**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta #629 del 14 de julio de 2016

Pereira, viernes quince (15) de julio de Dos mil dieciséis (2.016).

Hora: 08:30

Procesados: MARCO AURELIO HENAO HOYOS y HAMILTON ANDRÉS CASTRILLÓN RESTREPO

Delito: Homicidio agravado en modalidad de tentativa y porte ilegal de armas

Rad. # 66170 60 000 35 2012 00496 01

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria

Decisión: Modifica Fallo Confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto y sustentado de manera oportuna por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida el 22 de noviembre de 2012 por parte del entonces Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal de los Procesados MARCO AURELIO HENAO HOYOS y HAMILTON ANDRÉS CASTRILLÓN RESTREPO por incurrir en la comisión del delito de homicidio agravado, en modalidad de tentativa, en concurso heterogéneo con el de porte ilegal de armas de fuego agravado.

**ANTECEDENTES Y SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Los hechos que dieron génesis a la presente actuación procesal tuvieron ocurrencia en inmediaciones del barrio “*Los Rosales”* del municipio del Dosquebradasa eso de las 20:30 horas del día 31 de enero de 2.012, cuando tres sujetos que se movilizaban en un taxi, se bajaron de dicho rodante para interceptar de manera sorpresiva al joven JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS[[1]](#footnote-1), quien se dirigía a su lugar de residencia ubicado en el barrio *“Los Rosales”*, al cual, mediante el empleo de armas de fuego, procedieron a interrogarlo para que les informara sobre el paradero de un tercero identificado como “Jeison”. Como quiera que el joven LÓPEZ ARIAS les suministró una respuesta negativa respecto del tal *“Jeison”*, uno de los sujetos que lo abordó procedió a golpearlo en la cabeza con un arma de fuego, para luego propinarle un disparo en el rostro, causándole una lesión a la altura del pómulo izquierdo, la que a su vez le ocasionó una incapacidad médico-legal definitiva de 40 días con secuelas de perturbación funcional del órgano de la masticación de carácter permanente.

Es de anotar que los atacantes se dieron a la huida después de haber agredido al joven JOHN DEBONAN LÓPEZ, pero gracias a la información suministrada tanto por el señor JHON JAIRO LÓPEZ DURAN -padre del agredido-, como por la comunidad, fue posible la posterior captura, en el momento en el que se movilizaban en un taxi, 3 personas sospechosas que usaban prendas de vestir similares a las utilizadas por los perpetradores del atentado.

1. Al día siguiente -1 de febrero de 2012- los señores MARCO AURELIO HENAO HOYOS y HAMILTON ANDRÉS CASTRILLÓN RESTREPO, fueron presentados ante el juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de la ciudad de Dosquebradas, -el tercer sujeto resultó ser un menor de edad- despacho este que declaró legal su captura, y posterior a la comunicación de imputación por la presunta comisión del ilícito de Homicidio Agravado en la modalidad de tentativa en concurso con el de fabricación tráfico o porte de armas de fuego agravado, se les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.
2. El 28 de marzo de 2012 fue presentado por parte de la Fiscalía el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al entonces Juzgado Único Penal del Circuito de la ciudad de Dosquebradas, ante el cual, en las calendas del 20 de abril del 2.012 se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación, vista pública en la que la Fiscalía le endilgó cargos a los capturados por los mismos delitos objeto de la imputación a ellos realizada.
3. La audiencia preparatoria se efectuó el 16 de mayo de 2.012, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró en sesiones llevadas a cabo los días 18 de julio, 29 de agosto, 11, 12 y 13 de septiembre del año 2012. Finalizada las etapas propias del juicio, se anunció el sentido del fallo, el cual fue de carácter condenatorio. Luego, el 22 de noviembre de 2012 se llevó a cabo la audiencia de lectura de la sentencia, en la cual, a su finalización, la Defensa interpuso recurso de apelación el que posteriormente fue sustentado por escrito de manera oportuna.

**EL FALLO OPUGNADO:**

Se trata de la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2012 por parte del entonces Juzgado Único Penal del Circuito de la ciudad de Dosquebradas[[2]](#footnote-2), mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal de los procesados MARCO AURELIO HENAO HOYOS y HAMILTON ANDRÉS CASTRILLÓN RESTREPO por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio agravado en modalidad de tentativa en concurso con el de porte ilegal de armas agravado, quienes fueron condenados a purgar una pena de 286 meses y 16 días de prisión, negándoseles el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

El fundamento de la Jueza *A quo* para endosarle responsabilidad penal a los encartados se centró en que probatoriamente se encontraba demostrado que el día 31 de enero de 2012 se había atentado contra la vida del joven JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS – de 17 años de edad para entonces- con la utilización de un arma de fuego y dicho atentado arrojó unas lesiones de las cuales se tenía prueba con los dictámenes médicos allegados, ello se extractaba de la estipulación probatoria relacionada con el hecho por el cual el menor joven JOHN DEBONAN LÓPEZ hizo su ingreso al hospital de Santa Mónica del municipio de Dosquebradas el día 31 de enero de 2012 a las 20:46 por una lesión en su rostro originada por arma de fuego, aunado a la declaración de la Dra. ADRIANA LÓPEZ CASTRO – perito forense especializada-, quien refirió que con altísima probabilidad médica razonable, esta lesión hubiese podido causar la muerte de no haber mediado atención clínica.

Y respecto de la responsabilidad atribuible a los acusados MARCO AURELIO HENAO HOYOS y HAMILTON ANDRÉS CASTRILLÓN RESTREPO, se adujo en el fallo confutado que el material probatorio indicaba de manera clara que ellos eran los perpetradores del hecho conforme a su captura realizada con fundamento en sus prendas de vestir – descripción realizada por la comunidad - y a lo atestado por el conductor del taxi en el que se movilizaban al momento de ser retenidos por parte de la autoridad, a la entrevista del padre del menor lesionado, JOHN JAIRO LÓPEZ, ingresada como prueba de referencia debido a la no disponibilidad del deponente de la misma-, en la que describe de igual manera las prendas de vestir de los agresores, versiones a las cuales la señora Jueza les otorga plena credibilidad.

Aúna a sus consideraciones la Jueza *A quo* que los testimonios traídos a juicio por la defensa no merecían crédito alguno debido al interés demostrado en buscar la exculpación de responsabilidad de los encartados sin soporte probatorio estructural.

**EL RECURSO DE APELACIÓN:**

La tesis del disenso se centra básicamente en los siguientes factores:

* La víctima no reconoció a los agresores por estar poco iluminado el sector.
* No fue por la información de la víctima que se logró la captura de los agresores, debido a que ésta se produjo antes de aquella.
* El examen de residuos de pólvora arrojó resultados negativos, por lo cual no se pudo demostrar que sus representados eran los responsables de ese ilícito investigado.
* No hay prueba de que el arma utilizada no tuviera permiso de autoridad competente, ello debe ser demostrado mediante certificación y no bajo testimonio de un investigador de la Fiscalía, más cuando el testigo llevado al juicio para demostrar tal situación no es claro en determinar a quién llamó ni el cargo de quien lo atendió, afianza este postulado en las decisiones # 36544 del 2 de noviembre de 2011 y la # 37392 del 30 de noviembre de 2011 mismo ponente.
* No se demostró la materialización del delito de homicidio en grado de tentativa por falta de establecer el propósito del atacante, además que las circunstancias de la agresión, distancia: a quema ropa, y lugar: mandíbula en dirección superoinferior, no podía suponer la intención de acabar con la humanidad del menor víctima.
* La contradicción en los dichos del menor y su padre, respecto del momento de la agresión, ya que el menor refiere que le pegaron un cachazo con un revólver y el balazo con una pistola, mientras que el padre del mismo refiere que solo se vio en escena un revolver.
* No fue probado que los condenados estuvieran en el lugar de la agresión ya que el conductor del taxi manifestó haberlos recogido en un lugar distinto y distante del de los hechos.
* La incongruencia entre la ropa que tenían los agresores, manifestados por el padre de la víctima y las que llevaban puesta los encartados al momento de la captura.

De igual forma el recurrente de forma implícita solicita que se declare la nulidad de la actuación procesal, porque en su opinión se vulneró el debido proceso en atención a que el fallo confutado no está debidamente motivado porque no se le ofreció una debida respuesta a los cuestionamientos y demás reproches que la Defensa propuso durante su intervención en el juicio.

**RÉPLICA:**

Durante el término de traslado para alegar como no recurrente, la Fiscalía presentó sus correspondientes alegatos en los cuales se opuso a la alzada y en consecuencia solicitó la confirmación del fallo opugnado con base en los siguientes argumentos:

Si existen versiones disimiles ello se debe a que el transcurso del tiempo afecta su capacidad de recordación, así lo reconoce la jurisprudencia nacional, y de existir esa marcada inconcordancia el testimonio debe ser valorado con mayor cuidado. La prueba testimonial en conjunto, presentada por el ente acusador dan cuenta que el padre de la víctima tuvo oportunidad de percibir los hechos y ver a los agresores y no fue una audiencia de reconocimiento, fue un acto libre y espontaneo de parte del progenitor.

En lo que atañe con el porte de armas, manifiesta el ente fiscal que el investigador RAFAEL ARTURO MORENO, si manifestó haber indagado y solicitó al centro de información nacional de armas de las fuerzas militares CINAR si los enjuiciados tenían permiso para porte y desde dicha dependencia le contestó un suboficial quien adujo que no existían tales permisos a nombre de los mencionados, y la defensa realiza una interpretación sesgada de las sentencias 36544 y 37392, ya que en dicha decisión se habla es de “elemento de convicción” en aplicación del principio de libertad probatoria y la fiscalía aportó ese testimonio para reforzar la materialización del ilícito de porte ilegal.

Agrega que respecto a la configuración de las lesiones, disímil a la tentativa de homicidio, la médica había sido muy clara en manifestar que efectivamente la vida del joven victimizado, estuvo en inminente peligro de no haber sido atendido de manera oportuna por los galenos, situación que había quedado clara en la audiencia de juicio y la defensa nada hizo al respecto para controvertir dicha prueba.

Por ello y otras razones solicita a la Colegiatura se confirme la decisión de la Jueza Penal del Circuito de Dosquebradas.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, la Sala Penal de Decisión de esta Corporación, según las voces del # 1º del artículo 33 C.P.P. sería la competente para resolver la presente alzada.

Asimismo no se avizora la ocurrencia de ningún tipo de irregularidades sustanciales o irrespeto de las garantías fundamentales que le asisten a las partes y demás intervinientes, que de manera negativa pueda incidir para que esta Sala de Decisión se abstenga de desatar el presente recurso de apelación y en su defecto proceda a decretar oficiosamente la nulidad de la actuación.

**- Problema Jurídico:**

En criterio de esta Célula Judicial, del contenido de las razones del disenso expresadas por el apelante en la alzada, se desprende de manera general los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿La actuación procesal se encuentra viciada de nulidad procesal ante la ausencia de motivación del fallo confutado?
2. ¿Incurrió el Juez *A quo* en algún error al momento de la apreciación del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta que las pruebas aducidas al juicio por la Fiscalía no lograron desvirtuar la presunción de inocencia que le asistía a los Procesados, razón por la que se debió proferir un fallo absolutorio?
3. ¿Fue errada la calificación jurídica dada a los hechos, puesto que los mismos no se adecuaban típicamente a un reato de tentativa de homicidio sino en el punible de lesiones personales?

**- Solución:**

Para ofrecer una solución a los antes enunciados problemas jurídicos, la Sala inicialmente, en aplicación del principio de Prelación[[3]](#footnote-3), avocará todo lo relacionado con el cargo de nulidad procesal, y una vez superado ese escollo, procederá a desatar la alzada en lo que corresponde con las demás tesis propuestas por el apelante, la cual una de ellas tiene que ver con unos supuestos errores probatorios que conllevaban a la absolución de los procesados de los cargos por los cuales fueron llamados a juicio, mientras que la otra está relacionado con los yerros acaecidos con la calificación jurídica dada al delito de tentativa de homicidio.

**1. Los cargos de nulidades procesales:**

El principio de motivación de las providencias judiciales, el cual se encuentra consagrado expresamente en el inciso 2º del articulo 13 C.P.P. y el inciso 2º del articulo 238 *ibídem*, e implícitamente en el artículo 55 de la Ley 270 de 1.996, hace parte de ese cúmulo de garantías que el artículo 29 de la Carta ha denominado como Debido Proceso. Dicho principio pregona la obligación que le asiste a los funcionarios judiciales de ofrecerle a las partes y demás intervinientes en una actuación procesal una explicación razonable, plausible y comprensible sobre las razones o motivos, tanto de hecho como de derecho, que sirvieron de sustento para la toma de una decisión, para que de esa forma ellos puedan entender o comprender en debida forma tanto lo alegado como lo decidido, y con base en esa compresión puedan válidamente ejercer el derecho a la contradicción e impugnación en caso que lo resuelto por el Fallador de instancia afecte o le ocasione algún tipo de perjuicio a sus intereses o aspiraciones.

Sobre el alcance y las características del principio en comento, la Corte ha seguido la siguiente línea:

“La debida fundamentación de una sentencia es, entre otras garantías, expresión del debido proceso, del derecho a la defensa y del principio de presunción de inocencia, en tanto permite a los sujetos procesales conocer y controvertir las motivaciones jurídicas y probatorias del fallador, así como su postura en torno a sus réplicas o alegaciones. Por tanto, las razones de orden jurídico y probatorio que se aduzcan como sustento de la decisión, bien sea condenatoria o absolutoria, deben ser expuestas en forma coherente y completa de tal manera que comprendan todos los aspectos vinculados al objeto del proceso…”[[4]](#footnote-4).

Esclarecido en que consiste el principio de motivación de las providencias judiciales, ahora le corresponde a la Sala exponer sobre las hipótesis o eventos en virtud de los cuales se entiende cuando o como una providencia judicial ha incumplido con dicho deber, las cuales acorde con la jurisprudencia y doctrina serían las siguientes: a) La carencia total de motivación; b) La motivación incompleta o deficiente; c) La motivación ambivalente, oscura o anfibológica; d) La motivación falsa o sofística.

En el caso en estudio, se tiene que el apelante ha catalogado como de incompleta la motivación del fallo confutado, porque en su sentir la Jueza de primer nivel en su argumentación fue parca y escueta al no ofrecerle una cabal y razonable respuesta a las tesis que la Defensa propuso en favor de los procesados durante el devenir del juicio, en las que, en sentir de la Sala, dio a entender que como consecuencia de las contradicciones e imprecisiones en las que incurrieron los principales testigos de cargos, no se cumplían con los presupuestos requeridos para poder dictar un fallo de condena; a lo que se debía aunar que los Procesados fueron unas víctimas de un amañado procedimiento policial, el cual fue patrocinado por la Fiscalía, la que se conformó con la información suministrada por la Policía y no hizo nada para verificar lo que en verdad aconteció.

Para la Sala no puede ser de recibo la tesis propuesta por el apelante respecto a que la motivación del fallo confutado debe ser catalogada como incompleta o deficiente, puesto que un simple análisis del contenido de la sentencia opugnada, de bulto se observa que la Jueza de primer nivel, luego de llevar a cabo un análisis del acervo probatorio, le ofreció una explicación razonable y plausible a las partes y demás intervinientes respecto de las razones o motivos por las cuales se consideraba que en la actuación se cumplían con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para proferir un fallo de condena, y el por qué, a pesar de lo argumentado por la Defensa, no se le debía creer a los dichos de los Procesados, ante la orfandad probatoria de sus exculpativas y la poca credibilidad que afloraban de las mismas.

Ahora bien, si lo que pretendía la Defensa es que la *A quo* se ocupará en un capítulo especial del fallo para que de manera expresa, detallada y minuciosa refutara desmenuzando cada uno de los argumentos que la Defensa propuso en el devenir del juicio, considera la Sala que pensar de esa manera seria incurrir en un despropósito que contrariaría los postulados del principio de racionabilidad o de argumentación suficiente, el cual nos enseña que en materia de argumentación, a fin de refutar una tesis propuesta por las partes, no es necesario acudir a un sesudo y profundo discurso jurídico, puesto que solo basta con que de manera plausible y razonable se expongan los motivos por los que se discrepa de una tesis o hipótesis propuesta por alguna de las partes, para así dar por satisfecha una debida motivación argumentativa, como en efecto ocurrió en el caso en estudio, en el cual, reitera la Sala, en el fallo de primer nivel se expuso de manera razonable los motivos por los que no se aceptaba la tesis propuesta por la Defensa y por qué en contra los Procesados se debería proferir un fallo de condena.

Frente a lo anterior, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“El deber de motivar las sentencias, en efecto, incluye la carga de responder las pretensiones de partes e intervinientes, entre otras razones, para garantizarles la facultad de controvertir ante otras instancias, pues si no se conocen los fundamentos del juzgador mal pueden ofrecerse argumentos en su contra.

**Pero ese deber no puede llevarse al extremo, como pretende la defensa, de responder palabra por palabra, línea por línea. La exigencia apunta a que se atienda lo central, lo sustancial de las posturas** y, en términos generales, el Tribunal se ocupó de las diez censuras señaladas por el demandante, las cuales, en esencia, apuntan al tema ya tratado, esto es, a las irregularidades del juez de primera instancia en la formación de las pruebas dentro del debate oral…”[[5]](#footnote-5). (Negrilla para resaltar)

Por lo tanto, la Sala es del criterio que en la motivación de la sentencia confutada la *A quo* no incurrió en los yerros denunciados por el recurrente, razón por la cual no se accederá a la petición de nulidad procesal que ha sido deprecada de forma sinuosa en la alzada.

**2. Los errores en la apreciación del acervo probatorio:**

Argumenta el recurrente que en el presente asunto se debió dictar una sentencia absolutoria, puesto que a los Procesados no se les pudo desvirtuar la presunción de inocencia que les asistía como consecuencia de las contradicciones, inconsistencias e imprecisiones en las que incurrieron los principales testigos de los acontecimientos, en este caso la victima JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS y su progenitor JHON JAIRO LÓPEZ DURAN. A lo que se debe aunar que los Procesados fueron capturados en un sitio diferente al de la ocurrencia de los hechos como consecuencia de un dudoso procedimiento policial en el que a instancias del Sr. LÓPEZ DURAN ellos fueron señalados como los autores del atentado. Además, en el juicio, como consecuencia de los resultados negativos de la prueba de absorción atómica, fue posible demostrar que los acusados no accionaron arma de fuego alguna.

Respecto de los reproches formulados en el presente cargo por el recurrente en contra del fallo confutado, la Sala en un principio dirá que en efecto de un análisis del acervo probatorio se desprende que en el presente asunto no existen pruebas directas que de alguna u otra forma vinculen o comprometan la responsabilidad criminal de los Procesados en el atentado criminal perpetrado en contra de la vida del joven JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS, puesto que de lo atestado tanto por la víctima como por el Sr. JHON JAIRO LÓPEZ DURAN, en ningún momento se avizora de manera directa que los Procesados hayan sido las personas quienes agredieron a JOHN DEBONAN LÓPEZ.

Para llegar a la anterior conclusión, solo basta con hacer un análisis del relato vertido en el juicio tanto por el agraviado JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS como su padre JHON JAIRO LÓPEZ DURAN, del que se desprende que a esos testigos en ningún momento les fue posible identificar o individualizar a las personas que agredieron a JOHN DEBONAN LÓPEZ[[6]](#footnote-6), por lo siguiente:

* De lo atestado por la víctima, vemos que en su relato solamente asevera que cuando se dirigía hacia su residencia, en compañía de su padre, fue sorpresivamente abordado por tres sujetos, los cuales se bajaron de un taxi, quienes se lo llevaron a rastras para indagarlo por el paradero de un tal “*Jeison”*, y como quiera que él no les suministró la información que se le exigía, puesto que no sabía por dónde andaba ese fulano, dichos sujetos le dieron un puñetazo, lo golpearon con un arma de fuego, y luego uno de ellos le propinó un disparo a la altura del pómulo izquierdo, lo que según los dictámenes médico-legales le ocasionó una incapacidad médico-legal definitiva de 40 días con secuelas de perturbación funcional del órgano de la masticación de carácter permanente.

Igualmente el Ofendido en su testimonio, a pesar que dijo que las condiciones de iluminación no eran las mejores, razón por la que no pudo identificar a sus atacantes, ofreció una descripción de las prendas de vestir que llevaban puestas sus agresores: uno llevaba una gorra y una chaqueta azul con un letrero o emblema que decía *«ITALIA»*; los otros dos llevaban “*jeans”,* pero uno tenía una chaqueta como de color beige, mientras que el otro usaba un buzo o camibuzo beige con manchas.

Finalmente el testigo aseveró que el que le disparó, pero que inicialmente le dio un puñetazo, era quien llevaba puesta la chaqueta azul que decía *«ITALIA».*

* Acorde con lo expuesto en un par de entrevistas absueltas por el Sr. JHON JAIRO LÓPEZ DURAN, las cuales ingresaron al juicio como prueba de referencia admisible acorde con la causal del testigo no disponible[[7]](#footnote-7), se tiene que el Sr. LÓPEZ DURAN acompañaba a su hijo JOHN DEBONAN LÓPEZ hacia la residencia de este último, y en el instante en el que se rezagó en una tienda para comprar algo para tomar, desde ese sitio se dio cuenta que de un taxi de repente se bajaron tres sujetos, quienes interceptaron a su hijo para luego agredirlo golpeándolo en la cabeza con un arma de fuego y propinándole un disparo en el rostro.

El testigo expone que la persona que le disparó a su hijo vestía una chaqueta o camibuzo de color azul con logos de *«ITALIA»;* mientras que los otros dos, respectivamente, llevaban puestos un buzo color gris con beige y un buzo de color gris, estos últimos con Jean[[8]](#footnote-8).

Al apreciar las antes enunciadas pruebas testimoniales, la Sala es de la opinión, contrario a los reproches formulados por el recurrente, que de las mismas no se avizoran las gravísimas contradicciones que la Defensa asegura que existen entre las versiones vertidas al juicio por parte de los Sres. JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS y JHON JAIRO LÓPEZ DURAN, puesto que de lo dicho por los testigos, obviamente desde la óptica en la cual cada uno de ellos presenciaron los hechos, lo que implica que en sus versiones existan ciertas divergencias, vemos que son coincidentes en ofrecer una plausible explicación sobre:

* Las razones o motivos por las cuales ellos se encontraban en el sitio de los hechos.
* El no poder reconocer o identificar a los agresores, pero a pesar de tal situación procedieron a indicar como, más o menos, iban vestidos lo atacantes.
* El cómo tuvo ocurrencia la agresión de la cual resultó siendo víctima JOHN DEBONAN LÓPEZ, que fue perpetrada por tres sujetos que se bajaron de un taxi.
* La no existencia de razones o motivos para querer mentir o faltar a la verdad.
* El señalamiento hecho en contra del agresor que vestía una gorra y una chaqueta azul con un letrero o emblema que decía *«ITALIA»*, como la persona que le propinó un disparo en el rostro a la víctima.

Es de anotar que lo atestado por los Sres. JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS y JHON JAIRO LÓPEZ DURAN no se encuentra huérfano en el proceso, puesto que al mismo se allegaron otras pruebas, entre las que se encuentran los testimonios de los policiales JUAN MARCOS MARULANDA JIMÉNEZ y ARMANDO RAMÍREZ ROJAS, así como el del particular HERMAN DE JESÚS BOTERO HENAO, cuyos dichos, de una u otra forma, ratifican o verifican lo declarado por los aludidos testigos presenciales de los hechos, si nos atenemos a lo siguiente:

* El Policial JUAN MARCOS MARULANDA JIMÉNEZ, aseguró que después de haber sido alertado por la Central de radio sobre lo acontecido, se dirigió hacia el lugar de los hechos, y como quiera que al llegar al mismo no se encontraba ni la víctima ni los victimarios, se puso a realizar labores de vecindario con la comunidad, y ahí es cuando varias personas le manifestaron que la agresión fue perpetrada por tres sujetos quienes huyeron del lugar en un taxi hacia el sector de *la Pradera*.

De igual forma, el testigo expuso que los miembros de la comunidad a quienes entrevistó le dijeron que los perpetradores iban vestidos de la siguiente manera: Uno vestía buzo azul con un letrero de Italia en el pecho, gorra y pantalón corto negros; otro con buzo gris y pantalón azul y el tercero llevaba un buzo beige con pantalón azul.

Asevera el testigo que dicha información fue difundida a través de la Central de radio a todas las patrullas, y que luego se enteró que por el sector de *Los Lagos* habían retenido a tres personas que concordaban con las mismas características descritas por radio.

* El también policial Patrullero ARMANDO RAMÍREZ ROJAS, expuso que el día de los hechos por la Central de radio fueron alertados de la ocurrencia de un ilícito acaecido en el barrio *Los Rosales*, e igualmente se les dijo sobre las características de las prendas de vestir que utilizaban los sospechosos.

Con esa información, en asocio de sus compañeros, afirma que procedieron a montar un operativo de cerramiento de las vías, y ahí es cuando se dan cuenta de la presencia de un taxi que trasportaba a tres sujetos que vestían prendas similares a las utilizadas por los sospechosos, razón por la que procedieron a inmovilizar el taxi, el cual lo requisaron sin encontrar nada en su interior, y a retener momentáneamente a los pasajeros, hasta cuando los mismos fueron positivamente señalados por el padre de la víctima quien se aproximó al sitio donde ellos se encontraban retenidos.

Respectó de cómo iban vestidos los entonces presuntos indiciados, el testigo expuso lo siguiente: MARCO AURELIO HENAO, llevaba puesto un buzo gris con pantalón azul; HAMILTON ANDRÉS CASTRILLÓN, un buzo beige con gris y pantalón azul; JOHAN SEBASTIÁN MAFLA, un buzo azul con logo de Italia, un gorra oscura y un pantalón corto negro.

* El taxista HERMAN DE JESÚS BOTERO HENAO, expuso que ese día había llevado a unos pasajeros desde un supermercado hacia el barrio *Las Violetas*, y cuando sus clientes se encontraban descargando el mercado, por ahí pasó un taxi quien le preguntó si se encontraba desocupado. Expone el testigo que ese taxi avanzó una cuadra más y en el momento en el que Él se iba, desde ese taxi le hicieron la señal de pare y tres individuos – el conductor también se encontraba afuera del vehículo, en la acera- abordaron el taxi por el conducido y le solicitaron que los llevara hacia el barrio *El Martillo.*

Expone el testigo que cuando pasaban por el barrio *Los Molinos,* fueron inmovilizados por unos policías motorizados, quienes les manifestaron que habían herido a una persona en el barrio *Los Rosales*, razón por la que procedieron a requisar tanto al vehículo como a los pasajeros, a quienes mantuvieron retenidos por un lapso de 10 a 15 minutos, y que luego se los llevaron al cuartel de la policía de Dosquebradas.

Un análisis en conjunto de todo el anterior acervo probatorio, nos enseñan, como bien lo dijimos en párrafos anteriores, que no existe prueba directa alguna que vincule a los Procesados como los responsables del atentado perpetrado en contra de la vida del entonces menor JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS, puesto que de los testimonios absueltos por los Sres. JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS y JHON JAIRO LÓPEZ DURAN, aunado con lo que le dijo la comunidad al Policial JUAN MARCOS MARULANDA JIMÉNEZ[[9]](#footnote-9), solo se logró demostrar que los agresores fueron tres personas quienes vestían un buzo color gris con beige; un buzo de color gris y una chaqueta azul con un letrero o emblema que decía *«ITALIA»*, siendo esta última persona quien le propinó el disparo en el rostro a la víctima. Asimismo de lo testificado por el también Policial ARMANDO RAMÍREZ ROJAS, lo que en parte obtiene eco en el testimonio del taxista HERMAN DE JESÚS BOTERO HENAO, se hace alusión al evento relacionado con la captura de los ahora procesados, cuando se movilizaban en un taxi, en atención a que vestían prendas similares a las utilizadas por los perpetradores, a lo que se le debe sumar que los procesados estaban acompañados de una persona que vestía un buzo azul que tenía el logotipo de *«ITALIA»*.

Si bien es cierto que tales pruebas no incriminan de manera directa a los Procesados, también es cierto que al ser apreciadas las mismas de manera conjunta se erigen como pruebas del hecho indicador del indicio grave de responsabilidad criminal, el cual nos indicaría como hecho oculto o desconocido la posible o probable participación de los procesados en la comisión de los reatos endilgados en su contra, puesto que acorde con las reglas de la experiencia se tiene que cuando unas personas que son capturadas al poco tiempo de la comisión de un reato, visten o utilizan prendas similares a las usadas por los perpetradores de un delito, existe la amplísima posibilidad o probabilidad de que Ellos hayan sido los perpetradores o autores del latrocinio.

Pero es de anotar que el anterior indicio no es el único en contra de los Procesados, ya que del contenido del acervo probatorio se pueden avizorar otros indicios que también conspiran de manera negativa en contra de los intereses de los encausados.

Para llegar a la anterior conclusión, como punto de partida se debe tener en cuenta que los procesados decidieron testificar en su propia causa, y de lo dicho por Ellos se desprende que al unisonó admitieron o reconocieron que ambos se encontraban en el barrio o en el sector en el cual ocurrieron los hechos en busca de un albañil o maestro de obras, cuando sorpresivamente fueron interceptados por un taxi en el que viajaban varios sujetos, quienes a punta de pistola los obligaron a abordar ese rodante, y que luego fueron trasbordados hacia otro taxi en compañía de uno de ellos, JOHAN SEBASTIÁN MAFLA, siendo posteriormente ese taxi inmovilizado por la Policía.

De igual forma los Procesados aseguraron que el taxi hacia el cual fueron inicialmente coaccionados para que lo abordaran, los estuvo siguiendo, pero que una vez que la Policía los inmovilizó, dicho rodante siguió de largo.

La Sala es de la opinión que al analizar y apreciar lo atestado por los Procesados en el juicio, sus dichos deben ser escindidos en dos partes: una a la que se le concederá credibilidad, como lo es su presencia en el sitio de los hechos, y otra que será considerada mendaz, como lo es lo expuesto por los acusados respecto a que fueron retenidos en contra de su voluntad por unos sujetos, quienes a punta de pistola los obligaron a que abordaran un taxi.

Es de anotar que la decisión de la Sala de escindir el testimonio de los Procesados en dos fracciones es una consecuencia de las reglas de la sana crítica que son propias de la libertad probatoria, las cuales aconsejan que lo declarado por un testigo no debe ser considerado como un todo monolítico e inescindible[[10]](#footnote-10), razón por la que es válido que el fallador de instancia en aquellos eventos en los cuales un testigo narre un acontecimiento en el que se entremezclen verdades con mentiras o inverosimilitudes, bien pueda diseccionar esa declaración para de esa forma escoger todo aquello a lo que se le debe conceder credibilidad y desechar lo que deba ser considerado como mendaz o inverosímil.

Sobre lo anterior, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Pero al margen de lo anterior, no sobra recordar al censor que la doctrina de la Corte ha insistido en afirmar que las simples contradicciones en las versiones vertidas por determinado testigo no son suficientes para restarles todo mérito, gozando el sentenciador de la facultad de determinar, siguiendo las reglas de la sana critica, que son verosímiles en parte, o que todas son increíbles o que alguna o algunas de ellas tienen aptitud para mostrar la verdad…”[[11]](#footnote-11).

Regresando al caso en estudio, la Sala es de la opinión que se le debe conceder credibilidad a lo dicho por los Procesados respecto a que ellos se encontraban en el sitio de los acontecimientos, ya que lo aseverado en tales términos encuentra eco en lo que a su vez dijeron los testigos JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS y JHON JAIRO LÓPEZ DURAN, en lo que corresponde con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos, los cuales fueron perpetrados por unas personas que vestían prendas de vestir similares a las que esos momentos eran utilizadas por los aquí encausados.

Luego, al estar acreditado probatoriamente que en efecto los Procesados se encontraban en el lugar de los hechos, para la Sala tales medios de conocimiento se tornarían en pruebas del hecho indicador de otro indicio grave de responsabilidad criminal que también gravitaría en contra de los acusados, el cual se fundamentaría en las reglas de la experiencia que nos enseñan que la presencia del sospechoso o acriminado en el sitio o lugar en el que se perpetró el ilícito, es señal indicativa de que probablemente se aprovechó de esa circunstancia para poder cometer el reato.

Ahora, en lo que tiene que ver con la parte de lo testificado por los Procesados a la que la Sala no le concederá credibilidad por mendaz o falaz, la Colegiatura es de la opinión que la historia narrada por los encausados respecto a que Ellos fueron interceptados por un grupo de personas, quienes a punta de pistola los intimidaron para que abordaron un taxi, para luego transbordarlos hacia otro rodante, en el cual posteriormente fueron capturados, se torna un tanto fabulesca e inverosímil puesto que no existía una razón que justificara para que los Procesados fueran secuestrados o retenidos en contra de su voluntad por unos particulares. Es más, en el hipotético caso que los Procesados hubiesen sido coaccionados para que abordaran el taxi y luego obligados a subirse en otro rodante, nos preguntamos: ¿por qué en el momento en el que fueron retenidos por la Policía no le pusieron en conocimiento de los miembros de la Fuerza Pública de su delicada situación de rehenes o que habían sido utilizados a modo de *gancho ciego* o de distractores por los verdaderos perpetradores? Lo cual iría en contra de las reglas de la experiencia y de la lógica, las que nos enseñan que una persona en las condiciones en las que supuestamente se encontraban los ahora Procesados, a fin de salvaguardar su integridad y poder recobrar su libertad, al momento de ser requeridos por las autoridades, casi de manera instintiva[[12]](#footnote-12), lo primero que hace es poner en conocimiento de su condición de rehén, y exponer o delatar a sus captores, pero ello nunca aconteció en el presente asunto como bien se desprende de los narrado por el Policial ARMANDO RAMÍREZ ROJAS y HERMAN DE JESÚS BOTERO HENAO, puesto que los ahora procesados solo guardaron un conveniente mutismo que bien podría ser el propio de las personas que han sido sorprendidas con *“las manos en la masa”.*

Ahora bien, se podría decir que los Procesados asumieron esa actitud de mutismo porque se sintieron intimidados debido a la proximidad de sus captores, quienes se movilizaban en el taxi hacia el cual inicialmente fueron forzados para que lo abordaran, pero la Sala es de la opinión que tales argumentos no pueden ser de recibo, porque ante la presencia de varios efectivos de la Fuerza Pública, lo lógico es que los Procesados hubieran procedido a señalar e indicar el taxi en el cual se movilizaban sus captores, para de esa forma ponerle punto final al estado de amenazas e intimidaciones al que supuestamente venían siendo sometidos.

No desconoce la Sala que con el testimonio del taxista HERMAN DE JESÚS BOTERO HENAO se acreditó que en efecto hubo un trasbordo de un taxi hacia otro, o sea que los ahora procesados se bajaron de un taxi para abordar a su vez el taxi conducido por el Sr. BOTERO HENAO, pero en nada tal situación de manera trascendental le genera réditos a la credibilidad que ameritaría lo atestiguado por los procesados, puesto que también podría dar pie para que surja la hipótesis consistente en que los procesados procedieron de esa manera con el propósito de facilitar su escape, perfeccionar su accionar delictivo y salirse con la suya, ya que en el inicial taxi bien pudieron dejar ocultas las armas de fuego con las que atentaron en contra de la vida del joven JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS.

De igual forma la Sala no puede preterir el contenido del informe pericial # OT-0257-2012 del 24 de mayo del 2.012, en el que se da cuenta de los resultados negativos de la prueba de absorción atómica, pero tal prueba pericial no tiene la relevancia o trascendencia que el recurrente le pretende dar en la alzada, en atención a que con ese tipo de pericias, como bien se desprende de lo dicho por el experto en el acápite # 8.2 del informe pericial de marras, no se puede determinar con absoluta certeza si en efecto una persona disparó o no un arma de fuego, lo que ha dado lugar al fenómeno que en la criminalística ha sido denominado como «*falsos negativos y falsos positivos»*, ya que en muchos ocasiones, por la incidencia de ciertos factores, se presenta un resultado negativo de quien en efecto disparó un arma de fuego, e igualmente, a veces, a pesar que la persona no accionó un arma de fuego, extrañamente el resultado arrojado es positivo*.*

Sobre lo anterior, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“Cuando pregona que el resultado negativo de la prueba de absorción atómica excluye a su defendido CALDERÓN LUGO de haber sido el autor de los disparos que acabaron con la vida de su compañera, lo único que evidencia es su inconformidad con la valoración de los juzgadores, y no el anunciado desconocimiento de las reglas de la ciencia. Si bien es cierto que el dictamen pericial suministra al proceso conocimientos técnicos, científicos o de cualquier otra índole, también lo es que el funcionario judicial no está atado a su resultado; como cualquier otra prueba, debe apreciarlo en conjunto con los demás elementos de juicio, de acuerdo con el método de persuasión racional y, así formar su convencimiento para emitir el correspondiente juicio de responsabilidad.

Para la Sala no se exhibe irrazonable, y mucho menos contradictorio con las reglas de la ciencia, cuando advierte el juzgador que la prueba de absorción atómica no es suficiente para desligar de responsabilidad al imputado porque sus resultados se pueden alterar por la persona examinada. Como ya ha sido precisado por la jurisprudencia {14587 del 6 de septiembre de 2001 y 13871 del 21 de febrero de 2002, entre otras}, el resultado positivo, a lo sumo, es indicativo de la presencia de residuos de disparos en las manos del sospechoso, pero no de su autoría; por distintas razones es posible que el hallazgo de plomo, antimonio, bario y cobre, no sea la consecuencia de haber disparado un arma y, viceversa, la ausencia de estos elementos puede ser el resultado de la prueba practicada en una persona que si disparó un arma…..”[[13]](#footnote-13).

En resumidas cuentas, acorde con lo expuesto en los párrafos anteriores, la Sala es de la opinión que no es de recibo lo atestado por los Procesados respecto a que Ellos fueron retenidos en contra de su voluntad para ser utilizados como una especie de chivos expiatorios o distractores, por lo que acorde con las reglas de la sana critica, se tiene que en aquellos eventos en los cuales se demuestre que no se le debe conceder u otorgar credibilidad a lo declarado por el acusado cuando decide renunciar al derecho que le asiste a guardar silencio para testificar en su propia causa, el Juzgador de instancia válidamente podría edificar juicios de inferencias de su eventual compromiso penal como consecuencia de la actitud de mendacidad asumida por el acriminado.

Sobre las consecuencias procesales que podría generar la demostración de las manifiestas mendacidades en las que eventualmente incurra el Procesado en sus dichos cuando decide declarar en su propio juicio en calidad de testigo, acorde con la línea jurisprudencial que de manera pacífica ha sido trazada por parte de la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia[[14]](#footnote-14), se tiene que el Juzgador de instancias puede erigir indicios de ese tipo de comportamientos procesales que podrían redundar en contra de los intereses del Procesado. Así, a modo de ejemplo, en aquellos casos en los que las manifestaciones contrarias a la realidad se hagan con el propósito de avalar una tesis exculpativa invocada en su favor por el procesado, dichas pruebas se constituirían en hechos indicadores del indicio de falsa justificación.

Para una mejor ilustración de lo antes expuesto, o sea respecto de la facultad que tiene el Juzgador de instancia de deducir indicios como consecuencia de que se haya comprobado que las manifestaciones del procesado, cuando acude al juicio en calidad de testigo, han sido falaces, y como se debe apreciar ese evento, bien vale la pena traer a colación lo que al respecto ha sido el sentir de la Corte en esas hipótesis:

“Sobre la mentira y la mala justificación, la Sala tiene dicho que si bien en virtud de la garantía de no autoincriminación, en armonía con la de presunción de inocencia, el imputado además de estar facultado para guardar silencio no puede ser objeto de apremio o coacción de ninguna clase, y que es el Estado al que por tener la carga de la prueba de la responsabilidad de aquél le compete verificar o desvirtuar su responsabilidad, cuando este hace manifestaciones falsas, como ocurrió en el presente asunto, se consolidan efectos que el funcionario judicial puede extraer por medio del tamiz de la crítica probatoria, aunque resulten perjudiciales a los intereses del procesado.

En consecuencia, cuando se observan mentira y mala justificación *per se* no emerge un indicio de responsabilidad porque a partir de ellas no es posible inferir un nuevo ser diferente; pero cotejadas tales falsedades con los elementos materiales probatorios, la evidencia física y los testimonios recogidos en el juicio oral, resultando que de manera armónica y convergente permiten descartar la duda razonable que impide proferir sentencia de condena, los medios probatorios de naturaleza indirecta robustecen la desaparición de cualquier perplejidad sobre la responsabilidad del acusado, haciéndose de esa manera más fiable el contenido de justicia que aparece en la decisión de condena…”[[15]](#footnote-15).

Por lo tanto, en el caso en estudio como consecuencia de lo inverosímil y mendaz de la versión dada en el juicio por los procesados respecto de su secuestro o retención, la Sala erigirá el indicio de mentira o de falsa justificación.

Finalmente la Colegiatura no puede pasar por alto que las mal llamadas *fuerzas oscuras* pretendieron hacer de las suyas al intimidar a los principales testigos de cargo para que no fueran a declarar en el proceso, propósito este que consiguieron, porque en efecto lograron disuadir al Sr. JHON JAIRO LÓPEZ DURAN para que no acudiera al juicio a rendir testimonio, razón por la cual lo que LÓPEZ DURAN había dicho en un par de entrevistas tuvo que ser introducido a la actuación procesal como prueba de referencia admisible bajo la hipótesis del testigo no disponible.

Sobre la existencia de las amenazas, las mismas fueron acreditadas por la Fiscalía con el testimonio de la Sra. GINA PAOLA ARIAS LOAIZA, hermana del agraviado, quien asegura que a su teléfono móvil celular recibió unas llamadas de una persona desconocía quien los amenazaba e intimidaba para que dejaran las cosas quietas porque los acusados eran inocentes.

Es de resaltar que la testigo grabó una de esas llamadas, la cual fue objeto de una revisión técnica por parte de la perito LEONOR GAÑAN DÍAZ, quien en el juicio reprodujo esa grabación, en la que en efecto una persona lanza una serie de amenazas para que retiren la denuncia porque los encausados eran inocentes.

Lo antes expuesto hace que surja la siguiente inquietud: ¿Quién se dice inocente de una acusación, necesariamente acude a mecanismos de presión, coacción o intimidación para disuadir a los testigos de cargo para que no declaren en su contra? La respuesta al anterior interrogante es no, puesto que la experiencia nos enseña que en la gran mayoría de los casos aquellas personas que se encuentran seriamente implicadas en la comisión de un delito, vg. los hampones, bribones, trúhanes, malvivientes, etc… son quienes se valen de esas turbias estratagemas de intimidaciones y de amenazas para disuadir a las personas que han de declarar en su contra, para de esa forma pretender salirse impunes de las acusaciones efectuadas en su contra.

En el presente asunto, al estar acreditado la existencia de las amenazas proferidas en contra de los principales testigos de cargos y de sus parientes, bien se podría inferir que por intermedio de ciertas *fuerzas oscuras* se acudió a esas reprochables estrategias con la proterva intención de favorecer o conseguir que los Procesados salieran indemnes de los cargos por los cuales fueron llamados a juicio por parte de la Fiscalía.

Como conclusión de todo lo dicho en este acápite, la Sala es de la opinión que en el presente asunto, si bien es cierto que no existen pruebas directas que de una u otra forma vinculen a los Procesados con la comisión de los delitos endilgados en su contra, también es cierto que existen un cúmulo de indicios contingentes los cuales al ser apreciados de manera armónica y conjunta conllevaban hacia ese necesario grado de conocimiento y de convicción que el articulo 381 C.P.P. requiere para poder proferir un fallo de condena.

**3.** **Los yerros en la calificación jurídica dada a los hechos relacionados con el atentado perpetrado en la integridad física del ofendido.**

Asevera el recurrente que en el presente asunto, como consecuencia de una errónea apreciación del caudal probatorio, se incurrió en una errónea calificación jurídica, porque los hechos endilgados a los Procesados no se adecuan típicamente en el reato de tentativa de homicidio, sino en el de lesiones personales, porque en sentir del apelante un disparo de arma de fuego infringido en el pómulo, aunado a la dirección o trayectoria del proyectil, solo puede causar lesiones en zonas como la mandíbula, la cavidad dental y generar afectación en la voz, pero bajo ninguna circunstancia podía causar la muerte del agredido, ya que si el objetivo era acabar con la vida del menor, que dificultad se hubieran tenido los perpetradores para accionar el arma nuevamente y haber impactado la cabeza de la víctima.

La Sala es de la opinión que no le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente, porque si se analiza el contenido del testimonio de la víctima, aunado a lo que a su vez atestó la médica forense ADRIANA LÓPEZ CASTRO, válidamente se puede concluir, como así lo hizo la *A quo*, que en el presente asunto nos encontramos en presencia de un evento de tentativa de homicidio y no de lesiones personales, como de manera desacertada lo asevera el apelante.

Como punto de partida que se tendrá en cuenta para demostrar la anterior tesis, vemos que es un hecho cierto que entre los delitos de lesiones personales y tentativa de homicidio en muchas ocasiones se presenta una zona gris que genera alguna dificultad para distinguir cuándo se está en presencia de un conato de homicidio o de un delito consumado de lesiones personales. Por ello, para arrojar luces sobre esa zona grisácea se aconseja que el operador jurídico tenga en cuenta factores tales como: la idoneidad del arma y su capacidad para hacer daño; la intención del sujeto agente; la zona del cuerpo lesionada, etc…. lo que permitirá diferenciar cuando en un caso se puede considerar como tentativa de homicidio o lesiones personales.

En el caso en estudio, si acudimos al testimonio de la víctima JOHN DEBONAN LÓPEZ ARIAS, vemos que el ofendido expuso que una vez que fue sometido por sus agresores, uno de ellos le puso el cañón de un arma de fuego en la sien, pero como quiera que durante el forcejeo él logro mover la cara, el arma se corrió de lugar hacia la región pomular, en donde fue accionada, con las consecuencias ya sabidas en el proceso.

A su vez la médico forense ADRIANA LÓPEZ CASTRO, a modo de conclusión, expuso en su pericia que existía la altísima probabilidad que esa lesión hubiese podido causar la muerte del lesionado de no haber mediado una pronta y oportuna atención médica.

Por lo tanto, de un análisis de las pruebas antes aludidas se desprende de manera indubitable que en el presente asunto estamos en presencia de una persona que fue agredida con un arma de fuego, la que inicialmente fue colocada en la sien de la víctima, pero como consecuencia de los movimientos que el agraviado hizo con la cabeza, el cañón del arma se corrió o movió hacia uno de sus pómulos, en el cual le propiciaron un disparo a quemarropa, ello ameritó una urgente atención médica a fin de evitar el fallecimiento del ofendido, lo que a su vez es indicativo que la intención de los procesados no era otra diferente que la de atentar en contra de la vida de la víctima.

Lo antes expuesto, le hace concluir a la Sala, contrario a lo aseverado por el recurrente, que en el caso en estudio el accionar endilgado a los Procesados se adecua típicamente en el delito de tentativa de homicidio y no en el de lesiones personales.

**4.** **La no estructuración de los elementos necesarios para la adecuación típica del delito de porte ilegal de armas de fuego de Defensa Personal.**

Mediante el presente cargo el recurrente alega que la *A quo* se equivocó con la declaratoria de responsabilidad criminal efectuada en contra de los procesados por incurrir en la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en atención a que en sentir del apelante, la Fiscalía no logró demostrar mediante prueba idónea el ingrediente normativo requerido para la adecuación típica de dicho reato.

Para ofrecer una respuesta al problema jurídico propuesto por el apelante, se hace necesario tener en cuenta que acorde con la descripción que el articulo 365 C.P. hace del delito de porte ilegal de armas de fuego de Defensa Personal, para su necesaria adecuación típica se requiere de un ingrediente normativo que califica la conducta: *“sin permiso de autoridad competente”*. Es de anotar que dicho ingrediente normativo debe ser acreditado de manera idónea por parte del Ente Acusador, como bien lo ha destacado en los siguientes términos la línea jurisprudencial trazada por la Corte:

“No es posible plantear este tipo de hipótesis, ni mucho menos declarar probada la realidad histórica del ingrediente típico, cuando no haya prueba de la cual sea posible derivar, de manera razonable, la circunstancia relativa a la ausencia de permiso de la autoridad competente.

El aludido defecto de motivación pone de manifiesto la vulneración del proceso como es debido y, como corolario, de las garantías fundamentales de CARLOS ALBETO FORONDA BLANCO.

Esa postura, del mismo modo, es consecuente con la expuesta en otras decisiones de la Colegiatura, en las que, al igual que en la reseñada, se casó oficiosamente la sentencia de segunda instancia impugnada para, en su lugar, absolver por la conducta delictiva de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones por no estar acreditado el elemento normativo referido. Así, en SP, jun. 8 de 2011, rad. 33202, la Corte, luego de acceder a petición de insistencia promovida por un integrante de la Sala, casó parcial y oficiosamente una sentencia de segunda instancia, tras verificar que ninguna motivación se expuso para sustentar tal imputación y determinar que “la Fiscalía no acreditó los elementos configurativos de ese delito”, procediendo a la correspondiente redosificación punitiva.

Más específicamente en SP, sep. 7 de 2011, rad. 36887; SP, nov. 2 de 2011, rad. 36544 y SP, nov. 7 de 2012, rad. 36578, se adoptó igual determinación, tras comprobar que en el diligenciamiento no se aportó prueba alguna encaminada a corroborar la ilegalidad del arma o las armas utilizadas o, lo que es igual, a verificar el elemento normativo del tipo consistente en “sin permiso de autoridad competente”, al margen de, como se señala en la segunda providencia mencionada, imponer una especie de tarifa legal probatoria para alcanzar esa demostración, resultando válido, por ejemplo, el testimonio de un experto que logra detectar alteración de los sistemas de identificación del arma usada, en tanto ello constituiría un serio indicio acerca de su ilegalidad……”[[16]](#footnote-16).

Por lo tanto, si a la Fiscalía le asiste la obligación de acreditar la existencia del ingrediente normativo del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, para la Sala, siguiendo los anteriores lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte, acorde con los postulados del principio de la libertad probatoria consagrado en el artículo 373 C.P.P. dicho ingrediente normativo bien puede ser acreditado por cualquier medio probatorio que tenga el suficiente poder suasorio o de convicción necesario para demostrar su existencia. Por ello para la Colegiatura no pueden ser de recibo los argumentos basilares en los cuales el apelante estructura la tesis de su discrepancia, cuando asevera que tal requisito solamente puede ser demostrado con documentos oficiales o certificaciones públicas de los funcionarios competentes y no con el testimonio de los investigadores del caso, lo que, se reitera, es errado porque tal afirmación conspira en contra del principio de la libertad probatoria al crearse una especie de tarifa legal, la que como bien se sabe no tiene aplicación en los sistemas procesales, como el nuestro, en los que en materia probatoria impera la libre apreciación acorde con las reglas de la lógica, de la experiencia y de la sana critica.

En el caso en estudio, se tiene que la Fiscalía pretendió demostrar el aludido ingrediente normativo con el testimonio del investigador RAFAEL ARTURO MORENO, quien afirmó que en sus pesquisas estuvo indagando ante el CINAR, y que un suboficial le informó que los ahora Procesados carecían de permisos para portar armas de fuego, porque a nombre de ellos no figuraba ningún tipo de registro.

Para la Sala lo aseverado por el detective RAFAEL ARTURO MORENO ofrece serias dudas en su credibilidad, ya que además de que no hizo alusión en su informe sobre esas especificas pesquisas, se observan una serie de laxitudes e imprecisiones respecto de la identidad de la persona que le suministró esa información que se constituyó en su fuente, lo que tornaría en prueba de referencia todo lo dicho en tales términos por el testigo de marras.

Por lo tanto, si estamos en presencia de una prueba de referencia que bien podría ser catalogada como inadmisible, ya que no se observa ninguna de las causales consagradas en el artículo 438 C.P.P. para su admisión excepcional, la cual tiene un nimio o escaso poder suasorio, puesto que con este tipo de pruebas se contraría los postulados que orientan los principios de inmediación, contradicción y confrontación, la Sala concluye que con lo dicho por el testigo RAFAEL ARTURO MORENO la Fiscalía no cumplió con la carga probatoria que le asistía de demostrar de manera idónea el aludido ingrediente normativo que se requiere para la adecuación típica del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

En consecuencia de lo antes expuesto, por asistirle la razón al recurrente, la Sala revocará la declaratoria de responsabilidad efectuada en contra de los Procesados por incurrir en la delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, para de esa forma proceder a absolverlos por la comisión de dicho reato.

Como colofón, la Sala redosificará las penas impuestas a los Procesados, por lo que si la Jueza de primer nivel al momento de dosificar las penas, decidió incrementar en 24 meses las penas tasadas por el delito más grave, puesto que se presentó el fenómeno del concurso de conductas punibles, para así arrojar una pena de prisión de 286 meses y 16 días, al sustraer ese incremento punitivo, las penas efectivas que le corresponderían purgar a los procesados vendría siendo la equivalente a 262 meses y 16 días de prisión.

**- Conclusiones:**

Acorde con todo lo expuesto, la Sala es de la opinión que el fallo confutado debe ser confirmado en todo aquello que tiene que ver con los argumentos expuesto por la Jueza de primer nivel para declarar la responsabilidad criminal de los Procesados MARCO AURELIO HENAO y HÁMILTON ANDRÉS CASTRILLÓN por incurrir en la comisión del delito de Tentativa de Homicidio Agravado. Pero de igual forma, dicha sentencia será modificada en lo que atañe con la declaratoria de responsabilidad criminal enrostrada en contra de los Procesados de marras por incurrir en la delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, cargos de los cuales serán absueltos los acriminados.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Confirmar parcialmente la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2012 por parte del entonces Juzgado Único Penal del Circuito de Dosquebradas, en todo aquello que tiene que ver con la declaratoria de responsabilidad criminal efectuada en contra de los procesados **MARCO AURELIO HENAO** y **HÁMILTON ANDRÉS CASTRILLÓN** por incurrir en la comisión del delito Tentativa de Homicidio Agravado.

**SEGUNDO:** Revocar el fallo confutado en lo que atañe con la declaratoria de responsabilidad criminal pregonada en contra de los Procesados **MARCO AURELIO HENAO** y **HÁMILTON ANDRÉS CASTRILLÓN** por incurrir en la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, por lo que en consecuencia los aludidos procesados serán absueltos de los cargos por los cuales fueron llamados a juicio respecto del susodicho reato.

**TERCERO:** Redosificar la pena de prisión que deben purgar los Procesados **MARCO AURELIO HENAO** y **HÁMILTON ANDRÉS CASTRILLÓN,** como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal en lo que atañe con la comisión del delito Tentativa de Homicidio Agravado, la cual corresponderá a un término de doscientos sesenta y dos (262) meses y dieciséis (16) días.

**CUARTO:** Declarar que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentando dentro de las oportunidades de Ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

Magistrado

1. La Sala considera que acorde a la naturaleza del delito y de las circunstancias en las cuales los hechos tuvieron ocurrencia, es válido revelar del nombre de la víctima, puesto que si bien es cierto que para la época de los hechos tenía 17 años de edad, en momento alguno con develar su nombre se estaría atentando en contra de sus derechos fundamentales al buen nombre, al honor o a la honra. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fallo que fue objeto de aclaración mediante auto del 23 de noviembre del 2.012 en el cual se corrigió un error aritmético acaecido en las operaciones de dosimetría punitiva. [↑](#footnote-ref-2)
3. Dicho principio preceptúa que cuando un fallo es cuestionado de manera mixta, siendo uno de los reclamos los relacionados con la nulidad de la actuación, a fin de procurar el saneamiento del proceso, por regla general inicialmente se debe avocar los cargos de nulidades procesales. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del diecinueve (19) de febrero de 2009. Rad. # 26818. M. P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del dieciocho (18) de abril de 2012. Rad. # 38.020. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-5)
6. Tanto es así que el agraviado, actuando en consecuencia, posteriormente cuando se pretendió llevar a cabo una diligencia de reconocimiento en fila de personas, decidió declinar su participación en dicha diligencia ante la imposibilidad que le asistía de reconocer a sus agresores. [↑](#footnote-ref-6)
7. Según se pudo acreditar por parte de la Fiscalía, el Testigo no acudió a declarar al juicio como consecuencia de una serie de graves amenazas que vía telefonía le fueron proferidas en su contra. [↑](#footnote-ref-7)
8. Entrevista del 31-01-2012 a las 21:50 [↑](#footnote-ref-8)
9. Lo que válidamente podría ser apreciado como prueba de referencia por detentar el Policial JUAN MARCOS MARULANDA la condición de testigo de oídas. [↑](#footnote-ref-9)
10. Tanto es así que como consecuencia de esa inescindibilidad, en los casos en los que se logre comprobar que el testigo parcialmente mintió o que apartes de su versión deban ser catalogadas como inverosímiles, los efectos de la mendacidad o inverosimilitud se extenderían maculando en su totalidad el testimonio. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del seis (6) de abril de 2.005. Rad. # 23154. M. P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. [↑](#footnote-ref-11)
12. Lo que es conocido por la psicología como *“instinto de conservación”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del diecisiete (17) de febrero de 2010. Rad. # 29734. M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN. [↑](#footnote-ref-13)
14. Ver entre otros: la Providencia del 6 de abril de 2.005. Rad. # 23154; la Sentencia del 9 de febrero de 2006. Rad. # 22682; la Sentencia de 7 de julio de 2008. Rad. # 29374 y la Sentencia del 8 de octubre de 2008. Rad. # 29310. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del Siete (7) de Julio de 2008. Rad. # 29374. M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016). SP2162-2016. Radicación # 46033. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ. [↑](#footnote-ref-16)