

M. PONENTE	: LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
ACTA DE APROBACIÓN	: 051 de 2017
RADICADO	: 05 001 60 00206 2012 29899
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA CONDENATORIA
FECHA	: 22 DE MAYO DE 2017
DECISIÓN	: CONFIRMA
DELITOS	: HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES

PROVIDENCIA

Proceso: 05 001 60 00206 2012 29899
 Delito: Homicidio consumado, homicidio tentado y PIA
 Acusados: Elkin Antonio Palacios Murillo
 Procedencia: Juzgado Octavo Penal del Circuito
 Objeto: Apela sentencia condenatoria emitida luego de juicio oral
 Decisión: Confirma y modifica.
 M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISION PENAL

Medellín, () de de dos mil diecisiete (2017)

Aprobado mediante acta No. 98

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Entra la Sala a resolver el recurso de apelación que interpuso el defensor de Elkin Antonio Palacios Murillo en contra de la sentencia del 14 de febrero de 2017 proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito, que lo halló penalmente responsable a título de autor de los

punibles de homicidio consumado en concurso heterogéneo y sucesivo con lesiones personales culposas y porte y tenencia de armas de fuego y municiones.

II. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Fue descrita por el *a quo* como sigue:

El 3 de mayo de 2012 el Hospital Universitario San Vicente Fundación de la ciudad de Medellín informa el deceso por arma de fuego(sic) de la menor de 15 años LEIDY JOHANA ARISTIZABAL SÁNCHEZ, ocurrido en esa fecha siendo las 21:36 horas y el herimiento también por arma de fuego en esos mismos hechos de la menor de 14 años de edad YURY ALEJANDRA DURANGO PÉREZ, quien estaba siendo intervenida quirúrgicamente. Realizadas labores investigativas se conoce que los hechos se presentaron ese mismo 3 de mayo de 2012 en la carrera 9 No 56-93 interior 104, Barrio Villa Lilian de esta ciudad.

Sobre el desarrollo de los mismos se sabe que se día jueves 3 de mayo de 2012 con el propósito de concertar los detalles de un paseo que se celebraría el sábado siguiente, MARISELA GIRALDO ARISTIZABAL y la hoy occisa LEIDY JOHANA ARISTIZABAL SÁNCHEZ, siendo las 19:30 horas aproximadamente salieron de sus casas y fueron en búsqueda de otras amigas suyas de nombres JULIANA y ALEJANDRA, ingresaron al lugar de los hechos y allí finalmente terminaron reunidas MARISELA, LEIDY, JULIANA y ALEJANDRA, alias "CHOMBO" y un primo de éste. Alias Chombo se encontraba acostado en la cama y sacó un arma de fuego que apuntó al pecho de LEIDY, el arma se dispara y la joven recibió(sic) un impacto, el cual también alcanzó a la menor YUDI ALEJANDRA DURANGO PEREZ, quien estaba abrazada a LEIDY desde atrás. Acto seguido alias Chombo manifestó "Qué hice? Y guardó el arma, tomó en sus brazos a LEIDY buscando auxiliarla, pero en el trayecto se encontró con un familiar de esta joven quien la recibió llevándola a urgencias de la Unidad Intermedia de Buenos Aires, de donde fue remitida al hospital Universitario San Vicente Fundación, donde ingresó a las 21:05 horas con los resultados conocidos.

Indicando otro testigo que la exhibición del arma de fuego se dio por iniciativa de la propia occisa, quien le dijo a alias Chombo que quería aprender a manejar un arma y éste le dijo que tenía una, la sacó y pensando que estaba asegurada la accionó, presentándose dichos resultados.

III. SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN CUMPLIDA

Ante la imposibilidad de ubicar al autor del disparo, quien fue identificado como Elkin Antonio Palacios Murillo, el Juez 10 Penal Municipal con Funciones de control de garantías, a petición de la Fiscalía General de la Nación lo declaró ausente, atribuyéndosele por la Fiscalía la autoría de los delitos de Homicidio simple y tentativa de homicidio ambas a título de dolo eventual y porte ilegal de armas, ello, al tenor de lo consagrado en los artículos 103, 27 y 365 del C.P.

