales de quienes comparecieron a respaldarlos pueden ostentar algunas imprecisiones o inconsistencias, concientes o inconcientes, lo cierto es que la prueba de cargo en la que están soportados los fallos de primero y segundo grado presenta incongruencias más graves e insuperables, que impiden llegar a la certeza de la autoría de los enjuiciados en el delito de marras.

A este respecto conviene destacar que no se vislumbra el por qué Manuel Florindo Mosquera y José Wilven Perea, faltaron a la verdad o exageraron sus relatos con circunstancias que no percibieron, ya por influjo del licor que habían consumido ora por la enemistad que existían entre JHON JAIRO PEREA CONRADO y Avelino Garabata Viagana debido una rencilla anterior entre ellos, aspecto que si bien no niega este acusado, lo minimiza aduciendo que ese era un problema superado, y en cambio atribuye la sindicación, junto con el otro implicado, a desavenencias fundadas en regionalismos, las cuales en manera alguna pueden explicar que se les hubiera hecho una acusación tan grave.

De aceptar como probable que los acusados agredieron al hoy fallecido, la prueba no despeja por qué si la captura de ellos ocurrió gracias a la “inmediata reacción policiva”, como lo afirman los juzgadores, no les hallaron arma u objeto idóneo para ocasionar

las mortales lesiones a la víctima, siendo también inexplicable que, dada la cantidad de heridas infligidas con arma blanca a ésta (nueve en total) y su localización en distintas zonas del cuerpo (cabeza, cuello y tórax) lo cual permite inferir que el agredido opuso resistencia, respecto de ninguno de los implicados, al ser aprehendidos o al momento de las indagatorias, se advirtió la presencia de manchas de sangre en las manos o en la ropa, no obstante que, por ejemplo, PEREA CONRADO vestía para la fecha de los hechos un buzo blanco.

Es verdad que los encausados sólo después de la declaración de Johana González Bermúdez, incluyeron en sus injuradas señalamientos contra “ROBINSÓN RODRÍGUEZ” y “JHON FREDY” como autores del suceso, pero también es cierto que ello pudo obedecer a que, de acuerdo con sus relatos, estaban en la taberna para el momento en que fue herido Avelino Garabata Viagana y no les constaba quién o quiénes eran los responsables de la agresión inicialmente atribuida a ellos; además, se debe reconocer que la ausencia de más elementos de convicción que ilustraran acerca de la probable veracidad de aquella hipótesis, se debió a la inercia del aparato judicial, ya que aun cuando la testigo que introdujo los nombres de “ROBINSÓN RODRÍGUEZ” y “JHON FREDY” como responsables del homicidio, suministró su lugar de residencia y descripción física, ninguna labor investigativa se desplegó para corroborar o infirmar esa aseveración.

En conclusión, dado que las únicas pruebas de cargo, es decir, las declaraciones de Manuel Florindo Mosquera, José Wilven Perea y José Germán Saturnino Viveros, apreciadas con apego a su estricto tenor literal, no permiten la construcción de un incontrovertible “derrotero concatenado” de hechos indicadores, como los de “presencia en el lugar de los hechos, la oportunidad para delinquir, la huida, presurosa después del ataque sangriento, el móvil para delinquir y las malas justificaciones”, como lo concluyeron los juzgadores con base en la tergiversación de aquellos elementos de convicción, al aflorar las dudas atrás precisadas, sin que el restante caudal probatorio permita demostrar en calidad de certeza la responsabilidad de PEREA CONRADO, el cargo prospera y por lo

tanto este será absuelto en aplicación de principio in dubio pro reo.

Es criterio pacífico de la jurisprudencia²⁶ que ante falta de certeza probatoria en el momento de proferir sentencia, ha de acudirse al amparo del apotegma in dubio pro reo, expresamente consagrado en el vigente ordenamiento procesal penal en su artículo 7° (Ley 600 de 2000, y Decreto 2700 de 1991, artículos 2 y 445), para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora más grave que el de absolver a un eventual responsable; la justicia es humana y, por lo mismo, falible; por eso el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena ha de estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria.

De conformidad con del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), el sentido favorable de esta decisión del recurso de casación se extiende a los no recurrentes, es decir que la absolución también alcanza a RUFFO ANTONIO MOSQUERA PINO.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CASAR la sentencia impugnada.
2. ABSOLVER, de los cargos formulados por homicidio agravado en la resolución de acusación de 16 de septiembre de 1999, a JHON JAIRO PEREA CONRADO y RUFFO ANTONIO MOSQUERA PINO, en aplicación del principio de in dubio pro reo.
3. CONCEDER a JHON JAIRO PEREA CONRADO y RUFFO ANTONIO MOSQUERA PINO,

libertad inmediata e incondicional.

Por la secretaría de esta Corporación, líbrense las respectivas boletas de libertad a favor de los prenombrados, siempre y cuando no sean requeridos por otra autoridad.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUÍS QUINTERO MILANÊS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

CASACIÓN No. 18402

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUGA (VALLE)

MAGISTRADO PONENTE

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

DECISIÓN

CASA y ABSUELVE

Acusación

16 DE SEPTIEMBRE DE 1999.

Ejecutoria pliego de cargos: 1 de octubre de 1999.

DELITOS: Homicidio agravado.

PROYECTÓ:

CARLOS FABIÁN PEÑA SUÁREZ

13 DE JUNIO DE 2008

- 1 Situación fáctica tomada del fallo de segunda instancia.
- 2 Folios 27 a 29 cuaderno original.
- 3 Folios 32 a 34, ídem.
- 4 Folios 43 a 46, ídem.
- 5 Folios 112 a 127, ídem.
- 6 Folios 133 y 134, ídem.
- 7 Folios 196 a 225, ídem.
- 8 Folios 229, 243, 251 a 263 y 298 a 323, ídem.
- 9 Cfr. Sentencias de 28 de julio de 2000, Rad. Nº 13223, y 22 de mayo de 2008, Rad. Nº 27357.
- 10 Folio 219, cuaderno original.

11 Folio 258, ídem.

12 Folio 8, ídem.

13 Folio 11, ídem.

14 Folio 17, ídem.

15 Folio 20. ídem.

16 Folios 6 y 7, ídem.

17 Folios 13 y 14, ídem.

18 Folios 92 a 94 y 145 a 147, ídem.

19 Folios 22 y 23, ídem.

20 Folio 261, ídem.

21 Folios 77 y 78, ídem.

22 Folio 257, ídem.

23 Folio 71, reverso, ídem.

24 Folios 73, 74, 76 y 88, ídem.

25 Folios 40 y 72, ídem.

26 Sentencias de 26 de enero de 2005, Rad. Nº 15834 y 30 de enero de 2008, Rad. Nº 22983.