



SALA PENAL

Medellín, nueve (9) marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicado: 2010-68722

Aprobado en la fecha, Acta Nro.: 30

Sentencia de Segunda Instancia: 006

Delito: Tentativa de homicidio agravado y otro

M. Ponente: Cesar Augusto Rengifo Cuello

Lectura: Miércoles 15 de marzo de 2017. Hora: 08:15 a.m.

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha dieciocho de enero del año que transcurre, por medio de la cual el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento condenó, luego de un juicio oral, al acusado RAMÓN ANTONIO UPEGUI GÓMEZ, al hallarlo autor del delito de homicidio agravado, en grado de tentativa.

ACONTECER FÁCTICO

El aspecto fáctico en el presente caso se contrae a los siguientes hechos: La noche del 24 de diciembre de 2010 algunos integrantes de la familia Guerra Guerra departían con amigos y vecinos en la carrera 75 con calle 92, barrio Robledo Kennedy de la ciudad de Medellín. Esa noche LIDIA VANESSA GUERRA GUERRA recibió varias llamadas de su ex compañero sentimental RAMÓN ANTONIO UPEGUI GÓMEZ, quien insistía en que se vieran y retomaran su relación afectiva. En la última comunicación, ya bastante molesto, UPEGUI GÓMEZ amenazó de muerte a la mujer y a su parentela.

En la madrugada del 25 de diciembre de 2010 a eso de las 04:30 horas, RAMÓN ANTONIO UPEGUI GÓMEZ se traslada en un automóvil hasta el lugar en que departía la familia Guerra Guerra, desciende del rodante con un arma de fuego en su poder siendo avistado por LIDIA VANESSA GUERRA GUERRA, quien junto a otras personas se refugia en una vivienda cercana.

Por su parte JOSUÉ JOEL GUERRA GUERRA no pudo evadir el ataque pues tenía una pierna enyesada a la altura del tobillo y se ayudaba con muletas para caminar, recibiendo un primer disparo en la cabeza. Finalmente al encontrar cerrada la puerta de la vivienda en la que se refugió VANESSA, el atacante repite la agresión contra el hermano de ésta, quien es alcanzado en uno de sus brazos, luego UPEGUI GÓMEZ emprende la huida en el mismo vehículo en el que llegó al lugar. Momentos más tarde le envía mensajes de texto a LIDIA VANESA mofándose por haberle “reventado” la cabeza a la víctima y reitera las amenazas contra el resto de integrantes de la familia de la mujer. Por su parte la víctima de 28 años sufrió graves lesiones que lo tuvieron ocho meses en estado de coma, a pesar de ello sobrevive y queda hemipléjico, postrado en silla de ruedas.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 12 de febrero de 2016, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Medellín con función de control de garantías se llevan a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de RAMÓN ANTONIO UPEGUI GÓMEZ. El imputado no se allanó al cargo de tentativa de homicidio agravado, en concurso con fabricación tráfico y porte ilegal de arma de fuego o municiones. Como medida de aseguramiento se le impuso detención en establecimiento carcelario.

En los términos de ley la Fiscalía presentó escrito de acusación de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 337 y siguientes del C. de P. Penal, contra el imputado por los delitos de tentativa de homicidio agravado (artículos 103, 104 numerales 4º y 7º del Código Penal), en concurso heterogéneo con porte de armas de fuego, numeral 1º, artículo 365 del C.P.

Correspondió por reparto la actuación al Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, ante el cual se adelantaron las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y se dio inicio a la audiencia de juicio oral.

En el debate de fondo se llevó a cabo la práctica de pruebas propuestas por la Fiscalía y la defensa, se enunció el sentido condenatorio del fallo, cuya lectura se efectuó el 18 de enero último. Decisión que es apelada por la defensa y la Fiscalía. Correspondiendo a esta Sala de Decisión Penal desatar la respectiva apelación.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

La a-quo, en lo que respecta a la responsabilidad penal del acusado UPEGUI GÓMEZ, al analizar la prueba practicada en el juicio concluye sin hesitación alguna que éste es responsable en calidad de autor de los delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de arma de fuego, y le impone la pena principal de 21 años de prisión, como accesoria la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término máximo previsto en la ley, 20 años; a la par le niega la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Para la funcionaria de acuerdo con los testimonios de la víctima, varios de sus familiares y vecinos del sector, se pudo establecer, más allá de toda duda razonable, que el acusado UPEGUI GÓMEZ fue la persona que de manera directa lesionó gravemente en la frente y en uno de sus brazos a JOSUÉ JOEL GUERRA GUERRA, al dispararle en dos oportunidades, ejecutando de esa manera actos inequívocamente dirigidos a acabar con su vida.

Estos hechos tuvieron lugar cuando el acusado arribó al sitio en que su ex compañera sentimental, familiares y amigos departían alrededor de un asado, el 25 de diciembre de 2010 en el barrio Robledo Kennedy de la ciudad de Medellín. Quedando plenamente establecido en el proceso la agravante del delito consagrada en el numeral 4° del artículo 104 del Estatuto Represor, esto es, por haberse cometido el delito por motivo

abyecto o fútil, pues el inculpatado profirió amenazas en contra de su ex pareja y de su familia, motivado por la negativa de la mujer a regresar a su lado y retomar la relación afectiva. Lo mismo ocurre con la agravante del numeral 7º de la aludida normativa, por colocar a la víctima en estado de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esta situación, ya que el herido no pudo huir de la agresión como lo hizo su parentela, pues días atrás había sufrido una fractura en una de sus piernas y en aquella calenda utilizaba muletas para caminar, además se encontraba desarmado y desprevenido frente a la agresión que lo deja hemipléjico.

Por el contrario no encuentra probada la circunstancia que agrava el porte ilegal de arma de fuego de uso personal, contenida en el numeral 1º del canon 365 del C. Penal, utilizando medio motorizado; como quiera que el encausado se valió del rodante para llegar pronto al lugar de los hechos, no se disparó desde su interior, ni se demostró que su uso estuviera dirigido a garantizar el transporte del elemento bélico, ni el necesario nexo entre el porte y la configuración de un peligro mayor para bienes jurídicos como el de la seguridad pública. Los testigos presenciales sólo manifestaron que el atacante arribó y se marchó en el rodante, pero descendió del automotor para cometer el delito.

De otro lado, no se demostró la configuración del estado de ira o intenso dolor, artículo 57 del Estatuto Represor. Para la judicatura los testigos que depusieron en juicio sobre la existencia de una llamada que la víctima habría realizado al acusado provocando su ira, mienten, siendo evidente la intención de favorecer al acusado para lograr una drástica disminución de la pena, Incluso la víctima falta a la verdad, al parecer por presiones que provienen del procesado, quien crea una coartada para lograr un descuento significativo de la condigna pena.

En fin, el conjunto de pruebas allegadas al proceso demuestra más allá de toda duda razonable que el justiciable debe responder a título de dolo por la tentativa de homicidio, así como por el porte de arma de fuego endilgados por la Fiscalía, cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar acreditadas en el proceso.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

El defensor de UPEGUI GÓMEZ, en la sustentación de la alzada manifiesta que disiente del fallo de primera instancia en lo que atañe al no reconocimiento a favor de su prohijado de la atenuante punitiva consagrada en el artículo 57 del C. Penal.

Para el togado la a-quo sólo confiere credibilidad a aquellos apartes de los testimonios de cargo que favorecen la teoría de la Fiscalía, el resto de sus dichos se omite. Su tesis se centra en que la prueba debatida en juicio demuestra que previo al ataque su prohijado conversó cordialmente con su ex compañera sentimental, luego recibió una llamada ofensiva y humillante de parte del hermano de esta que actuó como desencadenante de su ira y lo impulsó a trasladarse hasta donde departía la familia Guerra Guerra, pero con la intención de atacar a JOSUÉ JOEL, no a la fémina. Muestra de ello es que el procesado se dirigió hacia el joven y le disparó en dos oportunidades, lo que descarta que la agresión tuviera como móvil la retaliación contra la mujer, aspecto este último que no fue probado en el proceso y que sirvió para soportar la agravante del canon 104.4 del C.P.

