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 – 09 de junio de 2017

Proceso: Penal – Confirma sentencia condenatoria

Radicación Nro. : 660016000035200801153

Procesado: JOSÉ ALEXANDER ZAMORA GUABA

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: HOMICIDIO AGRAVADO.** [L]a realidad probatoria es lo suficientemente contundente en enseñarnos que el Procesado, como consecuencia de un acto de intolerancia, quiso atentar en contra de la humanidad de quien en vida respondía por el nombre de JOHN BERRIO LÓPEZ, lo que en efecto consiguió, razón por la que se puede decir con suficiencia que el deceso del antes aludido no fue producto de algo previsible cuya causación se dejó al azar. En resumidas cuentas, la Sala es de la opinión que la Jueza *A quo* no incurrió en los errores de apreciación probatoria denunciadas por el apelante, porque en efecto las pruebas habidas en el proceso demostraban sin lugar a ningún tipo de dudas que en el presente asunto nos encontrábamos en presencia de un delito doloso de homicidio agravado, y no de un reato culposo de homicidio simple como de manera errado lo adujo la Defensa.

**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 SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta # 524 del 8 de junio de 2017. H: 3:40 p.m.

Pereira, nueve (9) de Junio de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:14 a.m.

Procesado: JOSÉ ALEXANDER ZAMORA GUABA

Delitos: Homicidio agravado.

Radicado # 660016000035200801153

Procede: Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira

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

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de alzada interpuesto por la Defensa del Procesado **JOSÉ ALEXANDER ZAMORA GUABA** en contra de la sentencia proferida en las calendas del 7 de junio del 2.012 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, en la cual se declaró la responsabilidad penal del aludido procesado por incurrir en la comisión del delito de homicidio agravado.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura están relacionados con el deceso de quien en vida respondía por el nombre de JOHN BERRIO LÓPEZ, el cual fue ultimado de un balazo propinado con un arma de fuego que hizo diana en el rostro, más exactamente en el parpado inferior derecho, en el preciso momento en el que era trasportado en la parte posterior de un vehículo de la policía nacional tipo panel con destino hacia la estación de policía del barrio de *Cuba* de esta municipalidad a eso de las 06:50 horas del 26 de mayo del 2.008.

Según se dice en el escrito de acusación, el hoy difunto JOHN BERRIO LÓPEZ había sido arrestado por efectivos de la policía nacional, comandados por el Subteniente JOSÉ ALEXANDER ZAMORA GUABA, en una vivienda ubicada en el barrio *Atenas Perla del Otún*, debido a que en estado de beodez había protagonizado con otro ciudadano unos escándalos y una riña. Como quiera que BERRIO LÓPEZ había opuesto resistencia al arresto, aunado que se encontraba exaltado, los policiales procedieron a esposarlo para luego montarlo en la parte posterior de un vehículo tipo furgón.

En el devenir del trayecto que conducía hacia la estación de policía de *Cuba*, el ciudadano arrestado asumió un comportamiento agresivo e irrespetuoso al golpear la radio patrulla, insultar a los policiales a quienes también les hacia una serie de reclamos y convites para que pelearan, e igualmente les solicitaba que le aflojaran las esposas, las cuales le tallaban las manos. Ante lo reiterativo de la actitud pendenciera asumida por el JOHN BERRIO LÓPEZ, el Subteniente JOSÉ ALEXANDER ZAMORA procedió a solicitarle que se calmara, pero como quiera que el capturado no atendió esos requerimientos, el aludido oficial de la policía nacional hizo uso de su arma de dotación, la que asomó por la rejilla que comunicaba la parte anterior, o sea la cabina, con la posterior del rodante, la cual fue accionada en contra de la humanidad del capturado en el momento en el que este se encontraba esposado y bajo los efectos de licor, lo que ocasionó su inmediato deceso.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 28 de mayo del 2.008 ante el Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, en las cuales se le imprimió legalidad a la captura del entonces indiciado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA GUABA, a quien luego se le enrostraron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito homicidio agravado. Posteriormente al procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El 2 de septiembre del 2.008, la Fiscalía presentó el escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, cuyo titular llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación en sesiones celebradas en los días: 23 de septiembre del 2.008; 22 de enero, 25 de febrero, 23 de octubre y 24 de noviembre del 2.009, y 20 de agosto del 2.010[[1]](#footnote-1), vista en la cual la Fiscalía le endilgó cargos a los procesados por incurrir en la presunta comisión del delito de homicidio agravado, tipificado en el artículos 104, # 7º, C.P.
3. El 10 de diciembre del 2.010 se celebró la audiencia preparatoria, mientras que el juicio oral se llevó a cabo los días 13 y 14 de junio del 2.011; 25 y 26 de agosto del 2.011; 21 de febrero del 2.012 y 8 de mayo del 2.012. El 7 de junio del 2.012 se profirió la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.
4. Ante una solicitud de impedimento deprecada por el apelante, dos de los miembros de esta Colegiatura, mediante auto del 21 de abril hogaño decidieron declararse impedidos, lo cual fue avalado por quien ahora funge como magistrado ponente por auto del 26 de abril de los corrientes, decisión en la cual se ordenó la designación de unos conjueces.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, en las calendas del 7 de junio del 2.012, mediante cual se declaró la responsabilidad penal del Procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA GUABA por incurrir en la comisión del delito de homicidio agravado.

Como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad penal endilgada al Procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA GUABA, el susodicho fue condenado a purgar una pena de 400 meses de prisión.

Los argumentos aducidos por la Jueza de primer nivel para declarar la responsabilidad criminal del Procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA GUABA, los podemos sintetizar de la siguiente manera:

* Con la necropsia forense, se demostró la muerte de quien en vida respondía por el nombre de JOHN BERRIO LÓPEZ, la cual fue ocasionada por un impacto de un proyectil disparado por un arma de fuego.
* El deceso de JOHN BERRIO LÓPEZ ocurrió cuando se encontraba en estado de indefensión, ya que fue muerto en el momento en el que estaba esposado en el interior de un vehículo de la policía nacional y bajo los efectos de la ebriedad etílica.
* Acorde con el testimonio de los policiales ARIEL MAURICIO ANDICA y ANDRÉS FELIPE RODRÍGUEZ, el hoy óbito fue arrestado en un procedimiento policivo por encontrarse alterando el orden público cuando se encontraba en estado de ebriedad.
* Según el testimonio del policial ANDRÉS FELIPE RODRÍGUEZ, cuando transportaban al hoy óbito en un vehículo tipo panel de la policía nacional, el Sr. JOHN BERRIO LÓPEZ se encontraba alterado, los insultaba y golpeaba el rodante, y ahí fue cuando escuchó decir al teniente JOSÉ ALEXANDER ZAMORA que lo tenía mamado, quien se volteo y accionó su arma de dotación oficial en contra de JOHN BERRIO LÓPEZ.
* El comportamiento endilgado al Procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA debe ser catalogado doloso y no como culposo porque: a) Por su condición de oficial de la Policía Nacional tenía un conocimiento y una capacitación en el manejo de las armas y de las consecuencias que podía genera su uso en espacios pequeños, la cual no es otra que la amplia probabilidad de atinar en la humanidad de las personas que se encuentren en tales sitios; b) Existía un móvil por parte del procesado, el cual no era otro diferente del de aplacar los constantes insultos e improperios que le victima les hacía, la cual en su estado de ebriedad consideraba como injusta su detención; c) No existía una razón que justificará su comportamiento de sacar un arma de fuego, porque en el trayecto del viaje momento alguno se presentaron circunstancias que podían ser consideradas como una amenaza o peligro para las personas que se movilizaban en el vehículo policial.

En síntesis, acorde con lo antes expuestos argumentos, la *A quo* procedió a dictar un fallo en el que se declaró la responsabilidad criminal del Procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA GUABA por incurrir en la comisión del delito de homicidio agravado doloso.

**LA ALZADA:**

La inconformidad expresada por la apelante en contra del fallo confutado, gira en torno de proponer las siguientes tesis:

* El proceso se encuentra viciado de nulidad como consecuencia de una serie de irregularidades que vulneraron el debido proceso generada por la vulneración del principio de la imparcialidad por parte de la Jueza de primer nivel, quien inclinó la balanza en favor de la hipótesis de la Fiscalía porque con antelación había expresado su opinión y por ende prejuzgado en el sentido de aseverar que el procesado debía ser declarado culpable por incurrir en la comisión del delito de homicidio agravado, lo que posteriormente se reflejó en el sentido del fallo y el fallo.

Asevera el recurrente que tal violación del principio de la imparcialidad acaeció a partir del 24 de noviembre de 2.009 cuando las partes presentaron un preacuerdo en el cual se pactaba que el procesado admitía su responsabilidad penal por incurrir en la comisión del delito de homicidio simple y que en compensación se le concedía un descuento punitivo del 40% de las penas a imponer. Pero dicho preacuerdo no fue aprobado por la Jueza de primer nivel, quien adujo que se estaba en presencia de un delito de homicidio agravado, en atención a que el Procesado se aprovechó del estado de indefensión en el que se encontraba la víctima.

Tal situación, le hace colegir al apelante que la Jueza de primer nivel no era prenda de garantía para el proceso debido a que estaba contaminada con el conocimiento previo que tenia de los medios de pruebas.

* La conducta endilgada en contra del Procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA se adecuaba típicamente en el delito de homicidio culposo y no en el de homicidio agravado doloso.

Para llegar a la anterior conclusión, alega el apelante que la muerte de JOHN BERRIO LÓPEZ fue producto de un lamentable accidente generado como consecuencia del manejo imprudente y negligente en el que incurrió el procesado con su arma de dotación, quien en momento alguna quiso hacerle daño al hoy óbito, pues, ante los improperios que le profería el capturado, lo único que hizo fue pretender aplacarlo al pretender golpear con su arma de dotación la rejilla interna del vehículo que divide el espacio en donde están ubicados los retenidos, con tan mala suerte que accionó dicho instrumento bélico.

Arguye el recurrente que la Fiscalía en momento alguno demostró el dolo, porque lo único que acreditó en el proceso fue la materialidad de los hechos, lo cual ha sido admitido y aceptado por el Procesado quien desde un principio ha suscrito dos preacuerdos en tales términos, los cuales no fueron aprobados por la Judicatura.

Con base en lo anteriores argumentos, el apelante solicita la revocatoria del fallo opugnado y la consecuente declaratoria de responsabilidad criminal de los procesados o que en su defecto se decrete la nulidad de la actuación procesal.

**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 desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Se encuentra viciada de nulidad la actuación procesal por haber sido socavado el debido proceso como consecuencia de la presunta vulneración del principio de la imparcialidad por parte de la Jueza de primer nivel?

¿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 demostraban que la conducta endilgada en contra del Procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA se adecuaba típicamente en el delito de homicidio culposo y no en el de homicidio agravado doloso?

**- Solución:**

**1. Los cargos de nulidad procesal:**

Una de las inconformidades planteadas por el recurrente en la sustentación de la alzada, radica en proponer la tesis consistente en que la actuación procesal se encuentra viciada de nulidad porque en sentir del apelante se conculcó el debido proceso por vulnerarse el principio de la imparcialidad generado por unos supuestos prejuzgamientos en los que incurrió la Jueza de Primer nivel respecto de unas causales de agravación punitivas que no fueron incorporadas en un fallido preacuerdo, de las cuales se hizo referencia tanto en el anuncio del sentido del fallo como en el fallo.

Ante tal situación, a fin de verificar si le asiste o no la razón a la tesis de la inconformidad expresada por el apelante, la Sala llevara a cabo un breve análisis del principio de la imparcialidad y de las consecuencias que generaría su desconocimiento, lo cual a su vez será confrontado con la realidad procesal.

Como punto de partida se ha de tener en cuenta que el Principio de la Imparcialidad hace parte de ese cumulo de garantías procesales que acorde con las voces del artículo 29 de la Carta han sido denominadas como Debido Proceso; pero es importante resaltar que si bien es cierto que del contenido de la redacción del artículo 29 C.N. dicho principio no aparece enunciado de manera expresa en dicha norma, ello no constituye óbice alguno para negar la existencia del mismo, puesto que el principio de marras se encuentra incorporado dentro de las garantías procesales reguladas en el # 1º del artículo 8º de la Ley 16 de 1.972[[2]](#footnote-2), lo que según las voces del artículo 93 de la Carta, hace parte de la legislación interna acorde con los postulados del bloque de constitucionalidad; e igualmente porque fue consagrado de manera expresa en el artículo 5º C.P.P. en la doble condición de principio rector y garantía procesal.

Actuando en esa doble condición de *“principio rector y de garantía procesal”*, el Principio de la Imparcialidad tiene como objeto el procurar que durante el desarrollo del proceso, este sea presidido, dirigido y decidido por un tercero ajeno a las partes en conflicto, quien actuará de manera objetiva, ecuánime y neutral, sin procurar inclinar la balanza de la justicia ya sea en favor de la acusación o de los intereses de la defensa. Además, dicho tercero, tendrá la misión de garantizar y efectivizar la protección de los Derechos y las Garantías Fundamentales de las partes y de los demás intervinientes en el proceso.

Sobre este Principio, la Sala considera pertinente traer a colación lo que la Corte ha expuesto de la siguiente manera:

*“La imparcialidad, en cambio, se relaciona con la forma en que el juez se posiciona ante el objeto del proceso y la pretensión de las partes, de manera que sea equidistante de éstas y distante del conflicto que debe resolver, esto con el fin de que el fallador pueda analizar y concluir con objetividad cuál es la más ecuánime y justa manera de adjudicar la controversia o dictar sentencia.*

*En otras palabras, el juez sólo puede decidir con justicia si es imparcial, y este atributo se concreta cuando no tiene inclinación de ánimo favorable o negativo respecto de cualquiera de las partes, ni interés personal alguno acerca del objeto del proceso…”[[3]](#footnote-3).*

La consecuencia lógica de la vulneración o la trasgresión del Principio de la Imparcialidad es la declaratoria de nulidad del proceso, en atención que con tal proceder se estaría afectando una de las garantías fundamentales del derecho Procesal, como lo es el Debido Proceso. Tal situación, lo ha exaltado la Corte de la siguiente manera:

*“La imparcialidad del juez, como aspecto basilar que recoge la Ley 906 de 2004, es elemento esencial del debido proceso, garantía para salvaguardar el Estado de Derecho y soporte de la legitimación y credibilidad social de la sentencia. Los juicios en los cuales el juez asume los intereses de una parte como propios, se encuentran viciados de nulidad y la sentencia que en dicho juicio se produce viola los derechos fundamentales de las partes a un juez independiente e imparcial…”[[4]](#footnote-4).*

De lo antes expuesto, se puede colegir que se incurre en una violación del Principio de la Imparcialidad, cuando la intervención del Juez no es neutral ni ecuánime, lo que conlleva a que la balanza de la administración de la justicia se incline en favor de alguna de las partes en conflicto. Tal situación podría acontecer, a modo de ejemplo, en aquellos eventos en los que el Juez de la Causa, con su intervención en el desarrollo del proceso, usurpe los roles que son propios de alguna de las partes en conflicto, al asumir funciones afines a las de la acusación o de la defensa, para así desarrollar una propia teoría del caso, lo que es algo ajeno al contexto dialectico que es característico de los esquemas procesales penales con tendencia acusatoria, en los cuales son las partes quienes le ofrecen al tercero imparcial sus teorías o hipótesis para la solución de un conflicto, quien con base en esas tesis llega a una conclusión objetiva que se refleja en la sentencia. Igualmente la vulneración del aludido principio se podría presentar en aquellas hipótesis en los cuales el director del proceso incumple con la obligación o el deber que le asiste de declararse impedido en caso de encontrarse inmerso dentro de algunas de las causales de impedimentos y de recusaciones.

En el caso en estudio se dice por parte del apelante que la Jueza de primer nivel tenía seriamente comprometida su imparcialidad por haber prejuzgado como consecuencia del conocimiento previo que tuvo de las pruebas de cargo, lo que tuvo ocurrencia a partir del momento en el que decidió improbar un preacuerdo al expresar su opinión en el sentido de aseverar que la conducta endilgada al procesado no se adecuaba típicamente en el delito homicidio simple sino en el de homicidio agravado, según la hipótesis del # 7º del articulo 104 C.P. lo cual para la Sala es una verdad a medias más bien propia de la tergiversación de la forma como se desarrolló el proceso en la fase de la acusación, porque a pesar de ser cierto que en efecto en el devenir de la audiencia de acusación celebrada el 24 de noviembre del 2.009, las partes le pusieron a consideración de la Judicatura un preacuerdo en el que se estipuló que el delito por el cual se acusaba al procesado era el de homicidio simple[[5]](#footnote-5), quien por aceptar tales cargos se haría merecedor de un descuento punitivo del 40%; también es cierto que en momento alguno la Jueza Cognoscente, para improbar dicho preacuerdo, llevó a cabo unos sesudos análisis y profundas apreciaciones del caudal probatorio descubierto por la Fiscalía, que eventualmente haya contaminado su imparcialidad, porque tal decisión esencialmente se fundamentó en la narración que el Ente Acusador hizo en el escrito de acusación de los hechos, del cual se desprendía, sin necesidad de hacer grandes elucubraciones mentales, que el presunto delito de homicidio se perpetró en el preciso momento en el que la víctima se encontraba en estado de indefensión, si se tenía en cuenta que acorde con el contenido del contexto factico expresado en el libelo acusatorio, cuando la víctima fue abaleada, Ella se encontraba esposada y en estado de embriaguez etílica, lo que obviamente se adecuaría a la hipótesis de homicidio agravado tipificado en # 7º del articulo 104 C.P.

En síntesis, lo enunciado en los párrafos anteriores nos estaría indicando, contrario a lo reclamado por el apelante, que en momento alguno la Jueza de primer prejuzgó al *contaminar* o comprometer su criterio como consecuencia de la decisión tomada en la audiencia llevada a cabo el 24 de noviembre del 2.009, porque, se reitera, la *A quo* no hizo ningún tipo de análisis profundo del acervo probatorio, y más por el contrario esencialmente fundamentó su decisión con base en la realidad fáctica expresada por la Fiscalía en el libelo acusatorio, la que sin hesitación alguna indicaba que se estaba en presencia de un presunto delito de homicidio agravado perpetrado cuando presuntamente la víctima se encontraba en condiciones de indefensión o de inferioridad respecto del homicida.

Pese a lo anterior, bien vale la pena anotar que una vez que fueron desatados por esta Colegiatura los recursos que se interpusieron en contra de la decisión tomada por la *A quo* en la vista pública celebrada el 24 de noviembre del 2.009, la Jueza de primer nivel, mediante providencia del 8 de junio del 2.010, decidió declararse impedida al invocar la causal consagrada en el # 4º del articulo 56 C.P.P. pero tal decisión no fue avalada por esta Corporación Judicial mediante auto del 7 de julio del 2.010[[6]](#footnote-6).

Lo antes expuesto, nos enseñaría que el debate propuesto por el recurrente respecto de la vulneración del principio de la imparcialidad debe ser considerado como algo trasnochado y un tanto fuera de contexto, porque el mismo ya había sido zanjado y superado por esta Colegiatura cuando decidió no avalar la declaratoria de impedimento de la Jueza de primer nivel, la que coincidencialmente tiene un común denominador con lo reclamado como causal de nulidad por el apelante, lo cual quiere decir que las maculas que con posterioridad surgieran respecto de la imparcialidad de la *A quo* ya habían sido despejadas o disipadas a partir del momento en el que se resolvió todo lo relacionado con la negativa de la declaratoria de impedimento.

Es más, como argumento que apalancaría aun mas lo antes expuesto, es menester tener en cuenta que el recurrente olvida que el tema de la calificación jurídica dada a los hechos ya fue objeto de un arduo debate suscitado cuando el 23 de septiembre del 2.008 se instaló la audiencia de acusación, vista en la cual la Defensa deprecó la nulidad de la actuación procesal por haberse violado el debido proceso al desconocerse la realidad fáctica porque en su sentir erróneamente se imputaron en contra del acusado agravantes inexistentes.

Tal petición de nulidad procesal fue despachada desfavorablemente por el Juzgado Cognoscente, siendo objeto de un recurso de apelación que fue desatado por parte de esta Colegiatura el 24 de noviembre del 2.008, en donde se confirmó el auto de primera instancia.

En resumidas cuentas, acorde con lo antes expuesto, la Colegiatura es de la opinión que la tesis anulatoria de la discrepancia propuesta por el apelante no puede prosperar por lo siguiente:

* El tema relacionado con la nulidad del proceso, acorde con la hipótesis propuesta por el apelante, fue algo ampliamente debatido en otros estadios procesales que antecedieron a la sentencia.
* En momento alguno la *A quo* en la providencia proferida en la audiencia llevada a cabo el 24 de noviembre del 2.009 comprometió su criterio ni su imparcialidad, puesto que en dicha decisión no se fundamentó en elucubraciones jurídica llevadas a cabo frente a los medios de conocimiento descubiertos por la Fiscalía.
* Las eventuales dudas que surgirían por la supuesta imparcialidad de la *A quo* fueron zanjadas y despejadas a partir del momento en el que esta Corporación Judicial, mediante auto del 7 de julio del 2.010, decidió no aceptar su declaratoria de impedimento para seguir conociendo el proceso.

En consecuencia de todo lo antes expuesto, La Sala no accederá a la petición nulidad procesal deprecada por el apelante.

**2. Los errores probatorios que conllevaron a la equivocada calificación jurídica dada a los hechos, los que no se adecuaban típicamente en el delito de homicidio agravado doloso sino en el de homicidio simple culposo.**

La tesis propuesta mediante el presente cargo por el apelante, radica en denunciar la ocurrencia de un error en la calificación jurídica dada a los hechos, en especial en lo que atañe con el tipo subjetivo, ya que en sentir del recurrente el comportamiento enrostrado en contra del procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA no se adecuaba típicamente en el delito de homicidio doloso agravado sino en el de homicidio culposo, en atención a que la Fiscalía no pudo comprobar que el acusado haya actuado con propósito homicida, puesto que no tuvo ninguna intención de segarle la vida al hoy óbito JOHN BERRIO LÓPEZ, lo cual fue producto de una lamentable imprudencia y negligencia en la que incurrió el acriminado al momento de manipular su arma de fuego de dotación oficial.

Por lo tanto, como quiera que el eje central de la controversia propuesta por el recurrente gira en torno a determinar si en la actuación procesal habían o no suficientes elementos de juicio que demostraban la existencia del comportamiento doloso enrostrado al procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA, la Sala procederá a efectuar un análisis del acervo probatorio a fin de verificar si en verdad le asiste o no la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, quien aduce la existencia de un delito de homicidio culposo, o si por el contrario la Jueza de primer nivel atinó en la calificación jurídica del tipo subjetivo del delito de homicidio, la que correspondía a la modalidad dolosa.

Como punto de partida para desatar el antes enunciado entuerto, la Sala tendrá como hechos ciertos y plenamente acreditados en el proceso los siguientes:

* Está demostrado el violento deceso de quien en vida respondía por el nombre de JOHN BERRIO LÓPEZ, siendo la causa de la muerte, acorde con el informe pericial de necropsia, una herida ocasionada con un proyectil disparado por un arma de fuego, tipo revolver calibre .38, que le impactó en el rostro a la altura del parpado inferior izquierdo.
* Todas las personas que rindieron testimonio en el juicio, son coincidentes en establecer que el deceso del hoy difunto JOHN BERRIO LÓPEZ tuvo ocurrencia en el interior de un vehículo de la Policía Nacional, tipo furgoneta, de placas NMF-130, en cuya parte posterior era transportado JOHN BERRIO LÓPEZ, quien instantes antes había sido arrestado por protagonizar una gresca con otro ciudadano en el momento en el que se encontraba bajo los efectos del licor.
* Acorde con lo manifestado por los policiales que intervinieron en el operativo que produjo el arresto de JOHN BERRIO LÓPEZ, Vg. WILMAR ANDRÉS SANTANA MARQUES y CARLOS ANDRÉS VARGAS CUARTAS, ellos se vieron en la necesidad de esposarlo debido a que el aludido opuso resistencia al arresto, porque como consecuencia de su estado de ebriedad sus ánimos estaban exaltados y alterados, asumiendo una actitud agresiva.
* Ha sido aceptado y admitido por las partes que el autor del homicidio del hoy óbito JOHN BERRIO LÓPEZ, fue el ahora Procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA, de quien se dice por parte de los testigos ARIEL MAURICIO ANDICA y ANDRÉS FELIPE RODRÍGUEZ ECHEVERRI, accionó un arma de fuego por una rejilla que permite la comunicación entre la cabina anterior del vehículo y el cubículo habido en su platón posterior. Lo que obtiene eco en una de las estipulaciones probatorias acordadas por las partes, quienes dieron por probado y por ende como cierto lo consignado en un informe pericial en el que se reporta el hallazgo de residuos de disparos en la malla metálica habida en la aludida rejilla divisoria.
* Del contenido de los testimonios rendidos por los policiales WILMAR ANDRÉS SANTANA MARQUES; CARLOS ANDRÉS VARGAS CUARTAS y ANDRÉS FELIPE RODRÍGUEZ ECHEVERRY, se desprende que la primera reacción del subteniente JOSÉ ALEXANDER ZAMORA para justificar lo acontecido, fue la de argüir que habían sido víctimas de un ataque alevoso propiciado por unos sujetos que se movilizaban en una motocicleta, los cuales abalearon el vehículo de la policía nacional. Para abonar dicha tesis, se tiene que acorde con la inspección que los efectivos de la policía judicial le practicaron al rodante en cuyo interior ocurrieron los hechos, Vg. PAULA ANDREA SÁNCHEZ BEDOYA, encontraron en su parte externa, en uno de sus costados, una abolladura tipo oquedad, producida por un impacto de arma de fuego, como bien se puede percibir en las imágenes # 05 y 06 consignadas en el álbum fotográfico elaborado por el perito experto en balística forense OLAV FERNÁNDEZ VARÓN.
* El entramado montado por el subteniente JOSÉ ALEXANDER ZAMORA se vino al piso a partir del momento en el que el policial ANDRÉS FELIPE RODRÍGUEZ ECHEVERRI tuvo un reato de conciencia que lo impulsó a confesarle a sus superiores lo que en verdad había pasado, en el sentido que las cosas no sucedieron de esa manera, como bien se desprende de lo atestado tanto por el aludido RODRÍGUEZ ECHEVERRI como por parte de JULIÁN AUGUSTO ZAPATA CORRALES.

Ahora, a fin de determinar si el comportamiento enrostrado al Procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA, debe ser considerado como delito doloso o culposo, las pruebas habidas en el proceso nos señalan lo siguiente:

* Los testigos ARIEL MAURICIO ANDICA y ANDRÉS FELIPE RODRÍGUEZ ECHEVERRI, quienes viajaban en el rodante en el que ocurrieron los hechos respectivamente en calidad de arrestado y de conductor, son coincidentes en aseverar que desde un principio JOHN BERRIO LÓPEZ había asumido una actitud pendenciera y agresiva, tanto es así que golpeaba el vehículo e insultaba a los policiales, lo que colmó la paciencia del subteniente JOSÉ ALEXANDER ZAMORA, quien decidió hacer uso de su arma de fuego de dotación oficial con las consecuencias ya sabidas por todos.

Para llegar a la anterior conclusión, o sea que el comportamiento camorrista asumido por JOHN BERRIO LÓPEZ fue el catalizador de la intolerante reacción del Procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA, basta con apreciar lo adverado por ARIEL MAURICIO ANDICA, quien aseveró que ante los constantes insultos y ofensas prodigados por JOHN BERRIO LÓPEZ, uno de los policiales que iba en la cabina del vehículo en varias ocasiones lo recriminó para que se callara porque si no lo mataba o le iba a disparar, lo cual en efecto ocurrió de un momento a otro.

Lo atestado por ARIEL MAURICIO ANDICA, de una u otra forma encuentra eco en las declaraciones rendidas por ANDRÉS FELIPE RODRÍGUEZ ECHEVERRI, quien expuso que ante los constantes improperios e insultos que les hacia el hoy difunto, el Teniente le manifestó que el retenido lo tenía “*mamado”*, y ahí fue cuando se dio vuelta con el arma de fuego en la mano, con la que iba a golpear la rejilla, cuando se escuchó el disparo. Es de anotar que la versión dada por el Testigo ANDRÉS FELIPE RODRÍGUEZ ECHEVERRI, respecto de la realidad de lo acontecido, fue la misma que le expuso a sus superiores jerárquicos después de sufrir un reato de consciencia, ante quienes, como bien lo adujo el testigo JULIÁN AUGUSTO ZAPATA CORRALES, expuso que el Teniente ZAMORA GUABA había disparado en contra del retenido como reacción por el acoso verbal a que venía siendo sometido.

Ahora bien, se podría decir que existen razones para dudar de la credibilidad de lo declarado por ARIEL MAURICIO ANDICA, porque acorde con las pruebas habidas en el proceso se tiene que el susodicho por la borrachera que lo aquejaba prácticamente se encontraba inconsciente, tanto es así que los policiales que lo arrestaron no se vieron en la necesidad de esposarlo. Por lo que es obvio que como consecuencia de ese estado de inconsciencia se pueda aseverar no sea posible que él haya presenciado lo que dice que presenció, pero tales óbices son disipados al analizar conjuntamente su testimonio con lo adverado por ANDRÉS FELIPE RODRÍGUEZ ECHEVERRI, ya que en ambas declaraciones existen una serie de coincidencias o puntos en común, tales como: la actitud belicosa asumida por el hoy occiso; lo que RODRÍGUEZ ECHEVERRI le dijo a su superior de *“haberla embarrado”*; la detención del rodante para verificar lo acontecido, todo lo cual nos permite inferir que ARIEL MAURICIO ANDICA en esos instantes se encontraba en una especie de estado de duermevela o de somnolencia etílica, que le permitía darse cuenta de lo que acontecía en el rodante.

* Para la Sala los testimonios rendidos por los Sres. ARIEL MAURICIO ANDICA y ANDRÉS FELIPE RODRÍGUEZ ECHEVERRI se erigirían como pruebas del hecho indicador del indicio grave del móvil para delinquir, el cual nos enseñaría como hecho oculto o desconocido el consistente en que el Procesado reaccionó de tal forma con la intención o el propósito de castigar al hoy difunto las constantes ofensas e insultos que le prodigaba a modo de protesta por su arresto.
* Las pruebas habidas en el proceso que demuestran la mendacidad del entramado urdido por el Procesado para pretender justificar lo que sucedió, tanto es así que llegó hasta el extremo de tirotear a la radiopatrulla y de convencer al policial ANDRÉS FELIPE RODRÍGUEZ para que lo acompañará en sus patrañas, son indicativas del indicio de las manifestaciones posteriores al delito, indicio este que debe ser apreciado como grave ya que no se espera que una persona que se dice inocente de un delito o que de manera accidental hizo algo indebido o ilícito, se valga de estratagemas *non sanctas* para pretender encubrir lo acontecido y de esa forma procurar su impunidad.
* Al proceso acudió a rendir testimonio el perito de la defensa IVÁN ANTONIO RICAURTE, quien en un dictamen balístico adujo que el proyectil disparado por el arma de fuego accionada por el procesado en un principio no tenía como destino la humanidad del hoy difunto, pero que si bien es cierto que lo impactó, ello se debió a que esa ojiva cuando chocó o interactuó con la malla de la rejilla divisoria se fraccionó en dos partes, una de las cuales se desvió hacia donde estaba JOHN BERRIO LÓPEZ, mientras que la otra se incrustó en uno de los paneles laterales interiores de la parte posterior de la camioneta.

Para la Sala lo dicho por el perito IVÁN ANTONIO RICAURTE no puede ser de recibo porque los hallazgos que él dice que encontró en el interior del vehículo, los que sirvieron de soporte a su opinión experta, en momento alguno fueron percibidos o descubiertos por los funcionarios de la policía judicial que momentos después de ocurridos los hechos inspeccionaron el rodante, como bien se desprende del contenido del informe de policía judicial suscrito por OLAV FERNÁNDEZ VARÓN, en el cual se asevera que en el interior del rodante no se encontraron huellas de impactos de proyectiles disparos por armas de fuego, pero que se dieron cuenta del hallazgo de una oquedad producida por un impacto de un arma de fuego, la cual se encontraba era en la parte posterior externa del vehículo.

A lo anterior, se hace necesario aunar que el perito el IVÁN ANTONIO RICAURTE inspeccionó la evidencia física más dos años después de ocurrido los hechos, y acorde con las imágenes consignadas en el álbum fotográfico elaborado por el perito de marras, de bulto se desprende que los custodios de esa evidencia física no utilizaron las medidas del caso tendientes a que no se contaminará ese elemento material probatorio y por ende se preservará tal cual como estaba para la fecha en la que ocurrieron los hechos.

Un análisis de las anteriores pruebas indiciarias, en consonancia con el resto del acervo probatorio, nos enseñaría lo siguiente:

* Si el móvil del delito consistió en castigar al hoy óbito por lo que estaba haciendo, era claro que el Procesado cuando procedió de esa forma al hacer lo que lo hizo, actuó con la inequívoca intención de causarle un daño a la víctima en su humanidad. A lo que se debe aunar que al pretender encubrir lo acontecido, también es claro que el Procesado era consciente y sabedor de la ilicitud de su proceder.
* No se avizora ningún acto de imprudencia, de negligencia o de impericia que hayan incidido de manera determinante en la ocurrencia de los hechos, porque se está en presencia de un oficial de la Policía Nacional, quien seguramente que en las escuelas de formación de dicha Institución tuvo que recibir instrucciones sobre el manejo de las armas de fuego, el peligro y los riesgos que generaba su uso, y como debía comportarse y afrontar situaciones como las acaecidas con el hoy difunto JOHN BERRIO LÓPEZ. Por lo que aquí no se advierte ninguna de las fuentes generadoras del delito culposo, sino de un típico acto de intolerancia, en virtud del cual el Procesado perdió los estribos ante las constantes ofensas e insultos que le formulaba JOHN BERRIO LÓPEZ.

Por lo tanto, para la Sala, acorde con lo antes expuesto, se puede concluir que el acriminado al momento de hacer lo que hizo, sabia de la ilicitud de su proceder y quería su realización, estructurándose de esa forma los elementos cognoscitivos y volitivos del dolo, por lo que el proceder endilgado en contra del Procesado JOSÉ ALEXANDER ZAMORA debía ser catalogado como doloso, en la modalidad directa, porque, se insiste, el acusado conocía y era consciente de lo que hacía, y quería su comisión o ejecución.

Al considerarse que el comportamiento doloso endilgado al procesado se adecua en la modalidad del dolo directo, tal situación releva a la Sala de hacer cualquier tipo de pronunciamiento respecto del dolo eventual y de la frontera oscura o difusa que existe entre dicha variedad del dolo y la culpa con representación, por lo siguiente:

* Del contenido de la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, se desprende que abogó por el reconocimiento en favor del Procesado de un delito culposo de homicidio en la modalidad de la *culpa inconsciente*, ya que el arsenal argumentativo del apelante se centró en aseverar que el acriminado no quiso hacer lo que hizo, o sea accionar el arma de fuego, ya que todo fue producto de un lamentable accidente generado por su conducta imprudente, al no prever o esperar que el arma de fuego, al ser manipulada de la forma como lo hizo, se podía accionar, como en efecto sucedió.

Contrario hubiese sido si en el escenario de la alzada se hubiese propuesto la tesis consistente en que el Procesado sí quiso accionar el arma de fuego, pero que en momento alguno deseaba lastimar a la víctima, porque solo quería asustarla, y que confiaba que por su habilidad en el manejo de esos instrumentos bélicos tal resultado aciago no se daría, con tan mala suerte que si se dio. En ese evento si estaríamos en presencia de la hipótesis de la culpa con representación, porque el sujeto agente siendo consciente del peligro o del riesgo que su comportamiento generaba, a pesar de prever tal situación, decidió seguir avante con su proceder con la esperanza de que nada malo iba a pasar.

* La característica que distingue al dolo eventual es que la finalidad del sujeto agente no es la producir el resultado antijurídico, pero reconoce o se representa la probabilidad de que éste se produzca, y por serle indiferente decide seguir avante, dejándolo todo al azar. Mientras que en el dolo directo, el resultado si es producto de lo deseado y querido por el sujeto agente.

Sobre las diferencias habidas en esas modalidades de dolo, la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable…”[[7]](#footnote-7).*

Al aplicar lo anterior al presente asunto, vemos que la realidad probatoria es lo suficientemente contundente en enseñarnos que el Procesado, como consecuencia de un acto de intolerancia, quiso atentar en contra de la humanidad de quien en vida respondía por el nombre de JOHN BERRIO LÓPEZ, lo que en efecto consiguió, razón por la que se puede decir con suficiencia que el deceso del antes aludido no fue producto de algo previsible cuya causación se dejó al azar.

En resumidas cuentas, la Sala es de la opinión que la Jueza *A quo* no incurrió en los errores de apreciación probatoria denunciadas por el apelante, porque en efecto las pruebas habidas en el proceso demostraban sin lugar a ningún tipo de dudas que en el presente asunto nos encontrábamos en presencia de un delito doloso de homicidio agravado, y no de un reato culposo de homicidio simple como de manera errado lo adujo la Defensa.

Siendo así las cosas, al no asistirle la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente, a la Sala no le queda otra opción diferente que la de confirmar el contenido del fallo opugnado.

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** la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de esta localidad, en las calendas del 7 de junio del 2.012, mediante cual se declaró la responsabilidad penal del Procesado **JOSÉ ALEXANDER ZAMORA GUABA** por incurrir en la comisión de un delito doloso de homicidio agravado.

**SEGUNDO: 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

**CARLOS HERNÁN OCAMPO ORTIZ**

Conjuez

**GILBERTO SERNA GIRALDO**

Conjuez

1. Es de precisar que dichas múltiples vistas se debieron a una serie de vicisitudes que se presentaron en el devenir de la fase de la acusación, tales como: la petición de nulidades, conflictos de jurisdicciones, presentación de preacuerdos, impedimentos, etc…. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aprobatoria de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o “Pacto de San José”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 4 de febrero de 2009. Rad. # 29415. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 10 de marzo de 2.010. Rad. # 32868. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. [↑](#footnote-ref-4)
5. Es de anotar que en dicho preacuerdo se mutó la calificación jurídica dada a los hechos en el escrito de acusación, las cuales tenían que ver con el delito de homicidio agravado según la hipótesis del # 7º del articulo 104 C.P. [↑](#footnote-ref-5)
6. Es de resaltar que a quien se le encomendó en estos momentos la ponencia del presente proceso, para esa época no fungía como miembro de esta Corporación Judicial. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 25 de agosto de 2.010. Rad. # 32964. M.P.JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ. [↑](#footnote-ref-7)