Posteriormente la Fiscalía radicó escrito de acusación de fecha 18 de septiembre de 2015, que correspondió al Juzgado Octavo Penal del Circuito, despacho ante el cual se concretó dicho requerimiento fiscal en audiencia celebrada el 1 de diciembre siguiente, en el cual se llamó al acusado a responder a título de autor de los delitos de homicidio consumado, en concurso con homicidio tentado, ambos en la modalidad de dolo eventual, a su vez en concurso con porte ilegal de armas de fuego y municiones al tenor de lo dispuesto en los artículos 103, 27 y 365 del C.P.

Agotado el juicio oral y público en sesiones de los días 1 y 25 de julio, 15 de septiembre, 15 y 30 de noviembre de 2016, se anunció y profirió el fallo respectivo, condenando al acusado, como autor de homicidio simple en concurso con lesiones personales culposas y porte ilegal de armas, a las penas de 225 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; además le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La defensa apeló la decisión.

IV. LA DECISIÓN RECURRIDA

En relación con el delito de homicidio consumado, la *a quo* partió por considerar demostrado en el juicio que el acusado poseía conocimientos en el manejo de armas, pues las portaba habitualmente en ejercicio de la actividad al margen de la ley que desplegaba como patrullero de un grupo ilegal cuya zona de influencia estaba determinada por el barrio donde residía; de la anterior condición se deriva que el acusado tuviera conciencia acerca de las consecuencias de cargar un arma con su munición, empuñarla, dirigirla contra la humanidad de otra persona a muy corta distancia para luego accionarla contra esa persona; de allí que no pudiera pensarse que a pesar de ese conocimiento tuviera la creencia de poder evitar el resultado que fácilmente resultaba previsible para él en aquellas particulares condiciones.

En relación con el tipo de arma usada por el acusado, que de acuerdo con el perito arrimado al juicio debió ser una pistola o una sub ametralladora, y la complejidad de su manejo, que para la defensa resulta más sensible y más propicia para este tipo de accidentes, dijo que precisamente por ser un tipo de arma que requiere de más movimientos para cargarla y dispararla, era menos probable que se accionara involuntariamente.

Frente a la actitud del acusado posterior al disparo, en el sentido de procurar ayuda para la víctima, dijo que esa debió ser la razón para que la Fiscalía le imputara dolo eventual y no directo y que ese hecho no desvirtúa el que el acusado se haya representado el resultado y lo haya dejado al azar.

En lo que hace relación con el segundo resultado generado por la conducta de Palacio Murillo, consideró que no podía imputarse una tentativa con dolo eventual, pues este dispositivo solo admite el dolo directo, razón por la cual la sanción debía darse a título de culpa. Además agregó, en una argumentación en apariencia contradictoria que ese resultado se enmarca dentro del punible de lesiones personales de los artículos 113 inciso segundo y 120 del C.P. pues se puso en serio riesgo la vida de la víctima.

Finalmente consideró que la estructuración del porte ilegal de armas no admite ninguna duda.

V. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La defensa de Palacios Murillo empezó por reconocer que su representado fue el autor material de la conducta de homicidio que se le imputa, precisando que el motivo de su inconformidad tiene que ver con el carácter doloso que le reconoció la judicatura acogiendo la teoría del caso de la Fiscalía. Empezó por definir el dolo como la reprochable actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de conducta típica y antijurídica, para luego afirmar que su representado nunca tuvo la intención y voluntad de generar la acción, ello, en razón a que el hecho de apuntar hacia una de ellas con el arma no significa que tuviera la intención de dispararle; esa ausencia de intención se respalda por el recurrente en la ausencia de un motivo que orientara la actitud del acusado en esa dirección.

Agregó que la posición del acusado al momento del disparo no se corresponde con una acción voluntaria, pues estaba casi acostado sobre la cama que se encontraba en la habitación. Tampoco se compecede con un accionar voluntario la reacción posterior del acusado cuando procuró prestarle auxilio a la menor más gravemente herida.

En sentir del censor la conducta del sentenciado es reflejo de una actuar imprudente, del que no puede pretenderse que haya dejado al azar la producción del resultado, tampoco hay antecedentes de enfrentamientos entre el agente y la menor como para considerar que aquel pudiera tener intenciones homicidas hacia ella.

Trajo a colación lo que debe ser alguna cita doctrinal o jurisprudencial, pues no plasmó su origen, sobre las diversas modalidades de dolo y la injerencia de la voluntad en cada una de ellas.

Añadió que la intención de su apadrinado no era diferente a la de presumir ante las menores sobre la tenencia del arma de fuego, sin haberse representado el resultado final.

Cerró su argumentación afirmando que el mismo trato que la *a quo* le imprimió a las lesiones debió predicarlo respecto del homicidio, pues ninguna diferencia existe entre uno y otro.

VI. NO RECURRENTES

La Fiscalía, criticó que la defensa se haya limitado a controvertir la clasificación del dolo eventual que se otorgó al homicidio sin precisar los argumentos que le permiten concluir la presencia de la culpa con representación; tampoco precisó cuál de las posturas atinentes al dolo eventual fue la invocada por el *a quo* y las razones de su equivocación; dijo que la teoría del dolo eventual nació para sancionar conductas que si bien no se enmarcaban en el dolo directo, si eran lo suficientemente graves y no podían dejar de sancionarse como dolosas; agregó que de acuerdo con la teoría de la probabilidad, a la que acudió el legislador patrio en su artículo 22 del C.P. se otorga prelación al elemento cognitivo del dolo por sobre el volitivo, de allí que las críticas del censor en punto del aspecto volitivo carezcan de valor.

Acudiendo a una cita jurisprudencial manifestó que el sentenciado no asumió una actitud positiva o negativa tendiente a aminorar el riesgo de la acción que ejecutaba.

En su sentir la ayuda posterior no descalifica el dolo eventual demostrado en el *sub lite*, pues la tentativa desistida no resulta viable en delitos de resultado.

V. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. La defensa postula un único problema jurídico, relacionado con la calificación que a título de dolo eventual le otorgó la Fiscalía y admitió la judicatura respecto del delito de homicidio consumado, pues en su sentir esa calificación se debió otorgar a título de culpa con representación ante la ausencia del elemento volitivo del dolo en el proceder de su representado.

3. Para responder el anterior dilema, la Sala partirá por realizar unas consideraciones teóricas sobre el dolo y sus modalidades, incluido por supuesto el dolo eventual, determinando los factores diferenciadores de cada una de ellas, a fin de establecer si tal como lo decidió la *a quo* resultan aplicables al caso concreto. En ese repaso teórico se seguirá fielmente la opinión de Ramón Ragués i Vallés, en su ya clásica obra *El dolo y su prueba en el proceso penal*, criterios que han sido prohijados por la Corte Suprema de Justicia en muchas de sus decisiones.

4. En la obra en cita el autor refiere la clasificación tripartita del dolo a fin de someter a prueba la idea predominante de que un sujeto solo actúa dolosamente cuando *sabe* que está realizando un tipo penal y *quiere* además tal realización.

Así, empieza por identificar el *dolo directo de primer grado o dolo de intención* como el paradigma más perfecto del dolo, pues en él concurren de manera clara e indiscutible los elementos volitivo y cognitivo que tradicionalmente se han entendido integrantes del dolo. Para el efecto trae como ejemplo el del sujeto que con la idea de acabar con la vida del amante de su mujer, lo espera al salir del trabajo y lo arrolla con su vehículo. En este ejemplo el agente ha sido consciente de estar provocando una muerte y tenía la intención de que esta se produjera.

En segundo término identifica el *dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias* como aquel en que el agente se representa un resultado no querido por él, pero ligado fatalmente a la obtención del fin por él perseguido. Para ilustrar el punto acude a un ejemplo de acuerdo con el cual un sujeto, propietario de un edificio que se encuentra asegurado por una considerable suma, con la intención de cobrar ese seguro decide incendiar el inmueble con la certeza de que allí viven personas que morirán si el edificio arde. Al final varias personas mueren. En este ejemplo, no aparece tan claro el elemento volitivo respecto del resultado muerte, pues lo que realmente quería el agente era cobrar el seguro. Sin

embargo, nadie pone en cuestión la existencia del dolo, pues quien se representa con certeza que con su conducta fatalmente se producirán resultados antijurídicos, de alguna manera también los quiere. De acuerdo con el autor, el elemento volitivo se puede ir desdibujando sin que ello impida pregonar la existencia del dolo.

En tercer lugar está el *dolo eventual* aplicable a casos, en que, sin concurrir propiamente voluntad de realizar un tipo penal, la conducta llevada a cabo parece, sin embargo, merecedora de la pena asignada a un tipo doloso. El ejemplo a que acude el doctrinante menciona una banda criminal que secuestra a un policía y lo somete a torturas a fin de obtener alguna información de su interés; transcurridos unos días sin alcanzar el resultado pretendido, los captores comentan entre ellos que de seguir torturándolo podría sobrevenir su muerte, situación ante la cual, a fin de lograr la información que buscan, deciden continuar con la tortura y el policía muere. Es claro que la hipótesis propuesta no se ajusta a ninguna de las formas de dolo examinadas atrás; no es dolo directo de primer grado en la medida en que los secuestradores no querían la muerte del policía, podría incluso afirmarse que en modo alguno la querían pues perderían la posibilidad de acceder a la información deseada; tampoco es dolo directo de segundo grado pues los secuestradores no se representaron como fatal el resultado muerte del secuestrado, sino solo como posible o incluso probable. Ante la imposibilidad de calificar de imprudentes supuestos como este, por resultar una solución insatisfactoria, es que se recurre al dolo eventual.

Tal como se percibe a simple vista, en este tipo de situaciones fácticas no resulta un ejercicio sencillo ubicar o identificar el elemento volitivo que integra el dolo. Esta dificultad dio origen a diferentes interpretaciones teóricas en dirección a ratificar la conclusión de que se trata de una situación de dolo en la modalidad de eventual. De acuerdo con unas de ellas, conocida como *la teoría del conocimiento*, si el dolo equivale a conocer y querer la realización de una conducta típica, esa definición debe ser válida incluso en casos límite, como los referidos al dolo eventual. Esta teoría empezó por explicar la presencia de la voluntad como una suerte de relación emocional entre el agente y el resultado. Así, empezaron por manifestar que debe afirmarse que concurre el consentimiento necesario para el dolo eventual cuando, habiendo previsto el autor como posible la realización del tipo, puede afirmarse que habría actuado igualmente de haberla previsto como segura. Luego, ante las críticas que recibió esta teoría inicial, fue reformulada afirmando la existencia del dolo cuando el sujeto, representándose como posible la realización del tipo, se dice a sí mismo: con independencia de lo que pueda pasar, en cualquier caso, yo actúo. Sin embargo, debe dejarse claro que incluso en esa última corriente de la teoría del consentimiento o la voluntad, ya empieza a verse desdibujado el elemento voluntad.

La segunda teoría que con mayor fuerza se ha identificado en relación con el tema es *la teoría de la probabilidad o de la representación*, cuyos mentores no encuentran forzoso mantener la definición general de dolo como conocer y querer en punto de casos fronterizos o límite, sino que se plantean en abstracto en qué supuestos concurre un grado de culpabilidad lo bastante sustancial para considerar la conducta como merecedora de una sanción a título de dolo. Para esta teoría *el límite entre el dolo y la culpa está representado en el grado de probabilidad con que el autor se haya representado la realización de la conducta típica; si pese a habérsela representado como probable, actuó, concurre el dolo; si se la representó como improbable, concurre la culpa*. El centro de gravedad de esta teoría lo ocupa la peligrosidad de la conducta, que el sujeto agente debe conocer como tal, sin que sea necesaria actitud emocional de ninguna clase. En otras palabras, el dolo se funda en que el juicio de probabilidad haya sido llevado a cabo por el agente, no obstante lo cual actuó. A esta teoría se le reprocha que soporte la diferencia entre dolo y culpa en un criterio meramente cuantitativo, el grado de probabilidad representado; también se le critica por la dificultad que encierra delimitar lo probable y lo improbable.

Con posterioridad surgieron teorías apadrinadas por diferentes autores que buscaban responder y superar las críticas que a las anteriores se formulaban. Al final, todas ellas confluían en ideas generales aunque distanciándose de la conceptualización a que acudían. Así, podría afirmarse que son puntos en común entre todas ellas los siguientes:

Primero, todas coinciden en afirmar que el dolo es algo que se fundamenta en determinados fenómenos ubicados en la vertiente interna de los individuos. En segundo lugar, es común la exigencia de que el sujeto prevea que en caso de actuar puede realizar un tipo penal con su conducta, existiendo discrepancia en cuanto a cuál es la expresión más adecuada para explicar esa previsión. Sobre el punto puede afirmarse que existe consenso en exigir que el sujeto se haya representado un cierto grado de riesgo de realización del tipo y que no basta con una representación de que una conducta es peligrosa en abstracto, sino que esa representación debe referirse a la peligrosidad del concreto comportamiento que se lleva a cabo.

Para algunos autores basta esa representación para afirmar la presencia del dolo; para otros, por el contrario, es necesaria la presencia de elementos emocionales volitivos, representados, por ejemplo en que el agente “acepte”, “se resigne” o “se conforme” con dicha realización, exigencia que en opinión de algunos autores resulta superflua, pues se ve cubierta por la peligrosidad de la conducta misma, en el sentido de que quien actúa pese a conocer los riesgos de su comportamiento, necesariamente tiene que aceptarlos. Lo anterior es muestra del lento y progresivo aflojamiento respecto de la exigencia del aspecto volitivo del dolo eventual.

Finalmente todas las teorías coinciden en que *una auténtica confianza del sujeto en que su actuación no va a realizar un determinado tipo penal pese a existir en el plano objetivo un riesgo de realización excluye el dolo*. Lo anterior se contrapone al concepto de confianza irracional, que se presenta cuando el sujeto confía en que el tipo no va a realizarse, sin que exista un fundamento objetivo para tal punto de vista.

Hasta aquí los insumos teóricos necesarios para enfrentar la solución del caso bajo examen.

5. Ahora bien, el legislador patrio, en el artículo 22 del C.P. vigente se refiere al dolo eventual en los siguientes términos: *“también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”*.

6. A respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la regulación del dolo eventual contenida en la norma cuyo aparte se acaba de transcribir se corresponde con los presupuestos de la teoría de la probabilidad, en la que el elemento volitivo aparece bastante menguado, frente al elemento cognitivo que se ve destacado o con carácter prevalente, ello significa que resulta irrelevante indagar por la existencia de voluntad de matar o lesionar, pues se trata de una exigencia que no corresponde con esta modalidad de tipo subjetivo de injusto donde el resultado constituye apenas una probabilidad previsible como consecuencia de la conducta ejecutada o de la creación del riesgo no permitido y por ende jurídicamente desaprobado, cuya producción el agente admite al no hacer nada por evitarlo¹.

También ha considerado que la determinación procesal o probatoria del dolo eventual, se logra o alcanza, la mayoría de las veces, ante la ausencia de confesión, a partir del examen de las circunstancias externas que rodearon el hecho.

Acerca de la diferencia entre el dolo eventual y el concepto de culpa con representación, ha sostenido esa Corporación que radica precisamente en que en esta el actor es consciente del riesgo en que pone a los bienes tutelados pero inútilmente procura evitar el resultado dañoso, mientras en el dolo eventual el agente a pesar de representarse el resultado como probable, no exterioriza una actitud orientada a impedir su concreción, de esta manera se explica que la definición legal y doctrinaria del instituto afirme que el agente deja librada al azar la concreción del resultado lesivo de bienes jurídicos tutelados².

¹ Sobre el punto ver Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de septiembre de 2004, radicado 20.860

² Ver Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de octubre de 2004, radicado 17.019

DEL CASO CONCRETO

7. En el presente asunto, la discusión no puede centrarse, como lo sugiere la defensa en considerar si el agente actuó con voluntad o no de vulnerar la vida como bien jurídico tutelado. La razón de este aserto es precisamente la que expuso el delegado de la Fiscalía en su intervención como sujeto no recurrente, no otra que, tal como termina aceptándolo el censor al citar lo que debió ser un extracto jurisprudencial o de doctrina, en el dolo eventual ese elemento del dolo directo se ve menguado en grado sumo, ello, en razón a que ni siquiera los conceptos de “aceptar”, “resignarse” o “conformarse” con el resultado pueden asimilarse en manera alguno al “querer” que lleva inmerso elemento volitivo del dolo.

La anterior falta de precisión podría entenderse como una equivocada sustentación del recurso e incluso como una ausencia de aquella, si se considera que la juez en ningún momento incurrió en imprecisión alguna sobre ese particular tópico. Más claro, la primera instancia nunca dijo que el agente hubiese actuado con la intención directa de segar la vida de Leidy Johana y lesionar a su prima Yudi Alejandra, con lo cual el alegato de la defensa no estaría controvirtiendo la decisión. Empero, la Sala examinará el asunto en aplicación del principio de caridad que rige la argumentación.

8. En esa dirección, verificará la Sala si la conducta desplegada por Palacios Murillo se ajusta o no al concepto de dolo eventual, de acuerdo a lo discurrido en el aparte previo de este proveído.

9. En el sentido anunciado, debe partirse por considerar las condiciones personales del agente, para el caso, un hombre respecto del cual varias de las personas que desfilaron por el juicio afirmaron que pertenecía a un grupo al margen de la ley y que en desarrollo de ese rol era común verlo portando armas, con el fin de evitar que al barrio ingresaran personas de otro ubicado más arriba.

Es cierto, en ese sentido declaró en el juicio Gisela Sánchez Ceballos³, madre de Leidy Johana, quien dijo conocer al acusado con el alias de Chombo, saber de él que operaba con el bloque Metro de las autodefensas, razón por la cual sabía además que mantenía con armas. Es más, en contrainterrogatorio manifestó haberlo visto varias veces portando este tipo de elementos.

³ Registro de audio correspondiente a la sesión de audiencia de fecha 01-07-2016

También declaró en el juicio Yudi Alejandra Durando Pérez⁴, prima de Leidy Johana y quien también resultó lesionada en los hechos que se juzgan, quien sobre el tema que interesa afirmó que Chombo era de la banda metro.

Por su parte, Marysela Giraldo Aristizabal⁵, prima de Leidy Johana dijo que junto con sus primas eran amigas de Chombo, cercanía que les permitió saber que ese sujeto portaba armas de fuego “*para que los de encima no se metieran al barrio*”, agregando saber que el procesado pertenecía a la banda BJ.

Finalmente, Nelson Humberto Vélez Piedrahita⁶, funcionario de la Sijin, dentro de las actividades de investigación que realizó, obtuvo el prontuario del acusado, que da cuenta de un antecedente por porte de estupefacientes, y además obtuvo una información oficial sobre la pertenencia de este ciudadano al combo denominado BJ, tal como lo afirmara Marysela Giraldo.

Así las cosas, la conclusión de la *a quo* acerca del habitual porte de armas por parte del acusado y la inferencia que de ese hecho derivó en el sentido de que el hombre conocía de armas, resulta plenamente fundada.

10. Ahora bien, en relación con la forma en que se desencadenaron los hechos que se juzgan, la actuación contó con dos testigos de excepción, presenciales. Ellas fueron Yudi Alejandra Durango, quien resultó lesionada y Marysela Giraldo.

La primera afirmó que se encontraba en la casa de Jhonatan desde antes que Leidy y Marysela llegaran, que estaba con alias Chombo, Alias Golondrinas y Juliana; agregó haber visto a Chombo cargando el arma; que su prima Leidy cuando llegó a la casa le dijo a Chombo, quien estaba en la cama de Jhonatan, que si la pistola no estaba cargada, ante lo cual el hombre respondió que sí, se la puso en el pecho y le disparó.

La segunda de las jóvenes mencionadas, sobre el particular dijo que llegó a la casa de Jhonatan con Leidy porque iban a pagar una plata de un paseo, que estando allí, su prima entró a la habitación donde estaba Chombo, mientras ella se quedó a cierta distancia, desde donde pudo observar a este ciudadano tomando el arma, cargándola y disparándola contra Leidy, quien estaba abrazada con Yudi Alejandra. Precisó que observó pero no escuchó la conversación entre ellos.

⁴ Registro de audio correspondiente a la sesión de audiencia del 25-07-2016

⁵ Mismo registro de audio citado antes

⁶ Registro de audio citado

11. De lo anterior, resulta claro que un hombre, con alguna experiencia en el manejo de armas, pues era usual verlo portándolas, tenía en su poder una arma que de acuerdo con los testigos era una pistola, afirmación que se vio ratificada por vía de estipulación probatoria sobre el resultado del examen al proyectil recuperado en el cuerpo de una de las víctimas, no obstante en el dictamen se estableció como posible que hubiese sido accionada también por una sub ametralladora; el mencionado sujeto sabía que el arma estaba cargada, a pesar de lo cual apuntó a corta distancia en contra de la víctima y luego accionó el arma.

Los anteriores son hechos jurídicamente relevantes que se encuentran, además, plenamente demostrados en el juicio y que incluso soportarían una imputación a título de dolo directo de primer grado, de no ser por la reacción del agente una vez ejecutada la acción, consistente en procurarle algún auxilio a la víctima, proceder que acompañando la intelección que sobre el particular realizó la *a quo*, debió ser el justificante de la imputación a título de dolo eventual.

12. Con los anteriores presupuestos, vale preguntarse si el agente en esas particulares condiciones debió representarse el resultado como probable. En criterio de la Sala la respuesta resulta evidente en el sentido de afirmar que en esas particulares y concretas condiciones el resultado era probable, ello porque el arma estaba cargada, porque se trató de un arma sensible a cualquier maniobra, de allí que en ese caso no pueda hablarse de *una auténtica confianza del sujeto en que su actuación no va a realizar un determinado tipo penal pese a la existencia en el plano objetivo de dicho riesgo*, lo que excluiría el dolo. Por el contrario, todo indica que se está ante una confianza irracional, pues no se observa un fundamento objetivo para considerar que el resultado no va a realizarse. Las mujeres vieron al hombre cargando el arma, sin adoptar ninguna medida de precaución en punto de evitar que ese peligro evidente se concretara como en efecto aconteció en el *sub examine* con un doble resultado típico.

Es irracional la confianza en la no producción el resultado que podría pregonarse respecto del acusado, pues a una persona en las particulares condiciones en que él se hallaba, no se le puede aceptar una manifestación en el sentido de no poseer los conocimientos mínimos para maniobrar con seguridad ese tipo de artefactos o, expresado de otra manera, no puede aceptarse que manifieste desconocer los peligros que encierra la maniobra de una arma de fuego de las características de aquella con que se ocasionó el resultado.

Además, no puede dejarse de lado que se trata de una conducta indefectiblemente ligada con la idea de creación de un determinado riesgo, eso cualquier persona lo sabe; es más, puede afirmarse sin temor a equivocarse, que la sociedad en general considera que se trata de una

conducta con una especial actitud lesiva, de allí que resulta irracional esa confianza en que el resultado no se producirá. Sobre este aspecto en particular, el autor que ha seguido la Sala en esta decisión plasma una referencia bastante ilustrativa para el caso concreto en los siguientes términos:

O, como añade el mismo Tribunal (Supremo) en su resolución del 24 de diciembre de 1991, “cuando el autor ha empleado un arma de fuego y la ha disparado hacia un lugar del cuerpo de carácter vital, el dolo, en tanto que conocimiento del peligro jurídicamente desaprobado generado por la acción, resulta indiscutible”⁷

El anterior párrafo posee una nota al pie de página del siguiente tenor:

A 9632, ponente Bacigalupo Zapater. En esta sentencia se añade: “En el presente caso el autor era consciente de que el arma empleada podía disparar, pues previamente había realizado con ella un disparo. Sabía además que la dirigía a una persona y a partes vitales del cuerpo. Por otra parte no se ha probado que haya ocurrido algún hecho que hubiera podido desencadenar el disparo sin la intervención del procesado. En tales circunstancias, el dolo, por lo menos eventual, no admite la menor discusión”. Un ejemplo similar en la sentencia de la Corte de Casación Italiana del 14 de marzo de 1984 (Cfr, Tassi, Il dolo, P.147) en la que se afirma que “el hecho de apuntar y disparar con el arma cargada contra el pecho de la víctima está impregnado subjetivamente y acredita por tanto el dolo”⁸.

Salta a la vista la pertinencia de la cita frente al caso concreto, con la única adición en el sentido de que en el *sub lite*, el sentenciado también sabía que el arma era apta para disparar, pues no de otra manera se explica que la haya cargado. En esa misma dirección, dada la actividad a que se dedicaba este ciudadano y su pertenencia a un grupo la margen de la ley, es claro que no se hace a armas inútiles.

Adicional a lo anterior, está claro que el acusado nada hizo, pudiendo hacerlo, para evitar el resultado que debió considerar como probable y que efectivamente se produjo. Por ejemplo, pudo descargar el arma antes de exhibírsela a la menor o, en su defecto, pudo verificar que la recámara estuviera vacía, incluso, verificar que estuviera asegurada. Empero, a pesar de la clara peligrosidad de su comportamiento, dejó de acudir a cualquiera de esas medidas que habrían evitado el resultado.

Así, en sentir de la Sala se cumplen los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesarios para poder pregonar la presencia de una conducta de su carácter doloso a título concreto de dolo eventual.

⁷ Ragués i Vallés, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal, Universidad Externado de Colombia, JM Boscheditor Barcelona, 2002, pag. 472

⁸ Nota al pie de la anterior cita, pag 472

13. En los términos en que hasta aquí se ha discurrido, la Sala considera que la Fiscalía acertó al considerar dolosa la conducta que desencadenó la muerte de Leidy Johana Aristizabal Sánchez, razón por la cual al decisión habrá de ser confirmada.

14. Al margen de lo anterior, y con ánimo tan solo ilustrativo ante la imposibilidad de modificar la sentencia en perjuicio del condenado, la Sala considera que se equivocó la *a quo* al condenar por lesiones personales culposas. Estas las razones:

La Sala no discute la imposibilidad de pregonar la existencia de un dolo eventual en un delito imperfecto, pues bajo este dispositivo amplificador del tipo resulta esencial el examen de la voluntad como elemento integrante del dolo. Lo que encuentra discutible es que bajo las mismas condiciones fácticas y probatorias, adecuadamente analizadas desde la teoría del dolo eventual, se mute una conducta punible dolosa hacia una culposa.

En efecto, el mismo argumento que sirvió para dar solución al delito de homicidio, resultaba de suma utilidad para solucionar el de las lesiones. Es decir, se tiene a un sujeto con conocimiento en el manejo de armas, que para el momento de los hechos portaba una automática, cargada por él mismo instantes antes, elemento que dirigió hacia una menor a poca distancia, menor que era abrazada desde atrás por otra, su prima, circunstancia que permite afirmar que estaban ubicadas casi en el mismo sitio, es decir, a muy pocos centímetros una de la otra, lo que a su vez hacía probable, muy probable diría el despacho, que al accionar el arma en contra de quien estaba de frente al agresor, se alcanzara incluso a la segunda de las menores ocasionándole, sino la muerte alguna lesión de diferente entidad, todo lo cual impidió la ejecución de la conducta, sin que el agente hubiese realizado ninguna maniobra para evitar ese resultado. Así, el activo tendría que responder por el resultado antijurídico que efectivamente se haya producido, para el caso las lesiones personales, pero no a título de culpa como lo concluyó la *a quo*, sino también a título de dolo eventual.

Es que no resulta coherente que con una misma acción que genera dos resultados pero que amerita un único juicio de valor en punto de su tipicidad subjetiva, se impute un resultado a título de dolo y otro a título de culpa.

No obstante, itera la Sala como la defensa funge en el *sub judice* como apelante único, el Tribunal se ve en imposibilidad de corregir el yerro, so pena de desconocer el principio que prohíbe la reforma peyorativa en casos de apelante único que rige la segunda instancia.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **RESUELVE** confirmar la sentencia de fecha, origen y sentido indicados al comienzo de esta providencia.

La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO