El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 01 de junio de 2017

Proceso: Penal – Modifica sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 66001600003520120417-01

Procesado: JONATHAN HENAO DUQUE

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: HOMICIDIO AGRAVADO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO.** [C]omo quiera que en el presente asunto nos encontramos en presencia de un concurso de conductas punibles, al aplicar las reglas consagradas en el artículo 30 C.P. la Sala tomará como delito base el de homicidio por ser el de mayor gravedad punitiva, a cuya pena de 415 meses de prisión se le incrementara en la mitad del mínimo del delito concursante, o sea en 54 meses, para de esa forma arrojar una pena efectiva a imponer de 469 meses de prisión, que equivaldrían a 39 años y 1 mes de prisión. En el tema relacionado con la dosificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, acorde con lo consignado en el inciso 3º del artículo 52 C.P. vemos que ésta en un principio correspondería a un tiempo igual al de la pena de prisión, pero sin que exceda de los 20 años - según las voces del inciso 1º del artículo 51 ibídem- y como quiera que la pena de prisión impuesta al Procesado rebasa con creces dichos limites, ello quiere decir que la misma deba corresponder a 20 años.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta # 491-A del 31 de mayo de 2017. H: 3:55 p.m.

Pereira, primero (1º) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:14 a.m.

Procesado: JONATHAN HENAO DUQUE

Delitos: Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego.

Radicado # 66001600003520120417-01

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en el Apoderado de las víctimas en contra de sentencia condenatoria

Decisión: Modifica fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver las sendas alzadas interpuestas tanto por la Fiscalía General de la Nación como por el Apoderado de las víctimas en contra de la sentencia proferida en las calendas del 23 de Septiembre del 2.013 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, dentro del proceso que se adelantó en contra del ciudadano **JONATHAN HENAO DUQUE**, quien fue acusado de incurrir en la presunta comisión de los delitos de Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura están relacionados con el violento deceso de quien en vida respondía por el nombre de JOHN CHRISTIAN TAPIAS, *(A) “Chicha”,* el cual fue ultimado a balazos a eso de las 21:30 horas del 12 de noviembre del 2.012 en esta municipalidad, más exactamente en la vía que conduce desde la comuna *“Villa Santana”* hacia el barrio Kennedy.

Acorde con lo expuesto por la Fiscalía en el escrito de acusación, se dice que el hoy óbito JOHN CHRISTIAN TAPIAS era un conocido consumidor de sustancias psicotrópicas, y que la noche en la cual ocurrieron los hechos se desplazaba por el sector de la carrera 16, cuando sorpresivamente fue agredido por unos sujetos quienes le propinaron seis balazos por la espalda con un arma de fuego.

Una vez perpetrado el crimen, los asesinos fueron capturados por efectivos de la Policía Nacional cuando se encontraban ocultos en unos matorrales ubicados cerca del estadio de futbol *“Mora Mora”*. De igual forma, en dicho sitio los policiales encontraron dos armas de fuego.

Los indiciados posteriormente fueron identificados como JONATHAN HENAO DUQUE y ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS GUZMÁN.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 13 de noviembre 2.012 ante el Juzgado 6º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta localidad, en las cuales a los entonces indiciados JONATHAN HENAO DUQUE y ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS GUZMÁN, se les enrostraron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego. En esas vistas al Procesado JONATHAN HENAO DUQUE se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, mientras que al también Procesado ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS GUZMÁN no se le impuso ningún tipo de medida de aseguramiento.

1. El 4 de enero del 2.013, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, cuyo titular llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación el 15 de marzo de esa anualidad, en la cual la Fiscalía le endilgó cargos al procesado JONATHAN HENAO DUQUE por incurrir en la presunta comisión de los delitos de Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego, tipificados en los artículos 104, # 4º y 7º y 365 C.P.
2. De igual forma, como quiera que la Fiscalía en la acusación adujo que carecía de medios de conocimiento para desvirtuar la presunción de inocencia del también procesado ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS GUZMÁN, procedió a deprecar en su favor la correspondiente preclusión acorde con las causales de los # 5º y 6º del articulo 332 C.P.P. Dicha petición de preclusión fue avalada por el Juzgado Cognoscente mediante auto proferido en audiencia celebrada el 26 de febrero del 2.013.
3. El 24 de abril del 2.013 se celebró la audiencia preparatoria, y el juicio oral se llevó a cabo los días 2 de julio, 20 de agosto y 4 de septiembre de 2.013. A su vez la sentencia se profirió el 23 de Septiembre del 2.013, en contra de la cual se alzaron de manera oportuna la Fiscalía y el apoderado de las víctimas.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 23 de Septiembre del 2.013, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado JONATHAN HENAO DUQUE por incurrir en la comisión de los delitos de Porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y de Homicidio Simple, perpetrado en exceso de la legitima defensa.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado JONATHAN HENAO DUQUE fue condenado a purgar una pena de 118 meses de prisión, e igualmente, por no cumplirse con los requisitos de ley, no se le reconocieron subrogados ni sustitutos penales.

Los argumentos aducidos por el Juez de primer nivel para proferir el fallo opugnado, se fundamentaron en aseverar que en el presente asunto las pruebas allegadas al juicio demostraban que el Procesado JONATHAN HENAO DUQUE actuó bajo los efectos de una legítima defensa putativa al momento de perpetrar el delito, pero como quiera que su reacción resultó ser desproporcionada y desmesurada, era válido que en su favor se reconocieran los descuentos punitivos que son propios de los excesos de las causales de exclusión de la responsabilidad penal.

Para poder llegar a la anterior conclusión, el Juez *A quo* esgrimió los siguientes argumentos:

* Estaba por fuera de toda discusión el deceso de quien en vida respondía por el nombre de JOHN CHRISTIAN TAPIAS, el cual, como se desprende de la necropsia, fue muerto por varios impactos de arma de fuego; así como que el Procesado JONATHAN HENAO DUQUE fue el autor de dicha muerte, como Él mismo lo admitió durante su intervención en el juicio.
* En el proceso se demostró que el óbito era un farmacodependiente consumidor de estupefacientes que se caracterizaba por su comportamiento agresivo, tanto es así que en dos ocasiones agredió con un arma cortopunzante a un tío del procesado JONATHAN HENAO DUQUE, mientras que a este último también había atacado con un machete.
* Según los testimonios del procesado JONATHAN HENAO DUQUE y del Sr. ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS, el hoy difunto JOHN CHRISTIAN TAPIAS pretendió agredir con un arma de fuego a HENAO DUQUE, quien reaccionó, y para contrarrestar el ataque hizo uso de un arma de fuego que portaba, con la cual le propinó varios balazos a su rival.
* A pesar que el arma de fuego que llevaba la víctima estaba descargada, tal situación no era conocida por el procesado, quien ante la amenaza de su contendiente, quien se le acercó esgrimiendo el arma que portaba, reaccionó utilizando el arma de fuego que portaba.
* Si bien es cierto que al óbito le infligieron seis disparos por la espalda, tal situación no significa que haya sido atacado a traición, porque la reacción defensiva del procesado se dio en el preciso momento en el que su atacante pretendía huir, instante que aprovechó para descargarle toda la munición del revólver que llevaba consigo.
* La desmesurada reacción del procesado, predica le existencia de un exceso en la legitima defensa, lo cual descartaba la existencia de las causales de agravación punitiva del delito de homicidio, las que tenían que ver con el aprovechamiento de las condiciones de indefensión de la víctima.

**LAS ALZADAS:**

**- El recurso de apelación de la Fiscalía:**

La tesis de la discrepancia propuesta por el representante del Ente Acusador, tiene que ver con el reconocimiento que en el fallo confutado se hizo en favor del procesado, respecto de haber cometido el delito endilgado en su contra en exceso de la legítima defensa.

Alega el recurrente que el *A quo* se equivocó en la apreciación del acervo probatorio, ya que basó su decisión en unas hipótesis que nunca fueron probadas en el juicio, así como en una serie de conclusiones y de afirmaciones sobre cosas que en momento alguno dijeron los testigos que declararon en el proceso, lo que de manera errada llevó a el Juez de primer nivel concluyera que el procesado reaccionó de manera desmedida ante una ofensa perpetrada por el hoy difunto.

Los argumentos con los cuales el Fiscal recurrente sustenta la tesis de su discrepancia pueden ser resumidos de la siguiente manera:

* El *A quo* fue un tanto ligero en la apreciación de los testimonios absueltos por los Sres. JOSÉ NORBEY HENAO y ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS, quienes respectivamente fungían como tío y amigo del procesado, debido a que la apreciación de las sendas declaraciones de los aludidos testigos debió haber sido producto de un trabajo serio y analítico del acervo probatorio, del cual se tenía las relaciones de parentesco habidas entre el procesado y el Sr. JOSÉ NORBEY HENAO, así como los nexos de amistad que el procesado sostenía con el testigo ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS, quienes se conocían desde hacía mucho tiempo por ser vecinos del mismo sector en donde residían, lo cual pudo incidir para que ese testigo dijera verdades a medias generadas por el temor de no favorecer a un amigo.
* Al momento de la apreciación del acervo probatorio, el *A quo* no tuvo en cuenta la existencia de unas pruebas que ponían en tela de juicio la hipótesis consistente en que la víctima JOHN CHRISTIAN TAPIAS fue quien inicialmente agredió al procesado JONATHAN HENAO DUQUE mediante un arma de fuego, porque: a) Al óbito no se le encontró en su poder ningún arma de fuego, como bien se desprende de lo atestado por DIEGO SERNA RUIZ, quien se encargó de llevar a cabo la inspección técnica del cadáver; mientras que cuando el Procesado y el testigo fueron capturados por efectivos de la Policial Nacional, en su poder se les halló dos armas de fuego. b) Se dice que la víctima accionó el arma de fuego, pero tal hipótesis es desvirtuada por lo dicho por el perito experto en balística, de lo cual se tiene que el arma estaba descargada, y que por sus características de funcionamiento no era posible que después del disparo expulsara los cartuchos. c) No es probable que la víctima tuviera los medios para poseer o detentar un arma de fuego, porque se estaba en presencia de una persona que como consecuencia de su condición de indigencia y de marginalidad, generada por su adicción a los estupefacientes, no se encontraba en condiciones económicas para adquirir un arma de fuego. d) Era poco probable que el difunto usara un arma de fuego en contra del procesado, debido a que los enfrentamientos que en el pasado sostuvo con el acusado y su tío, se llevaron a cabo mediante el empleo de un arma cortopunzante.
* No se tuvo en cuenta que del contenido de lo declarado por JONATHAN HENAO DUQUE, se desprendía que el difunto era su enemigo, y por ende tenía un móvil o motivo para asesinarlo o causarle daño, como bien ocurrió en el presente asunto.
* No se apreció en debida forma las pruebas que demostraban que el Procesado agredió dolosamente al difunto cuando este se encontraba en estado de indefensión, como se desprende de lo consignado en el protocolo de necropsia, el que indicaba como había sido la trayectoria o el recorrido que en el cuerpo de la víctima tuvieron los proyectiles homicidas: dos de ellos tuvieron un recorrido de arriba – abajo, y los otros cuatro, su recorrido fue de abajo – arriba. Tal situación era indicativa que la víctima fue agredida de espaldas cuando se encontraba sentada, y que después la remataron en cuatro ocasiones más.
* **El recurso de apelación del apoderado de las víctimas:**

La inconformidad expresada por el recurrente, también tiene que ver con el reconocimiento en favor del procesado del exceso en la legitima defensa, lo cual en sentir del apelante es algo que contraviene con la realidad procesal y probatoria por lo siguiente:

* En el proceso se demostró que las armas incautadas no se encontraban en poder de la víctima, sino del procesado, quien fue capturado cuando portaba dos armas de fuego.
* La víctima no se encontraba en condiciones de causarle un daño al acusado, debido a que el arma hechiza que se dice que portaba era inidónea por encontrarse descargada, o sea sin municiones.
* La víctima fue agredida en el momento en el que se encontraba indefensa, lo cual se desprende de las pruebas que demuestran que le propinaron seis balazos por la espalda.
* A pesar de ser un hecho cierto que el occiso tenía un historial de drogadicción y que no era un dechado de virtudes, tales circunstancias en momento alguno se constituían como óbice para que no se hiciera merecedor de la protección por parte del Estado del bien jurídico de la vida como consecuencia de su condición de ser humano.

Con base en lo anteriores argumentos, los apelantes solicitaron la revocatoria del fallo opugnado y la consecuente declaratoria de responsabilidad criminal del procesado JONATHAN HENAO DUQUE acorde con los cargos por los que fue llamado a juicio.

**LA RÉPLICA:**

Durante el término del traslado para ejercer el derecho de réplica, la Defensa presentó sus alegatos de no recurrente, en los cuales se opuso a las pretensiones de los apelantes y en consecuencia solicitó la confirmación del fallo confutado con base en el argumento consistente en que los apelantes con sus discrepancias se están contradiciendo asimismo, porque si lo que pretenden es cuestionar la credibilidad del testimonio de ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS, están incurriendo en una especie de sinsentido, debido a que en el pasado avalaron la providencia en la cual se precluyó el proceso adelantado en contra del susodicho, lo que tuvo como su fundamento la absoluta credibilidad que se le concedió a los dichos de ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS respecto de su ajenidad en la comisión del delito de homicidio endilgado en su contra, quien adveró que huyó del lugar de los hechos en el preciso momento en el que JOHN CHRISTIAN TAPIAS desenfundó un arma de fuego en contra de JONATHAN HENAO DUQUE, el cual a su vez reaccionó con las trágicas consecuencias ya conocidas por todos.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia de 1ª instancia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual forma no se avizora mácula que de alguna u otra forma haya generado una irregularidad sustancia que incida en la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso expuestos por el recurrente en la Alzada, y de lo dicho por los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Incurrió el Juez de primer nivel en errores en la apreciación del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta que las pruebas aducidas al juicio en ningún momento demostraban que el Procesado JONATHAN HENAO DUQUE incurrió en un exceso de la justificante de la legitima defensa en el momento en el que le segó la vida al hoy óbito JOHN CHRISTIAN TAPIAS, *(A) “Chicha”*?

De igual forma, como problema jurídico transversal, la Sala avizora el siguiente:

¿Los descuentos punitivos propios de los excesos de la causal de justificación de la legítima defensa son aplicables en los eventos en los que una persona comete la conducta punible bajo el amparo de la *legítima defensa putativa?*

**- Solución:**

**1. La legítima defensa putativa subjetiva y las atemperantes punitivas de los excesos de la justificante de la legítima defensa*.***

Un análisis del contenido del fallo confutado, nos enseña que en el mismo se le dio un tratamiento de hibridación a las figuras de la legítima defensa putativa con las atemperantes punitivas que son propias de los delitos cometidos en exceso de la legitima defensa, prueba de ello es que en el proveído de marras se adujo que el Procesado cometió el delito de homicidio en virtud de la legitima defensa putativa, pero como su reacción fue desmedida, se reconocieron en su favor los descuentos punitivos consagrados en el inciso 2º del # 7º del articulo 32 C.P. los cuales tienen que ver con aquellos eventos en los que se perpetra un reato en exceso de los límites permitidos para la procedencia de la causal de justificación de la legitima defensa.

Para la Sala la mixtura llevaba a cabo por el *A quo* no es factible, debido a que dogmáticamente se está en presencia de dos figuras completamente diferentes e incompatibles entre sí, tanto es así que las consecuencias penales que generan son diversas, por lo siguiente:

I. Los descuentos punitivos consagrados en el inciso 2º del # 7º del articulo 32 C.P. tienen su razón de ser en el menor juicio de reproche que genera la conducta de una persona que al perpetrar un delito haya desbordado alguno de los requisitos exigidos por la ley para considerar que dicho comportamiento no debía ser catalogado como antijurídico por existir una justificante, por lo que en consonancia con el principio de proporcionalidad, es obvio que esa clase de comportamientos ameritan un tratamiento punitivo mucho más benigno.

Es de resaltar que tales atemperantes punitivas se encuentran circunscritas al escenario de la antijuridicidad, puesto que las mismas están asociadas a las causales que la excluyen, por lo que es claro que para determinar su procedencia, necesariamente se debe establecer si previamente se cumplen o no con los presupuestos requeridos para la existencia de las causales que excluyen la antijuridicidad de una conducta típica.

Razón por la que frente a lo anterior, la doctrina ha expuesto:

*“Como es obvio, para poder hablar de exceso es indispensable que el actor en un determinado momento se encuentre dentro de los limites propios de la respectiva justificante; es decir, se deben reunir las exigencias de cualquiera de las causales, pues de lo contrario no se entendería que el tenor del texto dijese “exceda los límites…”[[1]](#footnote-1).*

II. La legítima defensa putativa o subjetiva, se constituye en un error en el cual incurre una persona al momento de la comisión del delito, quien reacciona ante una agresión que no existe en la realidad, la cual equivocadamente cree como verdadera.

Como se podrá observar, desde el plano subjetivo el sujeto agente cree actuar en legítima defensa, pero ello no acaece en el plano objetivo, puesto que en momento alguno se dan los requisitos que son necesarios para la procedencia de la causal de justificación de la legitima defensa, en especial los relacionados con la existencia de una agresión actual o inminente y la reacción proporcional a la misma.

Por tratarse de un error que opera en la psiquis del sujeto agente, es obvio que el mismo afectaría a la culpabilidad mas no a la antijuridicidad, razón por la que cuando estaban en vigencia los estatutos penales de tendencia positivistas / causalistas, Vg. la Ley 95 de 1936 y el Decreto-Ley 100 de 1.980, a ese tipo de error se le dio tratamiento de causal de inculpabilidad que excluía el dolo o la culpa; lo cual sufrió un cambio drástico a partir de la entrada en vigencia del actual Código Penal (Ley 599 de 2.000), en el que a ese tipo de error, según se desprende de lo consignado en el # 11º del articulo 32 C.P. se le dio las connotaciones de un error de prohibición, en la modalidad indirecta o concreta[[2]](#footnote-2), que afectaría o excluiría la culpabilidad, en especial en lo que tiene que ver con el elemento de la consciencia de la antijuridicidad.

En síntesis, acorde con lo expuesto en los párrafos anteriores, la Colegiatura es de la opinión consistente en que el *A quo* respecto de algo que tiene que ver con la culpabilidad, como lo es el error de prohibición indirecto, de manera equivocada le dio tratamiento de antijuridicidad, al asimilar un supuesto evento de legítima defensa putativa como si fuera una legítima defensa que se llevó a cabo en exceso o de manera desproporcionada, cuando ello no es posible porque, como bien lo hemos demostrado, tales figuras no pueden confluir en un mismo escenario, siendo por ende un imposible dogmático la existencia de las atemperantes punitivas generadas por los excesos en la legítima defensa putativa, por lo que es lo uno o lo otro, sin que pueda existir una mixtura de ambas.

Ante tal situación, en el evento en el que el Juzgador de instancia decida inclinarse por la legítima defensa subjetiva, vemos que al constituirse la misma en un error de prohibición, es obvio que tales excesos deben ser analizados es frente al escenario de la posible invencibilidad o vencibilidad de tal error. Por lo que en los eventos en que dicho yerro sea invencible, procederá la exclusión de la responsabilidad penal, pero cuando ello no sea posible, operará una rebaja de la pena en un 50%[[3]](#footnote-3).

A modo de colofón, con el fin de zanjar cualquier tipo de dudas, consideramos pertinente y de utilidad traer a colación *in extenso* lo que, en los siguientes términos, de vieja data la doctrina ha dicho sobre las diferencias habidas entre la legítima defensa y la legítima defensa putativa, y de sus incompatibilidades:

*“Aunque tradicionalmente el fenómeno de la defensa putativa, con el nombre de “legítima defensa subjetiva” se ha venido tratando entre nosotros como modalidad de la legitima defensa y considerándose, por ende, como causal de justificación, creemos – con la opinión doctrinal hoy dominante – que él pertenece a la teoría del error y constituye entonces causal de inculpabilidad.*

*Hemos dicho, en efecto, que la legitima defensa elimina el delito por ausencia de antijuridicidad, ya que quien así actúa no realiza comportamiento social ni jurídicamente reprochable; trátese, pues, de un fenómeno de naturaleza fundamentalmente objetiva en la medida en que descansa sobre la existencia de una verdadera y real agresión. En cambio, la defensa putativa tiene contenido eminentemente subjetivo porque se origina en errónea valoración de una actitud humana inocente que es interpretada como ataque actual o inminente.*

*La defensa putativa no es legítima defensa por falta de uno de sus elementos constitutivos: la presencia de una agresión; para que tal figura pueda ser reconocida requierese necesariamente que dicha agresión exista objetiva y realmente; cuando ella solo surge en la mente del supuesto atacado no hay periculum proesens, sino una mera fantasía en la cabeza del agente, y si ante ella reacciona, “en realidad el supuesto agredido es el verdadero y único agresor”.*

*Estamos, pues, en presencia de una causal de inculpabilidad porque el agente creyó erróneamente que su conducta era licita; en cuanto incurso en equivocación respecto de la ilicitud de su comportamiento, bien puede calificarse el suyo como error sobre la antijuridicidad.*

*Ubicada esta figura como causal de inculpabilidad es entendido que solo puede aceptarse en la medida que reúna los requisitos exigidos en el numeral 3º del artículo 40 del código penal[[4]](#footnote-4).* ***Por esta misma razón no podría hablarse de un exceso en la defensa putativa; aquel fenómeno y su consecuencial tratamiento jurídico tal como lo señala el artículo 30 C.P. solo puede predicarse de las causas de justificación previstas en el artículo 29 ibídem****…”[[5]](#footnote-5).*

Ahora bien, a pesar del yerro dogmático en el que incurrió el *A quo,* considera la Sala que la figura de la legítima defensa putativa fue uno de los pilares en los que se cimentó el fallo opugnado, cuya égida, en opinión del Juez de primer nivel, de una u otra forma amparaba al Procesado JONATHAN HENAO DUQUE en el preciso instante en el que acabó con la existencia de quien en vida respondía por el nombre de JOHN CHRISTIAN TAPIAS, *(A) “Chicha”,* porque erradamente pensó que iba a ser atacado por el hoy óbito con un arma de fuego, quien en el pasado lo había agredido por las vías de hecho y de palabras, al proferirle una serie de amenazas en contra de su vida; lo cual ha sido refutado por los apelantes, quienes en sus sendas alzadas han dado a entender que del contenido de las pruebas habidas en el proceso, no se afloraban los requisitos que tornaban en inculpable el comportamiento punible enrostrado al procesado.

Frente a la anterior polémica, la Sala es de la opinión consistente en que la realidad probatoria habida en el proceso era clara en demostrar que en momento alguno el Procesado JONATHAN HENAO DUQUE cometió la conducta punible del homicidio agravado endilgada en su contra bajo el amparo del error de prohibición conocido como *la legítima defensa putativa,* porque, como bien lo dijimos en párrafos anteriores, el elemento esencial de dicha eximente de culpabilidad es el equívoco en el que incurre el sujeto agente, quien cree ser víctima de una agresión o de un ataque que en la realidad nunca tuvo ocurrencia, el que solo se presentó en su imaginación. Lo cual acontecería, como bien nos lo enseña el típico ejemplo académico, en el que una persona que al transitar por una calle oscura, se encuentra sorpresivamente con su enemigo jurado, quien, ante un súbito movimiento de su enemigo de llevarse las manos al cinto o a los bolsillos, se siente amenazado y por ende decide propinarle unos disparos con un arma de fuego que portaba, con la lamentable consecuencia que el difunto lo que quiso hacer fue sacar un peine o un encendedor y no un arma.

Por lo tanto, si la razón de ser de la legítima defensa putativa radica en una agresión o amenaza que nunca existió, *contrario sensu*, en aquellos eventos en los cuales el sujeto agente sea víctima de una amenaza o de un ataque real o cierto, mas no imaginario, es obvio que no sería procedente alegar el aludido error de prohibición.

En el caso en estudio, de un análisis alegre, desinteresado y sin mayor rigor del acervo probatorio, se podría decir que el mismo nos enseña que el Procesado JONATHAN HENAO DUQUE en momento alguno fue víctima de una agresión o amenaza que solo existió en su imaginación, puesto que tal agresión, ataque o amenaza, supuestamente efectuada por parte de JOHN CHRISTIAN TAPIAS, resultó ser real o cierta, ya que si nos atenemos a lo atestado tanto por el propio JONATHAN HENAO DUQUE como por ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS GUZMÁN, ambos son coincidentes en establecer que en el momento en el que dialogaban, vieron pasar al hoy occiso JOHN CHRISTIAN TAPIAS, quien se devolvió y desenfundó un arma de fuego, la cual apuntaba hacia la humanidad de JONATHAN HENAO.

Como se podrá colegir, en caso de ser creíble lo atestado por los Sres. JONATHAN HENAO y ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS, era obvio que en el presente asunto no se estaba en presencia de una amenaza o agresión imaginaria o virtual, sino de algo cierto, real y tangible.

Tal situación, dejaría sin piso la hipótesis de la legítima defensa putativa, por ausencia del principal elemento en el que se sustenta esa clase de error de prohibición, pues se reitera, en el *subexamine* no se estaba en presencia de una agresión o amenaza virtual o inexistente sino de una de connotaciones ciertas y reales.

A pesar de lo anterior, la Sala no puede pasar por alto que el arma de fuego artesanal que supuestamente portaba el óbito se encontraba descargada, o sea sin munición, situación que al parecer era desconocido por el Procesado, y por ende en nada incidía para poner en tela de juicio lo cierto y tangible de las supuestas amenazas que generaba el comportamiento agresivo asumido por parte de JOHN CHRISTIAN TAPIAS, cuando decidió exhibir un instrumento bélico de tales condiciones en contra de su *archienemigo*.

En síntesis, acorde con lo expuesto en los anteriores párrafos, la Colegiatura es de la opinión consistente en que el Juez de primer nivel se equivocó en la apreciación del acervo probatorio, puesto que del mismo no se desprende que en momento alguno el Procesado JONATHAN HENAO DUQUE haya actuado bajo el amparo del error de prohibición de la legitima defensa putativa en el instante en el que le segó la existencia a quien en vida respondía por el nombre de JOHN CHRISTIAN TAPIAS, (A) *“Chicha”*.

**2. Los excesos relacionados con la causal de justificación penal de la legítima defensa.**

Como bien lo dijimos en el acápite anterior, la figura de los excesos consagrado en el inciso 2º del # 7º del articulo 32 C.P. es una atemperante punitiva que opera en aquellos eventos en los cuales el sujeto agente supera o excede los límites permitidos o exigidos para considerar que su comportamiento anómalo se encuentre justificado y por ende no deba ser catalogado como antijurídico.

Frente a lo anterior, la doctrina nacional ha expuesto lo siguiente:

*“La disposición cobija a la persona que al realizar una conducta típica desborda las exigencias legales en virtud de las que puede, en principio, invocar la justificante; en otras palabras: cuando el agente, encontrándose en un comienzo dentro de los linderos propios de una de las justas causas contempladas en los susodichos numerales del artículo 32, se extralimita, de forma automática pierde el derecho a ampararse de ellas, y la conducta realizada es antijurídica y culpable, a no ser que, en último caso, concurra otra eximente de responsabilidad.*

*No obstante, esta situación no pasa desapercibida por el legislador, quien consciente de ello prevé un tratamiento especial para el excedido, que difiere del otorgado a la persona que en ningún momento ha pisado los linderos propios de la justificante; ello es apenas obvio, pues en los casos de exceso el grado de injusto es menor, lo que – en cumplimiento de los principios de proporcionalidad, lesividad y culpabilidad – se traduce en un menor grado de exigibilidad y por ende de punibilidad…”[[6]](#footnote-6).*

Ahora bien, como esas diminuentes punitivas se pregonan de las causales de justificación, es claro que para su procedencia las mismas deben ser analizadas en consonancia con los requisitos que se tornan como procedentes para las justificantes que excluyen la antijuridicidad. Luego, si en el presente asunto se pregona que el Procesado JONATHAN HENAO DUQUE cometió el delito de homicidio agravado en exceso de la legitima defensa, se torna necesario analizar si para tales efectos se cumplían o no con los requisitos para la procedencia de esa justificante, y si a pesar de ello el procesado se desbordó o extralimitó en alguno de ellos.

En consonancia con lo anterior, se puede decir que la legítima defensa es una causal de exclusión de la responsabilidad criminal consagrada en el # 6º del articulo 33 C.P. en virtud de la cual desde el plano de la antijuridicidad se justifica el derecho que le asiste a toda persona de rechazar o de repeler las actuaciones injustas provenientes de terceras personas que generen una amenaza o un peligro inminente a algún interés jurídicamente protegido.

Según la redacción de la norma y con lo que se ha dicho tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, se tiene establecido que para la procedencia de dicha causal de ausencia de la responsabilidad penal es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

* La existencia de una agresión actual o inminente, por lo que se requiere que la reacción del sujeto agente guarde una especie de coetaneidad en lo que atañe con la repulsa de la amenaza o del ataque al que sea sometido.
* Que la agresión o amenaza sea injusta o ilegitima, o sea que no exista una razón válida que justifique o ampare el accionar del atacante.
* Que el sujeto agente actué bajo la necesidad de ejercer la reacción defensiva, o sea que no exista otra opción diferente a la cual válidamente pueda acudir.
* El ánimo de defensa, en cuya virtud se pregona que el sujeto agente debe actuar con la intención de defenderse.
* La existencia de una especie de equilibrio o de proporcionalidad, el cual se pregona entre: a) La entidad del ataque y la reacción defensiva, de la cual se espera que sea lo menos lesiva posible; b) Los medios desplegados tanto por el ofensor como por el ofendido; c) Los bienes jurídicos en conflicto, de los que se espera que sean equivalentes; d) Las condiciones personales del agresor y del agredido.

Finalmente, se hace necesario acotar que acorde con lo dicho tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, la atemperante punitiva de los excesos en la gran mayoría de los casos se presenta es en este último requisito, o sea cuando el sujeto agente se extralimita o desborda ese aludido equilibrio o esa proporcionalidad.

En el caso en estudio se dice en el fallo opugnado que el Procesado actuó en exceso de la legítima defensa, porque a pesar que reaccionó para contrarrestar una injusta agresión proferida por el hoy óbito, quien era su enemigo jurado, su reacción defensiva fue desproporcionada y desmedida como consecuencia de los múltiples disparos que le propinó a su atacante por la espalda.

Pero, un análisis del acervo probatorio no enseña, tal como lo denunciaron los apelantes, que el *A quo* distorsionó y limitó el contenido de las pruebas, lo que le permitió dar por probado hechos que no pudieron acontecer de la forma como se asevera en el fallo confutado, por lo siguiente:

I. Existían serias razones para poner en tela de juicio lo atestado por los Sres. JONATHAN HENAO DUQUE y ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS GUZMÁN, respecto a que HENAO DUQUE fue víctima de una amenaza o de una agresión propiciada por parte del JOHN CHRISTIAN TAPIAS, (A) “Chicha”, quien, según los testigos, de manera sorpresiva desenfundó un arma de fuego con la cual apuntó en contra de la humanidad del ahora Procesado.

Para llegar a la anterior conclusión, o sea la de dudar de la credibilidad de lo dicho por los aludidos testigos, solo bastaba con atenernos a los testimonios de LEONARDO ECHEVERRI LÓPEZ y DIEGO SERNA RUIZ, quienes en sus respectivas calidades de miembros de la Policía Nacional y Judicial, acudieron al sitio de los hechos, prácticamente a los pocos instantes de haber estos ocurridos[[7]](#footnote-7), y pudieron percatarse que el difunto yacía boca abajo, no se le encontró en su poder armas de fuego y que en su mano izquierda sostenía una botella de pegante.

Lo declarado por los Sres. LEONARDO ECHEVERRI LÓPEZ y DIEGO SERNA RUIZ, es robustecido con el testimonio del también policial JOSÉ GREGORIO AGUIRRE CORRALES, quien fue la persona que capturó a los presuntos indiciados, los cuales estaban ocultos en unos matorrales ubicados en inmediaciones del estado de futbol *“Mora Mora”.* De igual forma el testigo adujo que al momento de la captura de los sospechosos, sintió cuando arrojaron algo al suelo, y al indagar se dio cuenta que se trataba de dos armas de fuego, una de ellas se trataba de un revolver calibre .38, con seis vainillas percutidas, mientras que la otra era un arma artesanal o hechiza que estaba descargada.

Si efectuamos un análisis en conjunto de lo atestado por parte de los Sres. JOSÉ GREGORIO AGUIRRE CORRALES; LEONARDO ECHEVERRI LÓPEZ y DIEGO SERNA RUIZ, se desprende que al cuerpo del difunto no le encontraron armas de fuego, o sea que estaba desarmado, pues solo en una sus manos tenía una botella plástica de pegante; mientras que al Procesado JONATHAN HENAO DUQUE y la persona que lo acompañaba, ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS GUZMÁN, al momento de sus sendas capturas, si fueron sorprendidos en el instante en el que pretendían deshacerse de unas armas de fuego que estaban portando en esos precisos instantes.

Por lo tanto, si el Procesado JONATHAN HENAO, al momento de ser capturado, era quien portaba o tenía en su poder unas armas de fuego, mientras que en el cuerpo del difunto no se encontró ningún tipo de instrumentos bélicos, tal situación incidía para dudar de que el óbito haya pretendido agredirlo o amenazarlo con un arma de fuego, pues de haber ocurrido las cosas como lo atestaron los Sres. JONATHAN HENAO DUQUE y ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS, seguramente que en poder del difunto se hubiera hallado el arma de fuego con la que pretendió agredir o intimidar a HENAO DUQUE, pero como vemos la realidad probatoria es contundente en demostrarnos todo lo contrario.

Ahora bien, se dice por parte del *A quo* que posiblemente JONATHAN HENAO DUQUE le robó el arma a su rival, lo cual para la Sala es producto de una simple y mera especulación que carece de asidero en las pruebas habidas en el proceso, en especial de lo adverado por el propio JONATHAN HENAO, quien en momento alguno se refirió a ese evento, el cual rayaba en contra de las pretensiones de la Defensa, porque es obvio que para los intereses del Procesado le convenía mucho más que en poder del difunto se encontrará un arma de fuego, con lo que apalancaría la tesis de la eximente de la legitima defensa, que el ser sorprendido portando no un arma de fuego sino dos.

Es más en lo que tiene que ver con las armas encontradas en el teatro de los acontecimiento, el Procesado expuso que cuando se ocultó en los arbustos solo se deshizo del revólver calibre .38 que previamente llevaba consigo cuando se enfrentó con JOHN CHRISTIAN TAPIAS, lo cual es refutado por el testigo JOSÉ GREGORIO AGUIRRE, quien fue claro en señalar que en el preciso momento en el que capturó a JONATHAN HENAO DUQUE y a ANDRÉS MAURICIO CONTRERAS, se percató de como ellos lanzaron algo había el pasto, lo que resultó ser dos armas de fuego y no una como lo aduce JONATHAN HENAO.

Ante tal enfrentamiento suscitado entre las versiones depuestas por los aludidos testigos, la Sala se inclinará por concederle mayor credibilidad a lo atestado por parte del policial JOSÉ GREGORIO AGUIRRE, puesto que además de no tener ningún interés en los resultados del proceso, ello no acontece con JONATHAN HENAO; además por parte del policial no se atisba motivo avieso alguno de querer sacar provecho o de perjudicar con su declaración los intereses del Procesado.

II. En el fallo confutado se dice que JONATHAN HENAO le disparó por la espalda a JOHN CHRISTIAN TAPIAS, porque al parecer este último se asustó e intento huir cuando se percató de que HENAO DUQUE también había desenfundado un arma de fuego. Pero tal como lo aducen los recurrentes, lo dicho en tales términos por parte del Juez de primer es más bien producto de una especulación que no tiene asidero en las pruebas habidas en el proceso, porque si nos atenemos a lo atestado por JONATHAN HENAO, se colige que el enfrentamiento se produjo cuando ambos rivales prácticamente se encontraban frente a frente, siendo el catalizador que dinamizo todo la supuesta amenaza que a JONATHAN HENAO le profirió su enemigo, quien previamente había desenfundado un arma de fuego, por lo que al sentir que se le venía para encima apuntándole, vemos que el procesado expuso que de inmediato procedió a desenfundar el arma de fuego que portaba y empezó a disparar de manera indiscriminada, sin fijarse hacia donde hacia los disparos.

Pero es de anotar que la versión dada por el Procesado JONATHAN HENAO respecto de la forma como ocurrieron los hechos, no encuentra eco en el dictamen pericial rendido por el médico forense JORGE FEDERICO GARTNER VARGAS, el cual nos enseña que los balazos infligidos en la humanidad de JOHN CHRISTIAN TAPIAS, los hicieron cuando Él se encontraba de espaldas y en un plano inferior respecto de su atacante.

Para llegar a la anterior conclusión, solo basta con analizar lo atestado por el perito en el juicio, quien expuso que al llevar a cabo la necropsia del cadáver encontró que presentaba seis heridas ocasionadas por proyectiles de armas de fuego a nivel de la cabeza y parte dorsal del tronco. Dichas heridas fueron descritas por el médico legista de la siguiente manera: Una inicial herida que atravesó la cabeza, con orifico de entrada en la parte del hueso parietal posterior derecha con orifico de salida en la órbita izquierda junto a la nariz, ese proyectil tuvo una trayectoria de atrás hacia adelante, de arriba hacia abajo, y de derecha a izquierda; Una segunda herida que se produjo en la región dorsal media, con orificio de salida al lado del esternón en la parte inferior del lado derecho, ese proyectil atravesó la sexta vértebra dorsal de la columna vertebral, atravesó el corazón en el ventrículo derecho, también tuvo una trayectoria de atrás hacia delante, de arriba hacia abajo y de izquierda a derecha; Una tercera herida en el lado izquierdo de la espalda por debajo de la escápula, tuvo orifico de salida en la región mamaria a nivel de la aureola izquierda, con una trayectoria de atrás hacia delante, de la parte inferior a la parte superior del cuerpo y del lado izquierdo al derecho. Además habían otras tres heridas que por su cercanía fueron muy difícil de individualizar, tres orificios de entrada en la parte lumbar izquierda que siguieron todos una trayectoria igual, de abajo hacia arriba y de tras hacia adelante y de izquierda hacia derecha, que produjeron daños a nivel abdominal, en el riñón izquierdo, en el bazo y atravesaron el corazón.

Respecto de la posición que tenía el agresor en el momento en el que atacó a la víctima, el perito adujo que en lo que correspondía con las lesiones en la cabeza, acorde con la trayectoria de los proyectiles, el arma accionada por quien la disparó debería estar en una posición más arriba de la víctima, por detrás y a su lado derecho; mientras que en las tres últimas lesiones, la persona que disparo debería estar en una posición inferior al cuerpo de la víctima.

Lo antes expuesto debe ser apreciado en consonancia con lo que declararon quienes fungieron como primeros respondientes, o sea lo testigos JOSÉ GREGORIO AGUIRRE CORRALES; LEONARDO ECHEVERRI LÓPEZ y DIEGO SERNA RUIZ[[8]](#footnote-8), quienes aseveran que al difunto lo encontraron en posición decúbito abdominal, o sea boca abajo, yaciendo sobre el andén a un lado de la vía, y que en sus manos sostenía una botella de pegante.

Tales pruebas al ser apreciadas en forma conjunta arrojan como único resultado posible el consistente en que JOHN CHRISTIAN TAPIAS fue agredido a mansalva con un arma de fuego en el momento en el que Él se encontraba de espaldas en una posición inferior a la de su atacante, lo cual también quiere decir que el asesino estaba por encima de Él.

III. La Sala no puede desconocer que entre el Procesado y la victima existía una especie de animosidad, en virtud de la cual las veces en las que JOHN CHRISTIAN TAPIAS veía a JONATHAN HENAO, procedía a agredirlo por las vías de hecho y de palabras; siendo al parecer la fuente de esas malquerencias el disgusto que sintió el hoy difunto JOHN CHRISTIAN TAPIAS por él apoyó que JONATHAN HENAO le brindó a su tío JOSÉ NOERBEY HENAO GALLEGO, quien en un par de ocasiones había sido víctima de una serie de agresiones que *(A) “Chicha”* le había perpetrado mediante el empleo de un arma blanca, como retaliación porque los vecinos del barrio dejaron de usarlo para desempeñar las labores de mandadero, al preferir los servicios ofrecidos por JOSÉ NOERBEY HENAO, quien no se quedaba con las vueltas.

Tal situación de enemistad habida entre el procesado y la víctima, se podría erigir como prueba del hecho indicador del indicio del móvil para delinquir, en virtud del cual por parte del procesado había una razón para proceder de la forma como lo hizo en contra del hoy difunto.

En síntesis, frente al anterior panorama probatorio, la Sala válidamente puede llegar a la conclusión consistente en que el proceso probatoriamente no estaban dados varios de los requisitos para la procedencia de la justificante de la legítima defensa, por lo que el procesado no pudo haber obrado en tal sentido, si nos atenemos a lo siguiente:

* No es probable que existiera una agresión actual o inminente por parte del víctima en contra del procesado, debido a que las pruebas habidas en el proceso han sido contundentes en demostrar que ello no era posible, como consecuencia del no hallazgo en poder del cuerpo del óbito de arma de fuego alguna; lo cual no aconteció con el Procesado, quien fue capturado en el preciso momento en el que pretendía deshacerse de unas armas de fuego.
* No se avizora que el agresor haya actuado con ánimo defensivo, debido a que la víctima fue agredida por la espalda en el momento en el que el atacante se encontraba en una posición superior; por lo que es posible que como consecuencia de la enemistad habida entre la víctima y el victimario, se tornase como probable que este último actuara con ánimo vindicatorio.
* No existió ninguna especie de equilibrio entre los contendientes, porque mientras que uno de ellos estaba desarmado, el otro estaba armado con un par de revólveres. Además la reacción del agresor fue desmedida cuando procedió a infligirle a la víctima seis disparos por la espalda.

Por lo tanto, si en el presente asunto no se cumplen con los presupuestos para la procedencia de la causal de exclusión de la responsabilidad penal de la legítima defensa, si nos retrotraemos a lo dicho en párrafos anteriores, es obvio que no se puede hablar de la atemperante punitiva de los excesos de esa justificante.

Siendo así las cosas, la Sala reitera que no puede ser de recibo las excusas invocadas por el Procesado JONATHAN HENAO DUQUE cuando absolvió testimonio en el juicio, con el cual pretendió amparar su proceder bajo la egida de haber actuado en un exceso en la legitima defensa, puesto que las pruebas habidas en el proceso han sido lo suficientemente contundentes en demostrar que tal legítima defensa no existió, y más por el contrario el procesado, envenenado por los sentimientos de enemistad que le profesaba a la víctima, decidió terminar con su vida de manera alevosa y traicionera al propinarle seis disparos por la espalda con un arma de fuego de la cual carecía de permiso para su porte.

En resumidas cuentas, al encontrar la Sala acertado los reproches formulados por los recurrentes, puesto que en efecto el Juez de primer nivel si incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por los apelantes, se procederá a modificar el fallo opugnado, y en consecuencia se declarara la responsabilidad penal endilgada en contra del procesado JONATHAN HENAO DUQUE por incurrir en la comisión de los delitos de Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego, respectivamente tipificados en los artículos 104, # 4º y 7º y 365 C.P.

Como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad criminal pregonada en contra del Procesado JONATHAN HENAO DUQUE, le corresponde ahora a la Colegiatura llevar a cabo las correspondientes operaciones de dosimetría punitivas, a fin de determinar las penas a imponer, para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

* El delito de homicidio agravado, tipificado en el artículo 104, # 4º y 7º C.P. es sancionado con una pena de prisión que oscila entre 400 a 600 meses*.*
* Al aplicar el sistema de cuartos, teniendo en cuenta que en contra del declarado penalmente responsable no se le endilgaron circunstancias genéricas de mayor punibilidad y aunado a que en su favor tiene la circunstancia de menor punibilidad de la no existencia antecedentes penales, acorde con lo establecido en el inciso 2º del articulo 61 C.P. se debe acudir a los cuartos mínimos de punibilidad, los cuales oscilarían de 400 hasta 450 meses de prisión.
* Para individualizar las penas, se tendrá en cuenta factores tales como el mayor juicio de reproche y la mayor alarma social que generó el proceder del procesado, quien de una manera vil y desalmada asesinó a mansalva su enemigo en el momento en que él se encontraba desprevenido. Tales circunstancias, acorde con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y de necesidad, inciden para que no se pueda partir de las penas mínimas, las cuales han de ser incrementadas en un 30%[[9]](#footnote-9), arrojando de esa forma el siguiente resultado 415 meses de prisión.
* En lo que tiene que ver con el otro delito concursante, o sea el de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tipificado en el artículo 365 C.P. el cual es sancionado con una pena de 108 a 144 meses de prisión.
* Al aplicar el sistema de cuartos, teniendo en cuenta lo dicho con antelación, se debe acudir a los cuartos mínimos de punibilidad, los cuales oscilarían de 108 hasta 117 meses de prisión.
* Al individualizar las penas para este delito, aplicando los mismos criterios del *A quo,* se debe fijar una que corresponda al mínimo, o sea a 108 meses de prisión.

Como quiera que en el presente asunto nos encontramos en presencia de un concurso de conductas punibles, al aplicar las reglas consagradas en el artículo 30 C.P. la Sala tomará como delito base el de homicidio por ser el de mayor gravedad punitiva, a cuya pena de 415 meses de prisión se le incrementara en la mitad del mínimo del delito concursante, o sea en 54 meses, para de esa forma arrojar una pena efectiva a imponer de 469 meses de prisión, que equivaldrían a 39 años y 1 mes de prisión.

En el tema relacionado con la dosificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, acorde con lo consignado en el inciso 3º del artículo 52 C.P. vemos que ésta en un principio correspondería a un tiempo igual al de la pena de prisión, pero sin que exceda de los 20 años - según las voces del inciso 1º del artículo 51 ibídem- y como quiera que la pena de prisión impuesta al Procesado rebasa con creces dichos limites, ello quiere decir que la misma deba corresponder a 20 años.

De igual forma, acorde con lo consignado en los artículos 100 C.P. y 82 C.P.P. se ordenara el comiso, con destino a la Fiscalía General de la Nación, de las armas de fuego que le fueron incautadas al procesado al momento de su captura, en atención a que se está en presencia de instrumentos utilizados para la comisión de los delitos por los cuales se declaró la responsabilidad penal endilgada al procesado JONATHAN HENAO DUQUE.

Finalmente, en lo que atañe con el tema de los subrogados y sustitutos penales, la decisión tomada por el *A quo* se mantendrá en firme, porque efectivamente no se cumplen con los requisitos para que el declarado penalmente responsable pueda hacerse acreedor de los mismos.

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:** **MODIFICAR** la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 23 de Septiembre del 2.013, en el sentido de declarar la responsabilidad criminal del Procesado **JONATHAN HENAO DUQUE** por incurrir en la comisión de los delitos de Homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego, tipificados en los artículos 104, # 4º y 7º y 365 C.P.

**SEGUNDO:** En consecuencia, se CONDENA al procesado JONATHAN HENAO DUQUE a purgar una pena principal de 39 años y 1 mes de prisión, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años.

**TERCERO: ORDENAR**, con destino a la Fiscalía General de la Nación, el comiso de las armas de fuego que le fueron incautadas al procesado JONATHAN HENAO DUQUE al momento de su captura.

**CUARTO: MANTENER** en firme el fallo opugnado en todo aquello que atañe con la negativa del no reconocimiento en favor del Procesado JONATHAN HENAO DUQUE del disfrute de subrogados y sustitutos penales.

**QUINTO: DECLARAR** que en contra del presente fallo de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: Manual de Derecho Penal. Parte General. Página # 513. 5ª Edición. 2.013. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. [↑](#footnote-ref-1)
2. Es de anotar que el error de prohibición admite dos modalidades: la directa o abstracta y la indirecta o concreta. El error directo tiene ocurrencia cuando el sujeto agente desconoce o no sabe de la existencia de la prohibición contenida en la norma, lo cual se puede dar sobre la ignorancia de la ley, sobre su validez, o sobre su ámbito de aplicabilidad. Mientras que, en el error indirecto, a pesar que el actor tiene conocimiento sobre la prohibición, cree que su proceder es legítimo porque erróneamente considera que el mismo se encuentra amparado por una causal que excluye la antijuridicidad de su comportamiento, lo que sucede cuando el yerro recae sobre la existencia de la justificante o sobre los límites de la misma. [↑](#footnote-ref-2)
3. # 11º articulo 32 C.P. [↑](#footnote-ref-3)
4. El texto se refiere es al Decreto-Ley # 100 de 1.980, que corresponde el código penal derogado por el estatuto penal sustantivo vigente, o sea la Ley 599 de 2.000. [↑](#footnote-ref-4)
5. REYES ECHANDÍA, ALFONSO: Manual de Derecho Penal. Parte General. Paginas # 310 y 311. 10ª edición. 1.986. Editorial Universidad Externado de Colombia. (Subrayas en negrilla por fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-5)
6. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: Obra citada, página # 512. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sobre este tópico específico nos referimos al Policial LEONARDO ECHEVERRI LÓPEZ, quien adveró que estaba patrullando y al ser alertado por la radio del tiroteo, de manera inmediata procedió a dirigirse hacia el sitio de su origen. [↑](#footnote-ref-7)
8. Quien elaboró un álbum fotográfico, cuyas imágenes nos enseñan el sitio de la vía en donde yacía el cadáver y en qué posición se encontraba. [↑](#footnote-ref-8)
9. Que correspondería a un incremento de 15 meses. [↑](#footnote-ref-9)