Para el apelante el que algunos testigos hayan obviado dejar constancia en las entrevistas previas sobre la existencia de la aludida llamada telefónica no significa que esta no haya existido. Así, en juicio la hermana de la víctima LIDIA VANESA explica que nada dijo al respecto por miedo y porque su deseo era ver capturado a UPEGUI GÓMEZ. De otra parte sostiene el letrado que a pesar de las contradicciones entre el testimonio de la víctima y el rendido por el atestante JUAN ESTEBAN ÚSUGA, este último confirma la existencia de la referida conversación y el contexto en que se desarrolló, y esto es lo verdaderamente relevante. Mientras que las contradicciones son insignificantes y se explican por el paso del tiempo entre la ocurrencia de los hechos y la declaración en juicio.

El trato indigno y los insultos proferidos por la víctima, entre otros, tocaron aspectos relacionados con la difunta hija del acusado lo que generó su violenta reacción. La víctima aceptó haberle provocado, coincidiendo sus dichos en lo sustancial con las atestaciones de los demás testigos, mientras

que las contradicciones advertidas en su atestación resultan insustanciales. Dicho testimonio no fue impugnado, tampoco se demostró que tuviera interés en mentir, ni se lo entrevistó con anterioridad a la vista pública.

La Fiscalía incurre en una petición de principio en cuanto a que los testigos fueron al juicio a favorecer al acusado, específicamente se desestima el testimonio de la víctima por declarar a favor del justiciable y presuntamente porque sus dichos contradicen lo aseverado por los demás testigos. No se tuvo en cuenta que la víctima ofendía y humillaba constantemente al acusado, incluso había participado en el asesinato de uno de sus hermanos. El que éste realizara ese accionar sin valerse de sicarios, e incluso sin cubrir su rostro, denota que actuó movido por la ira.

La a-quo no motivó adecuadamente la existencia de la agravante del numeral 4º, artículo 104 del C. Penal. Todo indica que el acusado se dirigió de inmediato hacia la víctima y le disparó, no que haya optado por dispararle al ver frustrada su intención de agredir a su ex pareja sentimental. Tampoco se acreditó cuál de los supuestos contenidos en el referido numeral fue probado. Similares reparos se formulan en relación con la agravante del numeral 7º ibíd., ya que la víctima aseguró que a pesar de tener un pie enyesado y de ayudarse con muletas para caminar, se movilizaba con total normalidad por todas partes, y no se probó que dicha dolencia le impidiera huir y ocultarse. Tampoco el hecho de estar desarmado configura la agravante en comento. Por estas razones solicita la defensa que se reconozca que su prohijado actuó bajo un estado de ira o intenso dolor, y que sea condenado por homicidio simple.

La Fiscalía como apelante solicita que se modifique parcialmente la sentencia y se condene al acusado por la agravante del numeral 1º, artículo 365 del C.P.P., por utilizar medios motorizados en la comisión del ilícito de porte de armas de fuego, pues se explicó que el automotor permitió la presencia imprevista y huir del lugar sin que nadie pudiera impedir el uso del elemento bélico, se utilizó para facilitar el porte del arma de fuego. Delito que no solo se estructura al momento de usar el arma, queda configurado cuando se la transporta y se huye en posesión de esta.

Además solicita se imponga la pena máxima dentro del cuarto de movilidad en el cual deba moverse el juez en este caso. En su criterio la pena impuesta en la sentencia confutada no resulta proporcional a la modalidad y gravedad de los hechos, al daño real causado, al mayor grado de aproximación al momento consumativo del delito, ni responde a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de las penas. El agente actuó con dolo directo de primer grado intentando asesinar a un ex cuñado, inclusive en presencia de niños y terceros ajenos a los hechos, dejando a la víctima en silla de ruedas padeciendo graves lesiones físicas de por vida. En consecuencia solicita que la pena se imponga en un rango igual o superior a los 260 meses de prisión.

Al margen de lo anterior solicita que se aclare en la sentencia que el condenado cuenta con antecedentes penales, tal como se demostró en juicio, pues en el fallo se dice lo contrario. Otro yerro detectado, la no imposición de la pena accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

El delegado del Ministerio Público actuando como no recurrente manifiesta que el fallo se ajusta a lo probado en el proceso, y la tasación de la pena a los parámetros de movilidad con que dispone el fallador singular.

Sostiene que las manifestaciones anteriores de los testigos, así como las concomitantes y posteriores a la comisión del ilícito permiten concluir que la situación que alega la defensa como causante de la ira de su prohijado no ocurrió; lo que se presentó fue cierta perturbación del agente al ser rechazado por su ex compañera sentimental, quien recibió el apoyo de su hermano por considerar que el acusado no era la pareja adecuada para ella y la sometía a malos tratos.

Los cambios en las versiones rendidas en juicio para acomodar la atenuante de responsabilidad no son de recibo. Las versiones anteriores son muy claras, todo ocurrió en cuestión de minutos, no hubo cruce de palabras, la

intención del agente era acabar con la vida de LIDIA VANESA. Incluso la hermana del propio acusado y de la víctima, lo dejan claro en el juicio.

Las circunstancias de la gravedad y modalidad de la conducta fueron tenidas en cuenta a la hora de calificar los hechos como tentativa de homicidio y no unas simples lesiones personales. En este caso no se estructura la agravante por la utilización de medio motorizado, como quiera que dicho medio era usado por el acusado para su desplazamiento, no obedece a un instrumento del delito que demuestre planeación anticipada, facilitar su ocultamiento, etc.

En lo que atañe a los cuartos de movilidad utilizados por la a-quo para tasar la pena, se observa una estricta sujeción a las facultades legales, a los criterios normativos establecidos en el C. Penal para el efecto. La pena de 21 años de prisión es proporcional y adecuada. Pese a que en la sentencia no se conservó la agravante del medio motorizado, la sentencia resulta congruente. Por las razones expuestas solicita que se confirme el fallo de primera instancia.

Por su parte el Fiscal como no recurrente solicita que la sentencia sea confirmada respecto de los motivos de la apelación de la defensa, pues los delitos por los que se acusó al procesado quedaron demostrados, la prueba de cargo es sólida y permite emitir condena excluyendo la presencia de la circunstancia genérica de atenuación punitiva relativa al estado de ira e intenso dolor.

La a-quo realizó una adecuada valoración de la prueba allegada a la actuación; particularmente los testigos de cargo merecen plena credibilidad respecto de las circunstancias que incriminan al acusado, mientras que las contradicciones advertidas por la funcionaria no son de poca entidad, son sustanciales y afectan la credibilidad de los atestantes que incurren en estas. Que se le de credibilidad a las declaraciones anteriores de los testigos no implica permanencia de la prueba.

No resulta razonable que alguien en el estado en que se encontraba la víctima, sin la más mínima posibilidad de reacción procediera a citar y a retar

al acusado. En los testimonios de la familia Guerra escuchados en juicio se observa un extraño interés en acreditar que este actuó movido por la ira. Lo mismo sucede con la víctima, quien admite y reconoce diversos actos tendientes a auto desprestigiarse. En relación con las agravantes específicas deducidas en contra del acusado, fueron plenamente demostradas.

CONSIDERACIONES

Acorde con lo dispuesto en el numeral 1°, artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para conocer la alzada.

Es claro, por lo estipulado y argumentado por los impugnantes que ninguna discusión se presenta sobre la agresión con arma de fuego de la cual fue víctima JOSUÉ JOEL GUERRA GUERRA, acreditada en la actuación con el reconocimiento médico-legal realizado por el perito JOSÉ FERNANDO ACEVEDO RÍOS, quien certifica la magnitud del ataque y las zonas anatómicas afectadas, que comprometió la vida de quien finalmente quedó hemipléjico. Tampoco se discute el porte ilegal del elemento bélico; es decir, que emerge incuestionable la materialidad de las infracciones delictivas objeto de este proceso, la existencia de la tentativa de homicidio y el porte ilegal de arma de fuego.

La inconformidad por parte de la defensa tiene que ver con el no reconocimiento de la circunstancia de ira o intenso dolor a favor de su prohijado y la condena por homicidio agravado, pues sostiene que no se demostraron en juicio las agravantes deducidas en contra de su defendido. Por su parte la Fiscalía reclama condena por la agravante del numeral 1°, artículo 365 del Estatuto Represor, además solicita se adicione la sentencia con la imposición de la pena accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, de otro lado que se aclare que el procesado cuenta con antecedentes penales, en el fallo apelado se dice lo contrario.

Iniciará entonces la Sala el análisis del primer problema jurídico planteado por la defensa, esto es, determinar si el acusado obró en estado de ira e intenso dolor cuando intentó quitarle la vida a JOSUÉ JOEL GUERRA GUERRA. La tesis del letrado en este aspecto gravita en torno a la existencia de un acto constitutivo de una grave e injusta agresión, consistente en una presunta comunicación telefónica entre víctima y acusado la calenda de los hechos que habría detonado la cólera del procesado llevándolo al violento ataque.

Es preciso indicar en este punto del análisis que la a-quo edifica la responsabilidad penal del acusado fundamentalmente en prueba testimonial, de la cual forman parte las entrevistas utilizadas para impugnar la credibilidad de los atestantes que cambiaron en juicio sus iniciales versiones; específicamente aquellos extractos leídos en la vista pública son incorporados y hacen parte del testimonio a efecto de impugnar credibilidad, tal como lo enseña la jurisprudencia.

Fue en el interrogatorio que la Fiscalía Impugna la credibilidad de varios de los testigos escuchados en juicio, quedando en evidencia la variación de sus versiones iniciales en aspectos que resultan de importancia para el debate, sin que las explicaciones sobre la mutación grupal resulte creíble. Por el contrario, luego del análisis conjunto de las probanzas allegadas al proceso encuentra la Sala que tan repentino cambio masivo en juicio tiende un manto de sospecha que precisa de la valoración de las nuevas declaraciones contrastadas con lo dicho en oportunidades anteriores, en conjunto con el resto de pruebas recopiladas en la investigación, a la luz de la sana crítica.

Realizada de esta manera la valoración del material de conocimiento allegado al proceso llama la atención que el propio lesionado se auto desacredite en juicio, que su parentela y otros testigos cambien significativamente sus atestaciones, aflorando un extraño interés en favorecer al procesado, siendo evidente el esfuerzo para que ya en el juicio se reconozca que este actuó cegado por la ira, que su comportamiento estuvo precedido por maltrato emocional y psicológico de parte de la víctima y que el acoso alcanzó un momento de máxima cólera y enojo luego de una presunta comunicación telefónica entre ambos hombres la calenda de los

hechos, de la cual nada dijeron en las entrevistas rendidas al poco tiempo de ocurrido el atentado contra la vida de la víctima.

Es de resaltar, que en las versiones iniciales suministradas por estos testigos no emerge asomo alguno de la mencionada conflictividad, o de la existencia de la discusión telefónica y de la fuerte interlocución, en resumen, de la veracidad de lo dicho en juicio sobre este punto en particular; por el contrario saltan a la vista varias inconsistencias y contradicciones de no poca entidad, y llama la atención el abrupto cambio de las versiones, lo cual deja en evidencia el tinte de parcialización que sirve para cimentar una coartada con la que indiscutiblemente el procesado obtendría un descuento significativo de pena, tal como lo expone la a-quo en la decisión apelada.

Tal conclusión emerge del contenido mismo de los testimonios vertidos en las entrevistas ante la Fiscalía, comparados y correlacionados con las demás probanzas allegadas a la actuación. En las primeras no se menciona la existencia de la comunicación telefónica entre víctima y victimario, por el contrario se pregona sobre las llamadas entre este y su ex compañera sentimental la noche de los hechos, sobre las amenazas en contra de la mujer y su familia por causa de los conflictos entre la ex pareja. Tampoco se menciona que la víctima maltratara al acusado mediante acoso psicológico, no obstante las diferencias entre los dos hombres a raíz del maltrato a que fue sometida la hermana del lesionado por parte del procesado. Así, el valor suasorio de las atestaciones escuchadas en juicio, específicamente en relación con la existencia de la tantas veces referida llamada telefónica, como del presunto maltrato emocional y psicológico que de tiempo atrás soportaba el justiciable a manos de la víctima, denotan su falta de verdad, su parcialización, siendo evidente la intención de favorecer al justiciable.

Por lo demás no encuentra la Sala que la funcionaria singular incurra en un falso juicio de identidad, pues valoró las diferentes intervenciones de los testigos como un solo testimonio con diversas y contrarias manifestaciones, en búsqueda de la conclusión o verdad encontrada, análisis conjunto de la prueba practicada en el juicio sobre el cual la Sala no tiene reparo alguno, pues es evidente la coherencia de la incriminación que los testigos hacen en contra del acusado al poco tiempo de los hechos, sin dejar constancia por

ninguno de ellos de la existencia de la fuerte conversación telefónica entre los dos hombres, tampoco revelaron actos indicativos de la existencia de la misma, ni de un reiterado maltrato por parte del lesionado. No puede decirse entonces que se dejó de valorar la prueba, o se le analizó parcialmente, quedando descartado igualmente un error por falso juicio de raciocinio por parte de la funcionaria de conocimiento.

Basta con analizar las declaraciones suministradas ante la Fiscalía por varios de los testigos presenciales, quienes de manera coherente, conteste y precisa incriminan al acusado por los hechos de sangre, dejando claro en sus versiones iniciales que este materializó las amenazas en contra de su ex pareja sentimental y su parentela, sin mencionar, se reitera los aspectos mencionados en párrafos precedentes, develados tardíamente en juicio, por lo que no ofrecen credibilidad alguna.

Así, aceptó LIDIA VANESSA haber dicho que la noche anterior y la madrugada en que se desarrollaron los acontecimientos de sangre recibió varias llamadas de parte de acusado, y que por negarse a verlo, a perdonarlo y a retomar la relación afectiva, UPEGUI GÖMEZ la amenazó de muerte, lo mismo a su familia: “Me llamo histérico, rabioso y me dijo que voy a matar, voy a ir y voy a matar a todos... y también voy a mandar a matar a su mama en Urabá y a sus hermanos que están allá...” Que el acusado era reiterativo en este tipo de comportamiento desde que la pareja se separó hacía un año, pero que esa noche arribó con un arma de fuego y se dirigió hacia donde se encontraban reunidos, como ella se refugió en una casa cercana no pudo abrir la puerta para agredirla y volvió a descerrajar su arma en contra de la víctima ya herida. Luego de huir del lugar le envió mensajes en los que se mofaba por haberle “reventado” la cabeza a su hermano, en otros reiteraba las amenazas en contra de su parentela, porque según el pistolero ella lo había demandado y le había hecho mucho daño.

Ya en juicio aseveró la testigo que no fueron tantas las llamadas, ni su contenido tan fuerte, y que escuchó a su hermano JOSUE y a su hermana MARÍA discutiendo por teléfono con el encausado, lo agredieron verbalmente, lo retaron y luego este la llamó y le dijo que tenía rabia y que

los iba a matar, se presentó en el lugar y ella escapó, pero escuchó dos detonaciones y fue allí que pensó que habían matado a su hermano.

Otra de las testigos que acudió al juicio fue MARÍA DEL CARMEN GUERRA GUERRA, quien hace alusión a las llamadas intimidatorias que el acusado hacía a su hermana VANNESA; así mismo refiere el mensaje que este le envió a LIDIA después de los hechos, burlándose por haber lesionado a la víctima en la cabeza. Asegura que su hermano JOSUÉ y el procesado no tenían problemas, más allá de algún reclamo por haberle pegado a VANESSA, pero ninguna agresión física. Según la testigo: "...Antonio le decía que el prefería matarla que verla con otra persona, con otro hombre y el que se metiera, también le daba". Que luego de los hechos el acusado ha repetido las amenazas en contra de su hermana, y que pretendía: "acabar a la familia, uno por uno...", los niños, la madre y los demás "inocentes"; aceptando además que en ninguna parte de la entrevista dejó constancia de la llamada entre JOSUÉ y ANTONIO, ni sobre la supuesta comunicación telefónica que su hermana LIDIA le hizo a este último la data de los hechos.

Por su parte CARMEN IDALIA UPEGUI GÓMEZ, hermana del acusado, expuso en juicio que observó a su novio JOSUÉ hablando por el celular de LIDIA aquella madrugada del 25 de diciembre, posiblemente con su hermano ANTONIO, le informa a VANESSA quien le quita el teléfono a la víctima, y sostiene que este estaba sentado mientras hablaba por teléfono; momentos después arriba el atacante y procede a disparar, luego se dirigió hasta donde estaban encerradas las mujeres, se devolvió y de nuevo accionó el arma contra el herido, luego los muchachos del barrio le dispararon al atacante pero este huyó en el vehículo en el que se transportaba. Añade que MARÍA EUCARIS, otra de las hermanas del lesionado también había llamado al procesado para desafiarlo e insultarlo. Indica que los problemas entre los dos hombres venían de tiempo atrás que se tenían "rabia".

Impugnada su credibilidad aceptó la testigo UPEGUI GÓMEZ que no dejó constancia en la entrevista ante la Fiscalía sobre la existencia de la comunicación telefónica entre los dos hombres la madrugada de los hechos, explicando que tenía mucha rabia, además no se lo preguntaron y se encontraba angustiada. Dijo igualmente en aquella oportunidad que

momentos antes de los disparos entre víctima y victimario no se presentó ningún problema, y que su hermano venía amenazando a VANESSA dejándole mensajes en el celular. “Que no le fuera a demandar porque le mataba a toda la familia y que iba a pagar hasta el más inocente si lo hacía y que el por eso se gastaba la plata que fuera... Es que él sabía a qué iba, es que no lesiono a Vanessa porque le dio tiempo de correr y cerrar la puerta. Es cuando ella cierra la puerta, se devuelve y hace otro disparo.”

JUAN ESTEBAN ÚSUGA RAMÍREZ. Vecino del lugar. Observó cuando el acusado disparó en contra de la víctima. Dijo en juicio que se encontraba sentado en la acera de su casa viendo bailar a las personas y vio a dos hombres, hoy ya fallecidos, quienes respondían a los alias de: “... la gata y rana...” junto a JOEL, el cual se encontraba sentado y tenía un yeso, tornillos en uno de sus pies, pero no le vio muletas, y escuchó que estos hombres retaban a su interlocutor por celular; momentos después arribó al lugar el enjuiciado y disparó en contra de JOSUÉ, luego abordó nuevamente el vehículo en que había llegado y se fue. Todo ocurrió muy rápido. Nadie disparó además del acusado en aquella madrugada, los dos alias mencionados cuidaban el barrio, se fueron del lugar antes del arribo del atentado contra la víctima y no los volvió a ver.

Por su parte se escuchó decir en el juicio a la víctima JOSUÉ JOSÉ que en la madrugada en que ocurrieron los hechos llamó al acusado en una oportunidad para insultarlo, provocándolo porque le tenía mucho odio y “no quería verlo más en ese mundo”; además se sentía respaldado por dos amigos que escucharon la conversación por el alta voz del teléfono de su hermana LIDIA, estaban armados y lo impulsaron a que lo retara a subir al barrio. Señala que a pesar de encontrarse lesionado en una de sus piernas, ello no era óbice para desplazarse con normalidad, que solo se apoyaba con las muletas cuando sentía dolor a causa de los tornillos en su extremidad. Indica que vendió un teléfono celular que le hurtó a VANESSA y en el que el acusado tenía las fotos de la bebé de la pareja que había muerto de lo cual estaba enterado el procesado, pero que no había tenido problemas con este en ninguna otra ocasión. Considera que este hecho constituye un motivo suficiente para fomentar la violenta agresión de la que fue víctima. Asevera que nadie escuchó la llamada que hizo esa madrugada, ya que se alejó de la mesa en que el grupo departía para que nadie escuchara las groserías;

comunicación que asegura duró unos 15 o 20 minutos, luego de la cual ANTONIO se presentó en el lugar y lo atacó. Dice que dejó el teléfono de su hermana en la mesa.

*Frente a las divergencias que se advierten en las intervenciones de los referidos testigos, se impone acudir a los criterios de valoración atinentes a la sana crítica; por ende es indispensable el análisis individual y en conjunto de las pruebas, proceso en el que debe tenerse en cuenta la tesis relativa al testimonio complementario y/o adjunto recogido de manera amplia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia con radicado 25.738 del 9 de noviembre de 2006, de manera, que si bien esas entrevistas o declaraciones no son **pruebas** por sí mismas, porque se practican fuera del juicio, cuando son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el debate de fondo para dos fines específicos: a) para refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d) y b) para impugnar la credibilidad del mismo ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (artículos 347, 393-b y 403).*

*En la mencionada sentencia, el Alto Tribunal analizó in extenso el alcance que tienen tales entrevistas en el juicio oral, en los eventos en que se empleen para impugnar la credibilidad del testigo como lo dispone el artículo 403 del Estatuto Procedimental Penal que establece la finalidad de la impugnación, y se enuncian los aspectos sobre los cuales puede recaer la misma; o al fijar las reglas del conainterrogatorio –artículo 393-, o como lo reitera el artículo 347 ibídem que señala que las afirmaciones hechas en las exposiciones o declaraciones juradas, “para hacerse valer en el juicio como **impugnación**, deben ser leídas durante el conainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al conainterrogatorio de las partes”.*

Frente a este medio de impugnación, anota la Corte en el pronunciamiento en comentario:

*“... a través de éste mecanismo no se puede introducir la declaración previa como **prueba** autónoma e independiente, pues como claramente lo expone la ley, la finalidad de su utilización es aportar al juicio un elemento que permita sopesar la credibilidad de las afirmaciones del testigo en el juicio oral. Pero lo que no puede admitirse es que el juez tenga que sustraerse por completo al conocimiento que obtiene a través de ese*

medio legalmente permitido, cuando previamente, con su lectura y contradicción, se han garantizado los principios que rigen las pruebas en el sistema de que se trata”.
(...)

No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público...”.

En este mismo sentido el Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria en lo penal, reiteró:

“iii) Acorde con la tesis jurisprudencial sostenida por la Sala a partir de la sentencia de casación del 9 de noviembre de 2006¹, reiterada posteriormente en otros pronunciamientos², las declaraciones del testigo anteriores al juicio, usadas en éste para la impugnación de credibilidad, se integran al testimonio junto con las explicaciones aducidas por el declarante en torno a las razones de su contradicción.”³.

Y frente al tema de la retractación de los testigos en juicio, esto dijo:

“En las sentencias de casación del 9 de noviembre de 1994 (Radicado. 8.887), del 25 de mayo de 1999 (Radicado. 12.855), del 4 de abril de 2003 (Radicado. 14.636), del 27 de julio de 2006 (Radicados: 25.503⁴ y 24.679); esta Sala viene disciplinando:

La retractación no es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico, de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el Juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia con las demás comprobaciones del proceso (...) si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deben ser descartadas. No se trata de una regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en consecuencia, que cuando un declarante se retracta, todo lo dicho en sus distintas intervenciones pierda eficacia demostrativa...”
(...)

En consecuencia, como la retractación se encuentra íntimamente ligada a la valoración ponderada del testimonio, su análisis no puede ser aislado o apartado del

¹ Radicado 25.738.

² Por ejemplo, la sentencia de casación del 21 de octubre de 2009, radicación 31.001.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de febrero de 2010, Rad. 31946. M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁴ También se advirtió en esta última decisión: "Cuando un testigo modifica su versión bien puede el juzgador, dentro de la amplia discrecionalidad que le otorga la ley en la apreciación de las pruebas, sólo limitada por el respeto de los principios de la sana crítica, determinar cuál de las versiones del declarante es la que dice la verdad".

mismo, por el contrario, es una dualidad de expresión donde siempre habrá una versión que se opone, enfrenta o contradice otra.

Los funcionarios que administran justicia deben seleccionar –si a ello hay lugar- una de las dos o excluirlas ambas –según el caso-, pero no por capricho, tozudez o aquiescencia evidente con alguna; se requiere, entonces, un proceso de cotejo entre ellas, el estudio detallado de las explicaciones presentadas en cada una con el fin de imprimirle certeza o incertidumbre, el análisis de los motivos obligatorios o voluntarios para haberla rendido, las razones que lo llevaron a cambiar diametralmente de parecer, junto con la observación del tiempo transcurrido entre ellas y, el descarte, de incoherencias sustanciales en la versión que se acogerá, pues cuando existe choque de aseveraciones, es deber de la colegiatura sopesar los medios testimoniales bajo una hermenéutica individual y de conjunto, a fin de difundir credibilidad o no a alguna de las dos declaraciones o quizás desecharlas, si ninguna se aviene con los hechos jurídicamente relevantes y el plexo probatorio en general, pero siempre con fundamento en el estudio racional del testimonio, relevado por los criterios de la sana crítica.

Por tanto, jamás podrá ser fundamento incontrovertible, ni menos aún se puede pensar que quien revoca, invalida o rescinde su dicción, plasma la verdad real en su novísima versión y, por sustracción de materia, debe creérsele contra cualquier contingencia, para de contera, eliminarle, suprimirle o prescindir su anterior declaración; tal proceder jamás será una regla de la lógica, postulado de la ciencia, pauta de la experiencia o del sentido común, para concluir que cuando una persona se retracta, todo lo expresado en sus diversas manifestaciones cognoscentes pierda validez o eficacia probatoria. Deberá, por lo tanto, campear un discernimiento judicial objetivo y puntual, extractado de los diversos medios, a fin de determinar con cuál de ellos concuerda, coincide y se aviene la realidad procesal, excluyendo –como es natural- aquellas circunstancias o aspectos divergentes⁵.

Estas precisiones para significar que contrastado lo dicho en el juicio oral por los aludidos testigos, con las manifestaciones anteriores rendidas ante la Fiscalía, valoradas además las explicaciones entregadas sobre las divergencias que surgieron, llevan a otorgarle credibilidad a sus manifestaciones iniciales, rendidas en el mes de diciembre del año 2010, poco después de sucedido los hechos, al estimar que la incriminación hecha en las entrevistas resulta veraz y acorde con las demás pruebas allegadas a la investigación, mientras que las explicaciones no; además las discordancias entre las dos versiones, contrario a lo que opina la defensa, resultan ser sustanciales para lo que interesa al proceso. No logró demostrar tampoco el togado que el ataque estaba dirigido contra la víctima, como reacción iracunda del ofendido por una presunta llamada que este le hiciera la madrugada en que ocurrieron los hechos.

Por ello, sobre el análisis conjunto de la prueba practicada en el juicio efectuado por la a-quo, la Sala no tiene ningún reparo. Y es que tal como lo

⁵ CSJ, SP, Sentencia del 9 de diciembre de 2009, Radicado 31.296.

enseña la jurisprudencia no es dable dejar de tener en cuenta manifestaciones incriminatorias de un testigo dadas al poco tiempo de la ocurrencia de los hechos, las que por su grado de seriedad, contundencia, veracidad e imparcialidad sirvieron de fundamento a la Fiscalía para formular cargos. Según la forma en que se desarrolló la agresión armada y los aspectos que rodearon los hechos del sub iudice, corroborados con los extractos de las versiones iniciales de los atestantes, se torna patente la veracidad de estos dichos que forman uno con el testimonio rendido en la vista pública.

Avala entonces la Sala la conclusión a la que llega la juez singular en cuanto a que no pudo demostrarse en juicio la existencia de la agresión telefónica por parte de la víctima hacia el acusado la madrugada del ataque con arma de fuego. Así mismo que la variación plural de las versiones iniciales rendidas por algunos testigos generan serias dudas, como quiera que sus explicaciones lejos están de tener la más mínima credibilidad, quedando en evidencia su parcialidad e interés en ocultar ya lo inocultable, o revelado antes en forma detallada y espontánea, todo ello para favorecer la coartada que se presenta en juicio con miras a atenuar drásticamente la pena del procesado.

Pero es que además de aceptarse en gracia de discusión la existencia de la tantas veces citada llamada telefónica, para la Sala tampoco dicho comportamiento tendría la entidad suficiente como para catalogarlo como grave e injustificado, al grado de ocasionar el ataque con fines homicidas desplegado por el agente. Según el aspecto fáctico como ocurrieron los hechos, es claro que la discusión que sostuvo el acusado con su ex compañera sentimental la calenda de los hechos descompuso su estado de ánimo, empero tal afectación emocional tampoco tiene la entidad de configurar la causal atemperante de la punibilidad alegada. Incluso en casos en los que median provocaciones sucesivas, existe también la tendencia a considerar que dan lugar a la atenuante, pero se insiste, siempre que posean las notas de injusticia y gravedad, lo que no sucede en el sub iudice, sin que por demás se haya demostrado la sistemática agresión de que habla la defensa.

Para dilucidar de mejor manera la solución del punto debatido, consideramos de importancia transcribir apartes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶ en relación con los requisitos que se deben tener en cuenta para admitir la causal en comento:

“3. El artículo 57 del C.P., señala una rebaja de la sanción para quien realice “la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor causados por comportamiento ajeno, grave e injustificado”.

Referido a los supuestos de esta figura, basta a la Corte recordar, en conceptos conocidos desde antiguo y que de manera reiterada doctrina y jurisprudencia han sentado, que para que sea procedente la aminorante punitiva por ira se exige la demostración de todos y cada uno de los elementos que la estructuran, toda vez que así como no toda conducta que causa encono puede ser calificada de agresiva, tampoco toda provocación es necesariamente grave e injusta, ni mucho menos su existencia supone el desencadenamiento del estado de ira, ni todo estado irascible o de dolor por sí solo da lugar a la aplicación de esta específica atenuante, pues bien se ha clarificado ser requisito indispensable que cualquiera de estos estados hayan tenido su origen directo en un comportamiento grave e injusto.

Siempre es por ello necesario que el análisis de cada caso se haga bajo las contingencias que específicamente lo caracterizan, esto es, sopesando los antecedentes subjetivos y objetivos que le son inherentes, en forma tal que posibiliten valorar con aplicación al decurso de los hechos su real concurrencia y así poder determinar no solamente si en efecto ha mediado un comportamiento ajeno que es grave e injustificado sino además causante de la ira -o del intenso dolor- que motivaron la realización de la conducta.

4. Ese nexo de causalidad permite descartar -dándole a la figura la seguridad jurídica suficiente a su garante aplicación-, aquellas hipótesis en las cuales pueda presentarse una reacción ciertamente con exaltación emocional profunda, pero no determinada por conducta ajena grave o desvalida de justificación, dado que en casos semejantes se hace inaceptable aplicar la aminorante en cuestión.

Pero también se ha destacado en orden a nutrir de mayor certeza el contenido y alcance de la figura, que deben ser objeto de rigurosa valoración aquellos casos en que la reacción carece de la inmediatez suficiente que permita entenderla como efecto de esa situación emocional afectante del propio dominio de los actos, con conductas de diversa especie que vienen a presentarse dentro de un escenario temporo espacial distinto y que suelen desligarse del estímulo original y del ámbito protector con su sanción atemperada que la ley ha previsto y a situarse en cambio como especies de vindicación o represalia, que no admiten la degradación punitiva ni un tratamiento consiguientemente benéfico por la ley, sin que desde luego en todos los casos el simple transcurso del tiempo entre la ofensa y la reacción sea suficiente por sí para desconocer el estado de ira, ya que puede ocurrir que el agravio perdure por cierto lapso en el ofendido y surja la reacción violenta como consecuencia de un comportamiento que, en todo caso, debe ostentar las características de ser “grave e injustificado”.

5. Por lo demás, para que opere el reconocimiento de la atenuante por ira si bien no resulta imprescindible que el imputado expresamente deba manifestar que actuó condicionado por dicha exacerbación de ánimo, es inexorable para su reconocimiento que objetivamente se aprecien concurrentes aquellos elementos que la estructuran, máxime cuando la ira como el intenso dolor son atenuantes

⁶ Sentencia de Casación Penal de 8 de octubre de 2008. Proceso N° 29338.

subjetivas y personales que sólo favorecen al sindicado que obra en uno cualquiera de tales estados.

Pero esta característica, a su vez, exige que la reacción deba dirigirse -en principio- sólo hacia la persona que realizó el comportamiento grave e injusto y no contra otra diferente.”

De lo transcrito se desprende que para que se configure la atenuante del estado de ira e intenso dolor se requiere de un acto de provocación grave e injustificado, la reacción y la relación causal entre esta y la acción. En primer lugar la nota esencial es el estado psicológico que excita a la persona a reaccionar por la alteración del ánimo, que si bien no justifica la acción, sí la explica; en segundo, que el agente haya llegado a ese estado originado por un comportamiento grave e injustificado, esto es, que provenga de un tercero, que sea de cierta magnitud, que genere la alteración del ánimo; y, por último, que ese comportamiento ajeno sea contrario a derecho.

La ira o intenso dolor son estados emocionales y pasionales de reacción, precedentes a las ofensas o atentados que alcancen a afrentar la susceptibilidad del individuo de manera grave; estos cambios, como se anotó, se acompañan de alteraciones fisiológicas. Es una emoción dinámica, esténica, o sea que impulsa al movimiento y al ataque.

Huelga señalarse que a ese estado de ira se llega con una excitación del ánimo intenso, que produce alteraciones en la psiquis de la persona, haciéndole perder el control por la ofuscación, por lo que quien mejor puede apreciarla es quien la padece, la siente, la vive. Respecto al comportamiento ajeno grave e injusto, es decir, al medio que lleva a otro sujeto al estado emocional, es el provocado por ofensas, injurias graves o producción de un resultado que es en contra de quien reacciona, por hechos atribuibles al agresor, debiéndose establecer el nexo causal entre el comportamiento procedente del provocador y la conducta que asumió el receptor de la agresión inicial.

En el sub iudice, la atenuación de la ira o intenso dolor, la niega la a-quo, porque se desconoce la existencia de la agresión por parte de la víctima de que dan cuenta las versiones recibidas en el juicio, que, como se dijo, resultaron disonantes con las inicialmente suministradas en las entrevistas

realizadas a estos, careciendo de credibilidad para la falladora singular la variación realizada en la vista pública. Por demás, sostiene la funcionaria, al parecer todo responde a una coartada creada por el propio acusado para tratar de aminorar la pena que finalmente soportará. Pero además, tal como lo enseña el Alto Tribunal en la última decisión en cita, la falta de inmediatez entre la ofensa y la reacción obliga a una mayor y más rigurosa valoración de la conducta desplegada por el agente, para descartar que obedezca al ánimo de venganza o retaliación.

Hechas las necesarias precisiones sobre la figura jurídica bajo análisis, cabe indicar que en el sub lite encuentra la Sala que el escenario temporo espacial de la agresión final no conservaría el ligamen con la ofensa inicial en la que según la defensa incurrió la víctima; dado el lapso transcurrido hasta el arribo del agente al lugar de los hechos no queda descartado el plausible autocontrol de los actos, muestra de ello las manifestaciones posteriores de burla y satisfacción consignados en los correos electrónicos enviados por el acusado a su ex compañera sentimental, y la reiteración de las amenazas en contra de sus familiares, quedando claro que su accionar se produjo como retaliación en contra de la fémina y que como producto de las circunstancias se materializaron además las amenazas que hizo extensivas a sus familiares, como una manera de dañarla también a ella a través de sus seres queridos.

Debe anotarse que los estados de ira e intenso dolor producen unas alteraciones de tipo fisiológico y mental, de tal entidad que le impiden al sujeto comprender la ilicitud o comportarse de acuerdo con esa comprensión, hay una gran afectación del aspecto volitivo del individuo pudiendo incluso ser una causal de inimputabilidad por un trastorno mental transitorio, y este obviamente, se insiste, este no sería el caso.

Despejado así el primer motivo de inconformidad planteado por la defensa, aborda la Sala lo relacionado con la presencia de las agravantes consagradas en el artículo 104, numerales 4º y 7º del C. Penal.

Para el togado, su representado además de haber reaccionado ante un comportamiento ajeno, grave e injustificado ocasionado por la víctima, dirigió su ataque contra JOSUÉ JOEL, no actuó como retaliación en contra de LIDIA VANESA, no actuó por un motivo baladí.

De cara a la causal de agravación solicitada, es pertinente indicar que mucho se ha discutido sobre lo que se debe entender por motivo abyecto o fútil, más cuando los términos son diferentes. Sobre el tema ha dicho la doctrina:

“Lo que haya de considerarse como motivo “abyecto o fútil” es algo que no puede definir la ley, sino que es un juicio de valor que el juez debe actualizar, interpretando objetivamente los valores sociales del medio social, para aplicarlos al caso concreto. Aquí el juez cumple una función “complementadora del tipo”, pues es él quien, como persona que tiene sus propios valores morales, interpretando los juicios objetivos del grupo social, pesa el valor del acto homicida en su motivación, frente a los juicios morales de la sociedad. El concepto de lo “abyecto o fútil” encuentra muchas veces un juicio objetivo generalizado que no se presta a dificultades como es el caso de matar por precio o promesa remuneratoria, o por sed de sangre, o por venganza transversal; pero no ocurre lo mismo frente a otros proceso motivacionales que solo deducen su justo valor del contexto de circunstancias extrañas al mismo móvil; así, el mismo móvil de la venganza no siempre es abyecto, y todo depende de la índole del motivo que haya tenido el homicida para obrar; es, pues, un marco circunstancial de tiempo, modo, ocasión, y causas más profundas, lo que serviría al juez para establecer el significado del móvil. Fuera de ello debe atenderse a particulares situaciones regionales, ambientales o temporales que pueden hacer cobrar a un hecho una particular significación”⁷.

De otro lado importa recordar lo que debe entenderse como motivo abyecto o fútil en nuestra jurisprudencia. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de agosto de 2007, radicado 22.672 así se pronunció:

De conformidad con el artículo 104, numeral 4° del Código Penal de 2000, el homicidio se agrava cuando se cometiere por motivo abyecto o fútil; por lo primero se entiende “aquello despreciable, vil en extremo; y fútil aquello que carece de aprecio o importancia, es claro que el motivo aducido como desencadenante de la acción homicida se identifica plenamente con este último adjetivo, pues obrar por motivos fútiles no puede ser otra cosa que realizar el hecho delictivo por una causa tan insignificante, tan nimia, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho.”⁸

Según el diccionario Larousse⁹ lo abyecto es lo despreciable, miserable, indecente, sórdido, innoble, infame; mientras lo fútil es lo de poca importancia, frívolo e insignificante. Entonces obrar por motivos fútiles no es otra cosa que realizar el hecho delictivo por una causa tan insignificante o banal, que de inmediato salta a la vista la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho, tal como ocurre en el caso que nos ocupa, pues no puede decirse que las desavenencias de tipo pasional vividas entre la hermana de

⁷ GÓMEZ LÓPEZ, ALFONSO. *El homicidio*, Editorial Temis, T. I, 1993, pág. 393.

⁸ Sentencia de Casación Penal de 26 de enero de 2006. Proceso N° 22106.

⁹ Ramón García Pelayo y Gross, *Diccionario Larousse*, Ediciones Larousse, 1988, P.9.

la víctima y el acusado, si bien explican, no excusan la violenta agresión del agente en contra del hermano de esta, se insiste, como una forma de afectarla al dañar a sus seres queridos.

Es necesario indicar que del material probatorio allegado a la actuación se puede colegir sin resquicio de duda que el agresor demostró la intencionalidad de agredir a su ex pareja sentimental, quien esa noche se negó a verlo, tampoco accedió a retomar la relación afectiva que la pareja había sostenido tiempo atrás. Proceder con el que JOSUÉ JOEL estaba de acuerdo, ya que consideraba que el justiciable no era la pareja adecuada para su parentela.

Quedó claramente establecido que la agresión devino luego que LIDIA VANESA y el acusado hablaran en varias oportunidades por teléfono la noche de los hechos, sin que la fémina accediera a ver a su ex pareja, menos aún a retomar la relación afectiva que tiempo atrás los unió. Dicha interlocución terminó con las amenazas lanzadas por el hombre en contra de la mujer y que hizo extensivas a su parentela, quedando en evidencia que el procesado tenía un motivo de venganza o retaliación en contra de quien fuera su compañera. Intencionalidad que termina siendo corroborada con los mensajes de texto enviados por el agresor a la mujer luego del alevoso ataque, en los cuales reitera las amenazas iniciales y se jacta de haber logrado disparar en contra de uno de los familiares de la joven, hechos por demás que no explica la defensa.

Se colige entonces que el atentado contra la vida adelantado por el justiciable causa escozor y repugnancia a toda persona de moralidad media, y es que si bien este tipo de actos entrañan cierta dosis de irracionalidad, en el caso concreto es obvia la vileza del móvil, su extrema irracionalidad que amerita la agravante solicitada por la Fiscalía. La cadena de sucesos en los que incurrió el acusado explican su ilícito proceder, lo alevoso e irracional del ataque que, finalmente por las circunstancias que rodearon los hechos recayó en cabeza del hermano de la ex compañera sentimental del justiciable dejándolo hemipléjico.

De otra parte pretende el abogado defensor que se revoque la providencia apelada en relación con la agravante del dispositivo 104.7 del Código Penal.

Verificados los términos de la discusión, en lo jurídico y probatorio, se concluye que la agravante fue debidamente atribuida y en consecuencia es improcedente su exclusión, como pasa a explicarse.

Respecto de esta causal la doctrina ha marcado una clara diferenciación entre las dos circunstancias descritas en la norma: “La primera implica una actividad de parte del autor encaminada a crear la indefensión de la víctima, favorecer ese estado, actuación que debe ser voluntaria y consciente, lo cual, desde luego, supone un elemento subjetivo y otro objetivo. La segunda supone que el homicida encuentra en estado de indefensión o inferioridad a la víctima, y en razón de tal evento se decide el crimen; se trata de una condición objetiva en la víctima, que es conocida y voluntariamente aprovechada por el autor”¹⁰.

La Corte Suprema de Justicia analizó en la sentencia de casación del 23 de febrero de 2005 (Rad. 16539), acerca de la situación de indefensión o inferioridad que justifican una pena más rigurosa para los autores de esa ilicitud, ya que: “No es necesario que el agente coloque al sujeto pasivo de la conducta punible en esa situación mediante actos previos para predicar su existencia sino que el ofendido carezca de los medios o elementos que le sirvan para repeler el ataque, o que aquél se aproveche de esa circunstancia, estando así el victimario en condiciones de superioridad en relación con el atacado. En síntesis, las circunstancias de indefensión o inferioridad, pueden ser propiciadas por el victimario o aprovechadas por él.”

En el caso bajo análisis, la circunstancia referida a la indefensión fue deducida por la Fiscalía y acogida por la a-quo, en razón del lesionamiento en una de sus extremidades que para calenda de los hechos soportaba la víctima, apoyándose para sus desplazamientos con muletas, circunstancias que contrario a lo que opina el impugnante estructuran y permiten mantener la agravante en comento.

Y es que si bien es sabido que en la gran mayoría de homicidios cometidos con arma de fuego se advierte que la víctima se encuentra en dificultades

¹⁰ Gómez López, Jesús Orlando, *El Homicidio Tomo I*, Editorial Temis S.A., pág. 529

para repeler el ataque. Y, en semejantes circunstancias, la agravante sería deducible en la mayoría de los casos. Sin embargo, esta Magistratura ve claro de las pruebas incorporadas que el acusado se aprovechó de esas particulares circunstancias que le impidieron a JOSUÉ JOEL huir del lugar y evitar el intento de homicidio. Si la víctima aseveró que se movía por todas partes sin mayores dificultades, dicha manifestación debe contextualizarse pues obviamente una persona con una de sus piernas lesionadas ve reducida su movilidad, con mayor razón para huir del peligro de manera eficaz. Pero además la víctima fue sorprendida cuando estaba descuidada, desapercibida del peligro que se cernía sobre el grupo familiar, sin medios para repeler el ataque. Circunstancias que fueron aprovechadas por el atacante para propinarle sendos disparos sin mayor dificultad. Por estas razones se confirmará también en este aspecto el fallo recurrido.

Por su parte la Fiscalía apelante sostiene que en este caso se encuentra demostrada la agravante del artículo 365.1 ibíd.

Al estudiar in extenso las razones de orden público que llevaron a la expedición de la agravante en comento, y la naturaleza de esta, la Sala de Casación Penal de la CSJ en su jurisprudencia ordinaria señaló:

“Revisada la legislación dictada en torno al tema, se advierte con claridad que inicialmente el legislador extraordinario de la época tuvo razones de orden público para consagrar las circunstancias modificadoras de la pena para el tipo penal de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, aspectos que hoy también se predicán con el actual artículo 365 de la Ley 599 de 2000, al conservar en el marco de la tipicidad las citadas circunstancias modificadoras de la pena, como quedó plenamente establecido.

Así, resulta diáfano concluir que la circunstancia modificadora de la punibilidad, entre otros, por la utilización de medios motorizados parte del supuesto de que portar un arma de fuego en tal situación fáctica hace más potencial la lesión al bien jurídico protegido, habida cuenta que desde un vehículo o unidad motorizada se puede más fácilmente atentar contra la paz y la convivencia social integrada en la seguridad pública. No obstante, para dicha conclusión tiene que haber una valoración de la relación causal entre el verbo rector desplegado por el sujeto y dicha circunstancia y la verificación que esa era su voluntad (dolo) que le imprimió particular contenido a su comportamiento.

Por consiguiente, la incorporación de dicha circunstancia en la construcción del juicio de derecho está condicionada a que el sentenciador concluya, mediante la actividad probatoria, que el arma transportada en vehículo motorizado haga más potencial el riesgo de vulneración del bien jurídico de la seguridad pública, como sería el caso, cuando entre el porte de dicho elemento y la utilización de medios motorizados exista una relación teleológica, es decir, tenga conexión con la comisión

*de otras conductas punibles, por ejemplo, asaltar una entidad bancaria, o perpetrar un homicidio por banda de sicarios, etc.
(...)*

En definitiva, las circunstancias modificadoras de la pena previstas en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, que son tanto para la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones –de defensa personal- y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas para su imputación, el agente tiene que haber puesto en mayor riesgo el bien jurídico protegido de la seguridad pública, siendo del resorte del juzgador valorar si esa consecuencia fue prevista por él con su comportamiento doloso.

*A esa conclusión debe llegarse, puesto que a partir del principio de culpabilidad dentro de un derecho penal de acto, el autor responde por su hacer, esto es, por el hecho o por el acto cometido, de acuerdo con el fin perseguido con la comisión de la conducta punible, siendo por ello proscrita la imputación por el mero acaecer exterior.
(...)*

De esa manera, en este particular evento no se puede concluir que por el sólo hecho de utilizar medios motorizados puso en mayor riesgo el bien jurídico de la seguridad pública, razón por la cual su comportamiento si bien encuentra adecuación típica en lo reglado en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, también lo es que no la tiene frente a la agravante prevista en el numeral 1° del citado artículo 365.

En efecto, el procesado puso en peligro el bien jurídico de la seguridad pública con el hecho de portar, sin el correspondiente permiso de autoridad, el arma de fuego de defensa personal que le fue incautada. Empero, de acuerdo con la manera como sucedieron los hechos, teniendo en cuenta los medios de convicción allegados válidamente a la actuación, no se puede predicar que el ir conduciendo el vehículo en que se desplazaba hizo más potencial y gravosa la puesta en peligro de dicho bien jurídico, no existiendo, por ende, ninguna relación de causalidad entre la conducta ilícita ejecutada por el actor y la utilización del automotor a que se ha hecho referencia, máxime cuando su voluntad no estuvo dirigida a ese fin, como se ha expuesto.”¹¹

Siguiendo las enseñanzas de la jurisprudencia transcrita, concluye la Sala que en este caso por la sola utilización del medio de transporta no se estructura la agravante del artículo 365.1 del C.P. No se observa que el actuar del agente haya puesto en mayor riesgo el bien jurídico protegido de la seguridad pública, pues de la forma como sucedieron los hechos y del haz de pruebas no se evidencia que dicha consecuencia fuera prevista por el acusado dentro de su comportamiento doloso; en síntesis, no se observa una relación teleológica, una relación de causalidad entre el delito y el uso del automotor que permita predicar la estructuración de la agravante bajo análisis.

¹¹ CSJ, SP, Sentencia del 10 de noviembre del 2005, radicado 20.665, M.P. Jorge Luís Quintero Milanés.

Finalmente el apelante pone de presente que en el fallo atacado se obvió imponer la pena accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, artículo 43.6 del C. Penal, y reclama que se aclare que el justiciable cuenta con antecedentes penales, tal como se probó en el proceso pues en la sentencia confutada se dice lo contrario.

Sobre lo primero, es preciso señalar que efectivamente la juzgadora singular incurre en el yerro indicado, pues indudablemente el delito de porte de armas de fuego por el que se le condena al justiciable guarda relación directa con la sanción accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, artículo 43.6 del Estatuto Represor. Por ello resulta forzoso para esta Sala corregir la omisión adicionando el fallo con la imposición de la pena accesoria en comento, y por el tiempo máximo dispuesto en el canon 51 del ibídem, esto es, por 15 años.

Sobre imposición de las penas accesorias esto ha dicho la Sala de Casación Penal de la CSJ:

“En ese orden, resulta necesario recoger este criterio, pues tal pena accesoria no es de aplicación exclusiva y excluyente del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones, en tanto lo esencial es que se justifique su imposición estableciéndose un nexo con la conducta punible atribuida en concreto, como de forma reiterada lo tiene dicho la Sala (cfr. entre otras, CSJ. SP, nov. 30 de 2011, rad. 37392; SP, may. 11 de 2011 rad. 34614; SP, mar. 2 de 2011 rad. 26422 y SP, jun. 16 de 2006, rad. 23724), en desarrollo de lo previsto en el artículo 52 del C.P., conforme al cual “[l]as penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”.¹²

Finalmente al otear la foliatura encuentra la Sala copia de la sentencia condenatoria dictada en contra del acusado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chigorodó, Antioquia, el 10 de noviembre de 2010 por el delito de lesiones personales culposas¹³. Como bien se sabe los antecedentes penales que se tienen en cuenta son aquellos existentes al

¹² CSJ, SP, SP2162-2016, Rdo.43.036, Aprobado Acta 046 del 24 de febrero de 2016. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

¹³ Cfr. fls. 172-178 del expediente.

momento de la comisión de la conducta punible, tal es el caso del referido en antelación.

También es sabido que constituyen una circunstancia de menor punibilidad, artículo 55.1 del C. Penal y no de mayor punición de las consagradas en el canon 58 ejusdem. Ahora, según los fundamentos o factores dosimétricos a tener en cuenta por el juez a la hora de elegir el cuarto de movilidad punitiva y moverse dentro del mismo, según las disposiciones del artículo 61 ibíd.: “El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva...” En el caso bajo análisis es claro que la Fiscalía no dedujo circunstancia de mayor punición de las previstas en el canon 58 ibídem., por lo tanto encuentra la Sala acertada la decisión de la a-quo de ubicarse dentro del cuarto mínimo, partiendo a su vez del quantum menor aumentando la pena en 28 meses en atención a los aspectos regulados en el inciso 3º del artículo 61 tantas veces citado; como lo dice la funcionaria: “en particular la gravedad de la conducta, la intensidad del dolo que se reveló al máximo...el daño real irrogado a la víctima... lo necesaria que se hace la pena en el presente caso... el grado de culpabilidad del mismo que se reveló al máximo...”

Así la pena básica de la cual partió la falladora singular fue de 19 años de prisión, quantum a su vez aumentado en dos años conforme a la teoría de los concursos penales, artículo 31 del C. Penal, para una pena final de 21 años de prisión, que parafraseando a la juez de primera instancia: “consulta de manera ecuánime tanto los factores dosimétricos legales que entran en juego según se consagra en el artículo 61 del Estatuto Represor, al igual que los objetivos que el legislador asigna a la pena en su artículo 4 ibídem.”

En criterio de esta Sala la juez se ciñó a los términos legales a la hora de tasar la pena, consultando la sanción finalmente impuesta los fines perseguidos por el legislador, además de proporcional y adecuada. Por estas razones tampoco prospera la censura propuesta por la Fiscalía al respecto, deprecando la imposición de una pena.

Como puede verse la alusión errada a la carencia de antecedentes penales del acusado plasmada en la parte considerativa del fallo apelado, específicamente en el acápite dedicado a la individualización de la pena, no

afectó el ejercicio de dosimetría penal efectuado por la a-quo, tampoco tuvo injerencia sobre el análisis de la concesión de la condena de ejecución condicional de la pena, ni la prisión domiciliaria, ya que en ninguno de estos casos se superó el tamiz de los elementos objetivos fijados por el legislador en los artículos 63 y 38B del C. Penal. Basta entonces con las anteriores aclaraciones, poniendo de presente que tal como lo señala el delegado de la Fiscalía, en la tramitación se demostró que el acusado cuenta con antecedentes penales por lo que es errado señalar lo contrario.

En conclusión resulta diáfano concluir que no erró la a-quo en la apreciación o valoración de la prueba obrante en la actuación, y que efectivamente emerge en cantidad y calidad, como fue analizado, prueba suficiente para que se llegue al convencimiento más allá de toda duda razonable, acerca de que el acusado no actuó en estado de ira e intenso dolor, más si lo hizo por un motivo abyecto, aprovechándose además de la situación de indefensión de la víctima, sin que en todo caso se haya estructurado la agravante del artículo 365.1 del Estatuto Represor, por lo que se impone confirmar el fallo recurrido, adicionando la sentencia con la imposición de la sanción accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por el término de 15 años.

*En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL **SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida en la presente actuación por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín, en contra de **RAMÓN ANTONIO UPEGUI GÓMEZ**, como autor de un delito de homicidio agravado en la modalidad tentada, en concurso con porte ilegal de arma de fuego, según el análisis expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Se **ADICIONA** el fallo condenatorio imponiendo al condenado **RAMÓN ANTONIO UPEGUI GÓMEZ** la pena accesoria de suspensión del

derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un término de 15 años, según lo analizado en la parte considerativa de este laudo.

TERCERO: *Esta sentencia queda notificada en estrados y contra la misma procede el recurso de casación, el que debe interponerse dentro del término común de cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

**RELEVANTE
SALA DE DECISIÓN PENAL**

M. PONENTE	: CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
ACTA DE APROBACIÓN	: 030/ 9 DE MARZO DE 2017
RADICADO	: 05 001 60 00206 2010 68722
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 9 DE MARZO DE 2017
DECISIÓN	: CONFIRMA CONDENA
DELITOS	: TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO Y PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO