



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL

Radicado: 05001-60-00206-2017-57456
Procesado: Evergisto Córdoba González
Delito: Tentativa de homicidio
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 146

Medellín, cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

1. EL ASUNTO

Resuelve la Sala del recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2021, por el Juzgado 14° Penal del Circuito de Medellín, que condenó al señor Evergisto Córdoba González como autor responsable del delito de tentativa de homicidio agravado del que fue víctima el señor Yovany Gamboa Palacio o Wilmer Alexis Rendón.

2. ANTECEDENTES

2.1. De los hechos

Fueron narrados por la Fiscalía en la formulación de acusación de la siguiente manera:

“El 21 de noviembre del 2017, a eso de las 13:45 horas aproximadamente, el señor Wilmar Alexis Rendón, con 50 años de edad, se hallaba en inmediaciones del Parque Berrío del centro de Medellín, en la carrera 51 con calle 50. Este señor tenía oficio de lustrabotas. En este sector se origina una discusión entre otros dos hombres con relación a la suma de doce mil pesos. El señor Wilmar sale en defensa de uno de ellos por ser amigo, de nombre Jorge. El otro, en reacción, ataca con arma cortopunzante, en forma intempestiva, al señor Wilmar y lo lesiona en el pecho. Pronto hace presencia una patrulla policial y la víctima señala al agresor. Este es capturado en ese lugar y a los pocos minutos de la agresión. En el momento de la captura tenía en una de las manos una navaja, la cual es incautada. El capturado dijo llamarse Evergisto Córdoba González, con 57 años de edad. El lesionado es trasladado de urgencia a la Policlínica Municipal, recibe una herida penetrante en región precordial o infraclavicular izquierda, es sometido a cirugía de toracostomía y sobrevive.

De tal manera que:

El señor Evergisto Córdoba González el día 21 de noviembre de 2017 atacó con arma cortopunzante, con el propósito de dar muerte, al señor Wilmar Alexis Rendón, efectivamente lo lesiona y este no fallece por circunstancias ajenas a la voluntad del agresor.

El señor Evergisto Córdoba González conocía que con esta conducta estaba intentando dar muerte a otra persona y quiso libremente realizar esta conducta.

El señor Evergisto Córdoba González colocó en peligro efectivo la vida de la víctima al producirle severas lesiones en el cuerpo. Igualmente, actuó sin causal de justificación.

Al señor Evergisto Córdoba González le es reprochable penalmente esta conducta porque al momento de su realización tenía capacidad de comprensión y de determinación de acuerdo con esa comprensión, porque era mayor de edad, no tenía trastorno mental ni tenía diversidad socio cultural. No concurre en favor del señor Evergisto alguna causal de ausencia de responsabilidad. El señor Evergisto Córdoba González era consciente que intentar dar muerte a otra persona, en las circunstancias descritas, es delito, y pudo realizar conducta diferente de intentar matar a otra persona”.

2.2. De la actuación procesal

En la audiencia de imputación del día 22 de noviembre de 2017, se le atribuyó al señor Evergisto Córdoba González la comisión de la conducta punible de homicidio simple en la modalidad de tentativa (artículos 103 y 27 del C.P.), en calidad de autor, cargos a los que no se allanó el imputado.

Posteriormente, el 20 de noviembre de 2018, la Fiscalía formuló acusación en contra de Evergisto Córdoba González, adicionando la calificación jurídica en el sentido de que se acusa como autor del delito de tentativa homicidio agravado por motivo abyecto, bajo o ruin, como es el acto de venganza o retaliación porque la víctima intercedió o quiso defender al amigo Jorge que discutía con el agresor, además de haberse realizado la conducta aprovechando la situación de inferioridad de la víctima quien fue atacada de forma intempestiva y se encontraba sin armas y con desventaja del agresor, sin que pudiera reaccionar o evitar el ataque; y en grado de tentativa (artículos 103, 104 numerales 4° y 7°, y 27 del C.P.).

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 21 de enero de 2019 y el juicio oral se realizó en varias sesiones los días 26 de agosto y 18 de septiembre de 2019, 8 de marzo, 16, 21 y 26 de abril, 3 de junio, 21 y 22 de julio de 2021, fecha última en la que se presentaron los alegatos de conclusión. El 27 de agosto de 2021 se emitió sentido del fallo condenatorio y se hizo la audiencia de individualización de la pena; en la misma fecha se dio lectura a la sentencia, contra la cual la defensa

interpuso el recurso de apelación, el cual sustentó por escrito dentro del término legal.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez de primer grado encontró demostrada la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado con base en el testimonio de la médica legista que examinó al afectado, el testimonio de este último, así como el de su consorte, y los testimonios de los policías que efectuaron el procedimiento de captura.

Con relación al puntual momento del ataque, evaluó que fue el mismo lesionado quien informó los policías acerca de la persona que lo violentó, así como el grupo de ciudadanos que lo querían linchar por el herimiento causado al ofendido, lo que motivó a estos servidores públicos a capturar al acusado, mientras que la médica legista determinó que esa lesión puso en riesgo su existencia.

Formó la convicción de la funcionaria los siguientes aspectos: el procesado fue señalado por la víctima como aquel que lo lesionó; los policías observaron al enjuiciado empuñando un arma blanca y discutiendo con el herido; la comunidad por ese suceso de sangre lo iba a linchar y también lo señalaba a los gendarmes como el autor del ataque a la víctima; Evergisto entregó a los policiales su cédula de ciudadanía y no se opuso a la captura, además, suscribió el acta de incautación del arma filosa, siendo que por arma

blanca se describe por la médica legista, como causante de la lesión que puso en riesgo la existencia de Yovany Gamboa Palacio y/o Wilmer Alexis Rendón.

En cuanto al abuso de las condiciones de inferioridad del ofendido, concluyó que se dio sin lugar a dudas por cuanto el agredido, cuando recibió la puñalada, se hallaba desprevenido, ajeno a que la persona que discutía con su amigo lo fuera a agredir a él y que solo quería colaborarle a su compañero Jorge, estando desarmado y sin ánimo de herir al contrincante de su conocido, es decir, se hallaba indefenso para repeler la puñalada que sorpresivamente se le causó, agresión que se dio con motivo de un reclamo por \$12.000, lo que lo convierte en “fútil, abyecto” (sic).

Indicó que, si bien es cierto el único testigo directo del hecho es el propio afectado, debe tenerse en cuenta que el señalamiento realizado a la fuerza pública se hizo el mismo día del suceso delictivo, como bien lo afirmaron los uniformados. Advirtió que no fue en el juicio oral donde el afectado expresó y señaló al inculcado como su agresor, resaltando que rindió su testimonio después de tres años de haber ocurrido los hechos, sin que se observen deseos de venganza, además de que fue espontáneo y solo habló de un moreno indicando que, aunque lo viera, ya no lo reconocería; sin embargo, ese enero del año 2019 sí se lo mostró a los policías que observaron a la víctima sangrante y al señalado por esta con una navaja empuñada en su mano, además, de varios sujetos que querían agredir a Evergisto por su delictiva

acción y que también le informaban a los uniformados que este era el agresor.

Consideró que el hecho de que el afectado no use su verdadero nombre, que su cuerpo tenga huellas de puñaladas, que haya dicho que estuvo en la cárcel por un hurto, no es motivo suficiente para restarle credibilidad a sus dichos, pues no hay aquí antecedentes penales que se conozcan y menos por falso testimonio, además que sus dichos fueron respaldados por los uniformados.

Reparó en la alegación de la defensa quien adujo que al Parque de Berrío solo van ladrones y que a su pupilo lo encerraron varios sujetos para hurtarle, por lo que cualquiera de ellos pudo lesionar a Wilmer Alexis, siendo este quien con sus amigos atentaron contra la integridad del encausado quien solo pudo defenderse usando el arma filosa que tenía, por lo que su actuar se enmarcaría en una legítima defensa que lo eximiría de responsabilidad. Consideró la juez que se trata de una tesis que se sale del contexto probatorio y del juicio oral, sustentada en conjeturas, suposiciones y en elaboraciones edificadas por cuanto en el Parque de Berrío, tal como dijeron los policías, se presentan muchos hurtos, cuando lo cierto es que se carece de fundamento y de apoyo probatorio.

Por tanto, condenó al señor Evergisto Córdoba González a la pena de 17 años de prisión al haber sido hallado penalmente responsable de la comisión del conato de homicidio agravado. Para fijar la sanción, la funcionaria se

ubicó dentro del primer cuarto de movilidad punitiva que estimó entre 16 años y 8 meses a 21 años, 10 meses y 15 días de prisión, aumentando 4 meses al mínimo atendiendo a la gravedad de la conducta y su modalidad, la intensidad del dolo y que el grado de culpabilidad se reveló al máximo, así como el daño ocasionado a la víctima y al bien jurídico de la vida.

De otro lado, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por no colmarse los requisitos objetivos punitivos que demandan su concesión, por lo que ordenó la captura del procesado y reconoció como parte cumplida de la sanción el tiempo que permaneció en detención preventiva por este proceso.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y LA OPINIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES NO RECURRENTES

4.1. La defensora del señor Evergisto Córdoba González centra su inconformidad en la valoración probatoria de la anterior decisión puesto que, en su sentir, no se logró identificar al agresor.

Sostiene que no está en discusión la materialidad del delito, sino si la Fiscalía logró probar que el procesado fuese su autor, en tanto el testimonio de la perita de Medicina Legal, Viviana López Castro, solo aporta que el hecho ocurrió y que la víctima le mintió desde un principio a las autoridades acerca de su verdadera identidad, pues incluso manifestó que

nunca había obtenido documento de identidad y tanto la fiscalía como la juez aceptaron esa falacia.

Se ocupa del testimonio de la asistente de fiscal, Luz Adriana Madrid Valencia, para precisar que esta prueba, así como los actos de investigación, no aporta nada diferente a que el hecho ocurrió y que se capturó al señor Evergisto Córdoba, sin que exista prueba alguna de la plena identificación del agresor.

Alude al testimonio del policía de la SIJIN, Mario Alejandro Rendón Pabón, quien le hace la entrevista a un ciudadano que dijo llamarse Wilmar Rendón, el 22 de noviembre de 2017, pero no aporta nada más con relación a esa entrevista. Así mismo, referencia el testimonio de Aracelly Franco Ramírez, compañera permanente de la víctima, quien manifestó que Marcela, hermana de este, le contó que lo apuñalaron, sin que supiera en qué lugar de la ciudad. Con relación al testimonio del expolicía Kevin José Rada Pérez, quien participó en la captura, hace un resumen de lo narrado por el mismo sin realizar análisis alguno; y en igual sentido frente al testimonio de Alexander Suárez Carrasquilla.

Afirma que es verdad que hubo un ciudadano lesionado y parcialmente cierto que existió una captura por lesiones personales porque, si bien se capturó a Evergisto, no se logró probar que las lesiones de la víctima las haya causado el capturado pues, aunque al momento de la captura la víctima lo señaló a los patrulleros como autor de las agresiones, en la audiencia que rindió testimonio Yovany, Wilmer o Wilmar, este

no logró identificarlo, además que afirmó que si lo veía no lo reconocería. Se queja porque, al respecto, la juez le da validez a los testimonios de los policías cuando se nota que la Fiscalía preparó el libreto de su exposición por cuanto ambos utilizan las mismas expresiones.

Considera que la juez se separó de los lineamientos contenidos en los artículos 399, 402 y 404 del Código de Procedimiento Penal sobre la apreciación del testimonio, lo que salta de bulto por cuanto la víctima en su testimonio evidencia que es de personalidad mitómana, no tiene buena memoria y en el proceso de rememoración se confunde aún más. Invoca, como ley de la experiencia, que cuando una víctima observa a su victimario en la comisión del hecho lo reconocerá no solo durante los minutos concomitantes, sino que difícilmente jamás lo olvidará, excepto que el victimario cambie su aspecto físico.

En cuanto a los testimonios de los policías afirma que resulta difícil explicar si la riña ocurrió sobre la calle 50 con carrera 51, entiéndase vía pública, ni se sabe de dónde sacan estos que cuando llegaron cinco minutos después del altercado, víctima y victimario bajaban juntos por las escalas del Metro. Alega que con base en la sana crítica y las máximas de la experiencia se tiene que cuando un atacante hiere a su víctima se desplaza o intenta huir tomando distancia del atacado y generalmente, en sentido contrario a donde se pudiera dirigir su víctima.

Por tanto, al considerar que se presenta un falso juicio de raciocinio por indebida valoración de la prueba testimonial y que existe duda razonable que impide conducir al grado de certeza, pide que se revoque la condena y, en su lugar, se absuelva a su defendido.

4.2. El delegado del Ministerio Público, como no recurrente, considera que debe declararse desierto el recurso de apelación en tanto no habría sido sustentado con la técnica adecuada puesto que se ataca la providencia cuestionada sin señalar los errores en que se incurrió en la valoración probatoria. A su juicio, parece más un ruego para que el Tribunal examine nuevamente el acervo probatorio, lo cual sería improcedente, pues el enunciado de un falso juicio de raciocinio sobre la prueba no logra demostrar la teoría del caso de la defensa.

Precisa que la defensa sorprende ahora con la alegación de que no se sabe quién fue la persona que le ocasionó las lesiones al afectado, puesto que, en sus alegatos de conclusión sobre la responsabilidad del procesado, argumentó que se hizo en defensa propia por cuanto su asistido era víctima de un atraco o asalto y que lo sucedido fue en legítima defensa; sin que se hubiera desconocido que fue la víctima quien lo señaló como autor de las lesiones padecidas.

Estima que en esas circunstancias se tiene que la sentencia no fue objetada y que esta goza de acierto y legalidad, por lo que debe ser confirmada.

5. CONSIDERACIONES

Sea lo primero decir que la Sala no accederá a la solicitud del delegado del Ministerio Público de declarar desierto el recurso de apelación, toda vez que el mismo fue mínimamente sustentado alegando una indebida valoración probatoria del juez de primer grado, para lo cual la recurrente les da un sentido y alcance a las pruebas practicadas diferente al brindado en primera instancia, motivo suficiente para entender que se ofrecen reparos que ameritan un examen de fondo del asunto.

Cabe acotar, en lo que concierne al cambio de teoría del caso del apelante, que la defensa cuenta con la libertad del foro para emplear, dentro de lo legal, diferentes actos o estrategias defensivas en los distintos estadios procesales, sin que exista precepto alguno que se lo impida o que la obligue a mantenerse en determinada teoría del caso. Un asunto distinto es si esas variaciones u oscilaciones en su alegación afectan la seriedad, fundamentación y credibilidad que inspire, pero eso es asunto que se resuelve en la valoración concreta de las censuras formuladas.

Dado que oficiosamente no se observa motivo de nulidad, se proveerá sobre el fondo del asunto impugnado que se contrae a determinar si existe prueba suficiente de la responsabilidad del acusado, específicamente de su participación como autor de la lesión que con arma blanca se le produjo a la víctima reconocida en este proceso y que habría puesto en riesgo su vida.

En efecto, no se discute la materialidad de la infracción al ordenamiento jurídico penal atribuida, la que ciertamente se ve probada y rigen al respecto las consideraciones de la primera instancia. Tampoco se controvierte que el único testigo de cargo presencial que compareció a juicio es la misma víctima, cuyo señalamiento del justiciable se habría hecho a los policías que realizaron la aprehensión del señor Evergisto Córdoba González.

En el tipo de delitos por el que se procede, la víctima suele ser una fuente de conocimiento directo importante porque ordinariamente se encuentra en una posición privilegiada para dar cuenta de la agresión que pudo padecer; sin embargo, en este caso, como bien lo hace notar la apelante, en su testimonio el afectado no logra identificar a su agresor y, por el contrario, afirmó que si lo veía no lo reconocería, debido al paso del tiempo.

A pesar de lo indeterminado que resultaría el testimonio en cuestión para que por sí mismo tuviere la virtualidad de demostrar la responsabilidad del procesado en la comisión del atentado contra la vida, se tiene que el testigo, el señor Yovany Gamboa Palacio y/o Wilmer Alexis Rendón, desde el instante en que fue auxiliado por los policías que fueron a su encuentro, es decir, momentos después de que recibiera la lesión con arma blanca en su pecho, hizo el señalamiento directo en contra de Evergisto Córdoba González, al que habría reconocido como aquella persona que se encontraba en medio de una discusión con uno de sus compañeros

lustrabotas y que, al inmiscuirse en la misma, le propinó una puñalada.

Esta inmediatez del señalamiento de la víctima a su agresor aleja la probabilidad de una confabulación en su contra o que haya existido una equivocación, teniendo en cuenta que, según lo expuesto por los agentes de policía que acudieron al auxilio del afectado, el testigo desde un inicio les manifestó que el atentado lo había perpetrado la persona que se hallaba a su lado, al que vieron con una navaja en su mano y, ante la contundencia del señalamiento, procedieron a capturar al señor Evergisto Córdoba González.

Al respecto, alega la defensa que no se sabe de dónde sacan los policías, que llegaron cinco minutos después del altercado, que víctima y victimario bajaban juntos por las escalas del Metro, además que se entiende, por la ley de la sana crítica y la experiencia, que cuando un atacante hiere a su víctima se desplaza o intenta huir tomando distancia del atacado y, generalmente, en sentido contrario a donde se pudiera dirigir su víctima.

Al examinar sobre estos precisos aspectos los testimonios de los policías que realizaron la captura, se tiene que ambos coinciden en informar que, ante el requerimiento efectuado por la comunidad que les informó acerca de una riña en el Parque Berrío en la que habría una persona lesionada, se dirigieron al lugar observando a un ciudadano que bajaba por las escalas de la estación del Metro, zona sur, percibiendo que tenía sangre en su camisa a la altura del pecho, y detrás de

este se dirigía otro ciudadano que tenía empuñada en su mano derecha una navaja, siendo señalado por el primero como aquel que momentos antes le había propinado una puñalada debido a un altercado por \$12.000.

Aunque es cierto que en abstracto podría parecer extraño que el agresor no hubiese intentado tomar distancia de su víctima o huir del lugar como lo propone la apelante, en concreto y conforme con las circunstancias, se encuentra suficiente justificación con lo narrado por el patrullero Alexander Suárez Carrasquilla, quien de manera concreta indicó en el redirecto efectuado por la Fiscalía que, pese a que no observó la riña, procedió a capturar al señor Evergisto porque el señor Wilmar Alexis Rendón lo señaló como el agresor y que le creyó esta afirmación por cuanto en esos momentos ambos, víctima y agresor, estaban discutiendo, percibiendo que el señor Evergisto tenía empuñada en su mano derecha una navaja, mientras que al señor Wilmar le observa una mancha de sangre a la altura del pecho. Esta afirmación es reiterada en el recontra realizado por la defensa, manifestando el testigo que como tal no vieron la riña, pero que en el momento en que llegaron sí había una discusión.

Lo así indicado por el funcionario de policía en mención tiene corroboración con lo manifestado por la reputada víctima en su testimonio, específicamente cuando el fiscal del caso le indaga sobre qué le había expresado el agresor al momento en que le pegó la puñalada, respondiendo que: *“salió detrás de mí; el que me metió la puñalada salió detrás de mí, yo salí corriendo, y los muchachos del parque, más de uno, nos*

estaban deteniendo y me montaron al taxi; ya estaba era encima de mí, dándome a mí, no sé por qué motivo”.

Así las cosas, juzga la Sala, queda explicada la razón por la que el agresor se encontraba al lado del lesionado al momento en que acuden los agentes de policía, es decir, porque aquél habría salido detrás de su víctima con la aparente intención de seguirlo hostigando, lo cual fue atestiguado por el afectado y percibido por el patrullero Alexánder Suárez Carrasquilla, al afirmar que los observó discutiendo y al señor Evergisto empuñando una navaja en la mano.

En lo que atañe a la carencia de prueba de que el procesado hubiere sido el autor de la agresión, en tanto la víctima no lo reconoció, cabe acotar que ello no se debió a que considerara que el agresor era otra persona, sino porque el paso del tiempo le afectó la memoria para recordarlo, lo que en el contexto fáctico que lo precede le resulta al Tribunal entendible por cuanto la víctima afirmó no conocer a su agresor, de modo que sería la única vez que lo vio, es decir, sin haberlo observado con anterioridad ni con posterioridad al hecho, y lo hizo por poco tiempo en un encuentro esporádico y fugaz, a lo que se suma el que su testimonio lo haya vertido más de tres años después del suceso. Por supuesto que estas causas no tienen incidencia en la posibilidad que tuvo la víctima de señalar a su agresor minutos después de realizarse el atentado.

De otro lado, aunque sobre el mismo tema, la alegación de que en la memoria de la víctima queda permanentemente fijada la identidad de su agresor, se sustenta en una indemostrada ley de la experiencia; por el contrario, los postulados científicos apuntan a que la capacidad de rememoración es variable en las personas. No la demuestra la defensa ni la premisa en que la soporta y su tesis absoluta se evidencia como desconocedora de la naturaleza de la mente humana y de sus particularidades.

En cambio, se cuenta con los testimonios de los policías Kevin José Rada Pérez y Alexánder Suárez Carrasquilla que al unísono manifestaron que fue la propia víctima quien de manera inequívoca les señaló al agresor y que a este le fue hallada el arma blanca que empuñaba en su mano derecha, procediendo entonces a realizar en el acto la aprehensión de este ciudadano, quien se identificó como Evergisto Córdoba González, exhibiendo su cédula de ciudadanía, siendo posteriormente identificado plenamente como tal en el presente proceso a través de estipulación probatoria, por lo que no le surge duda alguna al Tribunal de que fue el acusado Evergisto Córdoba González el responsable del atentado contra la vida del señor Yovany Gamboa Palacio o Wilmer Alexis Rendón como se hace llamar.

Por supuesto que es menester precisar que los policías son testigos directos del señalamiento efectuado por la víctima, por lo que no se trata de prueba de referencia en cuanto a este específico aspecto; igualmente son testigos presenciales de un hecho indicador que compromete la

responsabilidad del acusado como era la tenencia de la navaja que les fue entregada voluntariamente, sin que se noticie que el justiciable en ese momento hubiere reclamado por la ajenidad de su compromiso con el suceso.

Alega la apelante que la Fiscalía habría preparado el libreto para la testificación de los policías por cuanto ambos utilizan las mismas expresiones, cuando lo cierto es que, al observar detenidamente sus testimonios, no se evidencia que hayan sido rendidos en iguales términos como si se tratara de un guion previamente preparado. A juicio de la Sala, las similitudes que se encuentran entre los dichos de estos testigos es fruto de que la Fiscalía efectuó el mismo interrogatorio a ambos gendarmes y que se basa en el mismo informe de captura. Contrario a lo alegado, juzga el Tribunal que cada testigo narró lo sucedido de la forma en que lo percibió individualmente y cuya concordancia, más que mecánica, revela que percibieron el mismo suceso. Por tanto, la Sala les otorga entera credibilidad, con mayor razón cuando no se demuestra ni se vislumbra motivo alguno de animadversión o de interés indebido en perjudicar al acusado, a quien ninguno de los dos policías conocía ni habían visto con anterioridad.

Desde luego que se torna irrelevante la acertada alegación de la apelante en cuanto a que con los testimonios de los policías resulta difícil explicar si la riña ocurrió en vía pública sobre la calle 50 con carrera 51, pues no les consta ya que no presenciaron la agresión, tal como lo afirmaron estos funcionarios en sus atestaciones y solo dan cuenta del

momento en que acuden a atender el caso, indicando claramente que se encontraban en la carrera 49 con calle 51 cuando fueron alertados por la ciudadanía sobre una riña en la calle 50 con carrera 51, por lo que de inmediato se dirigen al lugar y al llegar observan a un ciudadano que bajaba las escalas de la zona sur de la estación del Metro Parque Berrío. De otro lado, es la misma víctima quien especifica que los hechos sucedieron en el Parque Berrío cuando estaba lustrando zapatos con sus demás compañeros, por lo que ninguna confusión se presenta sobre el lugar de su ocurrencia, que en todo caso sería intrascendente.

Ahora bien, la defensa tacha el testimonio del afectado con base en que este le habría mentado desde un inicio a las autoridades sobre su verdadera identidad, lo cual fue explicado por el testigo diciendo que el cambio de nombre lo hacía porque su vida está en la calle y se hace pasar como Wilmar Alexis Rendón. Pero esta circunstancia, a juicio de la Sala, no resulta trascendente ni de su existencia se colige que no existiera la agresión ni la autoría de la misma, al margen de que resulte extraño, o no, que por el contexto en el que se desenvuelve el gremio al que pertenece el afectado, esto es, personas que trabajan informalmente en las vías públicas de la ciudad, específicamente en el Parque Berrío, utilicen otra identidad ya sea por motivos de seguridad o por ocultar su pasado.

Pero, además que la anterior conclusión se fundamenta en lo racional, pues no se percibe relación alguna entre ocultar la identidad y tener que mentir sobre haber sufrido la

agresión o quien fue el responsable de su herimiento, esto mismo se evidencia en la prueba como nada singular puesto que, como puede apreciarse del testimonio de la compañera permanente del afectado, la señora Aracelly Franco Ramírez, esta manifestó que se hacía llamar Johanna, como inicialmente se le identificó a su compañero cuando lo conoció, a lo que cabe agregar razones de analfabetismo o marginalidad, como sucede en este preciso evento en el que la víctima manifestó no contar con ningún grado de escolaridad y desempeñarse en el rol de lustrabotas en el Parque Berrío desde hace más de 20 años.

En todo caso, la Sala le da entera credibilidad al testimonio del señor Yovany Gamboa Palacio, pese a que inicialmente se hubiere identificado como Wilmar Alexis Rendón, toda vez que sus dichos resultan hilvanados, coherentes y encuentran corroboración con lo dicho por los policías que intervinieron en el procedimiento de captura, tanto es así que de forma sincera el testigo afirmó que no le era posible reconocer a su agresor, lo que reafirma que no le asiste interés en incriminar sin fundamento al acusado.

En consecuencia, se confirmará el sentido condenatorio de la sentencia objeto del recurso; pero la sentencia de primera instancia deberá ser objeto de modificación para hacer oficiosamente la corrección de suprimir la represión por las agravantes de la tentativa de homicidio ante la falta de congruencia y su carencia de demostración, lo que afecta no solo el debido proceso en lo concerniente a la debida

integración del contradictorio y las garantías de defensa, sino también la justicia de la decisión.

CORRECCIÓN OFICIOSA

A primera vista se percibe que existe incongruencia al deducirse en la sentencia de primera instancia la circunstancia de agravación contenida en el numeral 4° del artículo 104 del Código Penal, específicamente por haberse cometido la conducta por motivo abyecto o fútil. Lo anterior por cuanto en la acusación dicha agravante se hizo consistir en motivo abyecto, bajo o ruin, que lo constituiría el ánimo de venganza o retaliación porque la víctima intercedió o quiso defender al amigo Jorge que discutía con el agresor, mientras que en la sentencia objeto de recurso se indicó que la agresión se dio con motivo de un reclamo por \$12.000, lo que lo convertiría en “fútil, abyecto” (sic), cuando en realidad lo así expuesto constituye un motivo fútil que no fue atribuido en la acusación.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP3459-2016, radicación 37.504, del 16 de marzo de 2016, con ponencia del Dr. Luis Guillermo Salazar Otero, estableció lo siguiente:

“Ciertamente, en cuanto al agravante por motivos abyectos o fútiles previsto en el artículo 104, numeral 4 del Código Penal, es claro que dicho motivo aducido como desencadenante de la acción homicida se debe identificar plenamente, pues en manera alguna pueden catalogarse como situaciones idénticas o similares, ya que, como lo señala la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación, mientras que el motivo abyecto se relaciona con aquello que es bajo y vil, en cuanto

está determinado por razones que causan repudio general y que expresan una particular depravación y bajeza de ánimo, que suscita repugnancia en toda persona de moralidad media, el motivo fútil es aquel que reviste poca importancia, es matar sin que exista una razón de peso, por cuestiones baladíes o triviales, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho.

En cuanto se refiere a circunstancias específicas de agravación punitiva, resulta ineludible su debida acreditación en el curso del proceso, en razón a que, dada su connotación de elemento integrante del tipo básico, demanda la misma exigencia de concreción y claridad, toda vez que en cada caso concreto delimitan los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer, y además porque en respeto a las garantías procesales, el acusado no debe albergar duda frente a la acusación que debe enfrentar en el juicio, ni respecto de las consecuencias punitivas de la responsabilidad que le puede ser atribuida.

En tales condiciones, el convencimiento a que llegue el fallador respecto de determinada agravante, debe estar en consonancia con la acusación y sujeto a lo realmente probado en la vista pública de juicio oral, pues de lo contrario sería una especulación creativa de lo que no se ha aducido en juicio.

De ahí que sea importante la diferenciación de cada una de las eventualidades previstas en la causal de agravación punitiva en cuestión, con el fin de evitar yerros jurídicos al momento de concretar la responsabilidad de los acusados.

(...)

Así las cosas, partiendo de la base que la investigación de la verdad en el actual proceso penal se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del estado de derecho, lo cual significa que no puede ser obtenida a cualquier precio, y así como la presunción de inocencia sólo puede ser enervada con prueba lícita, la condena por un delito no es posible sin el respeto debido a las garantías del debido proceso y de los derechos constitucionales del implicado, necesariamente ha de concluirse que cuando el sentenciador condena por un delito distinto al de la acusación, vulnera el principio de congruencia que debe existir entre acusación y sentencia, pues la potestad de investigar, juzgar y sancionar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico, debe ceñirse a los principios y valores impuestos por la Carta Política y desarrollarse acorde con las

reglas previamente establecidas para el efecto. (Subrayas fuera del texto)

Retomando el caso concreto, se evidencia a todas luces que la deducción de la agravante en cuestión, en la forma en que lo hizo la juzgadora de primera instancia, trasgrede el principio acusatorio en el que se concreta la tajante separación entre la formulación de la pretensión punitiva que hace la Fiscalía y la adjudicación del derecho que reconoce el juez, de modo que este solo puede juzgar conforme al marco de decisión que válidamente haya fijado la Fiscalía.

No es aceptable ni legal que el juez *a posteriori* rediseñe cuál es la pretensión punitiva, incluso en lo que se refiere a la definición de las agravantes, pues asumiría no solo el papel de acusador, incompatible con la sistemática procesal que nos rige, sino que también lo haría sobreseguro, cuando ya se ha establecido el acervo probatorio, sin que al respecto pueda estar presente la contradicción, que solemos decir puede considerarse la virtud más significativa del sistema acusatorio.

Por tanto, ante la falta de congruencia entre acusación y sentencia, será del caso suprimir la agravante en comento indebidamente deducida por la primera instancia, la que materialmente tampoco se ve configurada, como se desprenderá de las restantes consideraciones.

En lo referente a la agravante contenida en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, se encuentra que en la acusación la misma se hizo consistir en haberse realizado la conducta aprovechando la situación de inferioridad de la

víctima quien es atacada de forma intempestiva y se encontraba sin armas con desventaja al agresor, sin que pudiera reaccionar o evitar el ataque, siendo avalada por el juzgado de primer grado al concluir que se dio sin lugar a dudas por cuanto la víctima cuando recibió la puñalada se hallaba desprevenido, ajeno a que la persona que discutía con su amigo lo fuera a agredir a él y que solo quería colaborarle a su compañero, estando desarmado y sin ánimo de herir al contrincante de su conocido, es decir, se hallaba indefenso para repeler la puñalada que sorpresivamente se le causó.

Con relación a la precisión debida con la que se debe atribuir la agravante del numeral 7 del artículo 104 del Código Penal y la obligación de estar demostrada dentro del proceso, la alta corporación, en providencia SP4037-2021 del 8 de septiembre de 2021, radicación 52285, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, dijo:

“La causal prevista en el numeral 7 del artículo 104 Código Penal es una circunstancia de agravación punitiva del *Homicidio*, esto es, que comporta un mayor disvalor en la conducta realizada, por el hecho de colocar a la víctima *«en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación»*.

Según ha tenido oportunidad de precisarlo la Corte, esta norma se refiere a dos categorías diferentes -indefensión e inferioridad-, sobre las cuales se reconocen cuatro distintas variantes de posible realización: la indefensión ocasionada por el agresor; la inferioridad producida por el atacante; la indefensión preexistente, de la cual se aprovecha el victimario; y, la inferioridad preexistente, aprovechada por el ofensor¹.

Así, esta Corporación ha explicado la diferencia existente entre el estado de indefensión y el de inferioridad:

¹ CSJ SP-2170-2020, 1º jul. 2020, rad. 56174.

Respecto del último motivo de mayor punibilidad, cabe precisar que la norma hace referencia a cuatro situaciones que surgen diferentes: (I) se puso a la víctima en situación de indefensión, (II) se la puso en situación de inferioridad, (III) la víctima se encontraba en situación de indefensión, la cual fue aprovechada por el agente activo, o (IV) el procesado se aprovechó de la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima.

*Se dice que los cuatro supuestos son disímiles por cuanto la **indefensión** comporta falta de defensa (acción y efecto de defenderse, esto es, de ampararse, protegerse, librarse), y una cosa es que el agresor haya puesto a la víctima (colocarla, disponerla en un lugar o grado) en esas condiciones, y otra diferente a que la víctima por sus propias acciones se hubiese puesto en esa situación, de la cual el agente activo se aprovecha (le saca provecho, utiliza en su beneficio esa circunstancia).*

*Por su parte, la **inferioridad** es una cualidad de inferior, esto es, que una persona está debajo de otra o más bajo que ella, que es menos que otra en calidad o cantidad, que está sujeta o subordinada a otra, y, por lo ya dicho, no equivale a lo mismo que una persona haya sido puesta en condiciones de inferioridad por el agresor, o que, estándolo por sus propios medios, el agente hubiese sacado provecho de tal circunstancia (subrayas y negrillas originales).²*

Igualmente, la Sala ha sido insistente en la necesaria explicitud en que la Fiscalía debe llevar a cabo la imputación tratándose de la referida circunstancia de agravación punitiva, debiendo determinar con claridad si se trata de indefensión o inferioridad, estableciendo sobre cuál de sus variantes recae el reproche penal:

Pero, además, debe tomarse en consideración que indefensión e inferioridad son categorías diferentes, de lo cual se sigue que, necesariamente, cuando se relaciona la agravante corre del resorte de la fiscalía no solo especificar a cuál de las varias opciones consignadas en el ordinal 7°, se refiere, sino demostrarla a cabalidad.

Incluso, para mayor precisión en torno de la responsabilidad predicable del autor, en estos casos no basta con determinar que la víctima efectivamente se encontraba en una condición específica de indefensión o inferioridad, sino que se obliga

² CSJ SP-16207-2014, 26 nov. 2014, rad. 44817.

*demostrar que ello no solo fue conocido por el acusado, sino que quiso aprovecharse de la ventaja inserta en dicha condición.*³

En ese sentido, se ha enfatizado igualmente que no es suficiente con que el acusador precise la modalidad y la variante, entre las posibles, dentro de la circunstancia de agravación punitiva del numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, sino que es necesario, además, que en los hechos jurídicamente relevantes se incluyan con claridad los aspectos circunstanciales que encajan dentro de los elementos estructurales de la agravante:

En todo caso, no basta con que en la acusación y en la sentencia se indique con precisión el fundamento normativo de la circunstancia de agravación (una de las cuatro modalidades atrás descritas). Es imperioso que en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, y en los hechos declarados en la sentencia, se incluyan los aspectos que encajan en cada uno de los elementos estructurales de la causal elegida.

*Lo anterior es imperativo en la acusación, entre otras cosas porque: (i) el procesado tiene derecho a conocer los hechos por los que es llamado a responder penalmente, para la adecuada preparación de su defensa; (ii) los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación determinan muchas de las decisiones que deben tomarse a lo largo del proceso, entre ellas, las atinentes a la pertinencia de las pruebas solicitadas por las partes; y (iii) los hechos de la acusación delimitan el marco decisional del juez, en virtud del principio de congruencia.*⁴ (Subrayas fuera del texto)

Aunque en el presente asunto se especifica que la circunstancia de agravación se presenta en tanto la víctima se encontraba sin armas y fue atacada de forma intempestiva, sin que pudiera reaccionar o evitar el ataque —lo que en realidad se trata de un estado de indefensión y no de inferioridad— no fue plenamente demostrado que el acusado tuviese conocimiento de esa situación, pudiendo incluso

³ CSJ SP-2170-2020, 1º jul. 2020, rad. 56174. En el mismo sentido, CSJ SP-166 2021,27 ene. 2021, rad. 47911.

⁴ CSJ SP-2896-2020, 12 ago. 2020, rad. 53596.

coexistir otras hipótesis que desvirtuarían la planteada en la acusación.

Sobre esto último se advierte que cuando se le indaga a la víctima la razón por la que el atacante le propinó la puñalada, explica que fue *“porque los estaba separando, seguro el problema con él creyó que le íbamos a tirar o alguna cosa”*. Pese a lo especulativo que resulta esta afirmación, lo cierto es que se trata de la propia percepción de la víctima y que podría explicar que en el contexto en que se produce la riña, posiblemente el agresor reaccionó de la forma en que lo hizo bajo la idea de un eventual ataque en su contra, situación que de paso logra desvirtuar o cuando menos generar dudas de que el motivo de la agresión lo fue el ánimo de venganza o retaliación porque la víctima intercedió o quiso defender a su compañero que discutía con el agresor.

Entonces, al surgir dudas acerca de que el procesado, de un lado, conocía que quien resultó agredido se encontraba en condición de indefensión, y de otro lado que, sabiéndolo, quiso aprovecharse de la ventaja inserta en esa condición, no queda otra alternativa que suprimir la agravante en mención.

En conclusión, por haberse afectado el debido proceso en su atribución de una causal de agravación y por deficiencia de demostración en la otra, no procederá reconocer circunstancias específicas de agravación del delito de homicidio, lo que impone readecuar la pena, para lo cual sería del caso acudir a los parámetros empleados por la juzgadora para tasar la sanción, sino es porque encuentra el Tribunal

que solo resultan parcialmente válidas las razones empleadas por la juez para apartarse del mínimo de la pena a imponer.

En efecto, al observar la sentencia de primera instancia se percibe que el incremento punitivo se fundamentó en la gravedad de la conducta y su modalidad, la intensidad del dolo y que el grado de culpabilidad se reveló al máximo, así como el daño ocasionado a la víctima y al bien jurídico de la vida; no obstante, dichos criterios, a excepción de la gravedad y modalidad de la conducta, no fueron desarrollados por la juez de primer grado, quedando en la sola enunciación, con lo cual se transgrede el contenido del artículo 59 del Código Penal que, como norma rectora del proceso de dosificación punitiva, establece que “toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”.

Conviene precisar que los jueces carecen de discrecionalidad para estimar a su arbitrio el monto de la pena a imponer, puesto que, como puede verse, existen parámetros legales para individualizar las sanciones como lo son los señalados en el artículo 59 antes citado y en el artículo 61 inciso 3° ídem, los cuales han de aplicarse motivadamente de acuerdo con las circunstancias particulares del caso concreto y con la debida concreción de los fines de la pena contenidos en el artículo 4 íbidem. Sobre esta precisa temática, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SPSP918- 2016 del 3 de febrero de 2016, Radicación N° 46.647, dejó establecido lo siguiente:

“Como lo ha venido precisando la Sala, la adecuada motivación del proceso de dosificación punitiva es un elemento toral para predicar la legitimidad de la imposición de una determinada pena. El sistema punitivo adoptado por el Código Penal colombiano concibe un proceso de tasación que parte de *montos mínimos* de sanción prefijados legislativamente, como expresión de compensación (general y abstracta) del injusto culpable. Así mismo establece límites máximos que el juez no puede sobrepasar, so pena de violar la legalidad y desconocer la prohibición de exceso.

Dentro de tal margen de apreciación *reglado*, al sentenciador no le es dable escoger a su discreción un monto que bien le parezca para sancionar. No. Partiendo del respectivo *tope mínimo* a aplicar dentro del cuarto pertinente, aquél está en el deber de *argumentar por qué se aparta de la mínima sanción* prevista legislativamente e incrementa, en el caso concreto, el monto de pena. Si existe un deber de motivación en caso de aplicación de rebajas punitivas (CSJ AP 24.07.2013, rad. 41.041), *a fortiori*, el juez está obligado a motivar los aumentos. En tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera *ius fundamental* del condenado. Así como un aumento de penas inmotivado o carente de fundamento en el ámbito legislativo deviene en inconstitucional (CSJ SP 27.02.2013, rad. 33.254), esta misma consecuencia es predicable de la imposición concreta de una pena, que inmotivadamente se aparta de los límites mínimos.

La motivación del proceso de individualización de la pena -en lo cuantitativo y lo cualitativo- no puede desarrollarse de cualquier manera. La fundamentación explícita de que trata el art. 59 del CP ha de abordar los criterios a ponderar, establecidos en el art. 61 incisos 3° y 4° ídem. La simple transcripción de éstos, sin un concreto razonamiento probatorio que los articule con el asunto *sub júdice* es del todo insuficiente. Como también se ofrece incompleta una motivación carente de conexión con las funciones que la pena ha de cumplir en el asunto particular.”

Retornando el asunto bajo examen, se encuentra que al momento de ponderar los factores de individualización, el juzgado de primera instancia incurrió en una motivación evidentemente deficiente para fijar la pena, lo cual configura

una vulneración al debido proceso sancionatorio ante una dosificación punitiva discrecional basada en la sola alusión a los criterios previstos en el artículo 61 inciso 3° del Código Penal, lo que de contera hace que el aumento del tiempo de prisión devenga en ilegítimo y, por ende, amerita su corrección.

Cabe advertir que, dado que el texto de la sentencia de primera instancia se encuentra incompleto, específicamente en el aparte de la individualización de la pena (final de la página 25), se hizo necesaria la remisión al registro de la lectura del fallo, encontrando que en esta la juez expresó los motivos para entender que la conducta delictiva era grave, indicando que:

“...y de conformidad con la gravedad del delito, pues como dijo el señor fiscal, la víctima estuvo casi ad- portas de morir si no se le hubiere corrido tanto a llevarlo a que recibiera atención médica urgente porque si no, como dijo la médica legista, hubiera fallecido ya que le dio en una parte vital e importante de su cuerpo que no esperaba atención médica espaciada, sino casi de inmediato.”

Para la Sala los motivos así fundamentados resultan válidos para sustentar el criterio que, aunque se alude a la gravedad y modalidad de la conducta, realmente apunta al mayor grado consumativo en la tentativa; sin embargo, los restantes parámetros aludidos no fueron sopesados ni se concretó su significado de cara a la hipótesis delictiva, toda vez que simplemente quedaron en su enunciación.

Es así como no fueron expuestos los fundamentos para entender que hubo una mayor intensidad del dolo o que el

grado de culpabilidad se reveló al máximo, lo cual no estaría demostrado si se tiene en cuenta que se trata de un evento ocasional sin lugar de premeditación, como tampoco se especificó en qué consistiría el daño ocasionado a la víctima que justificaría un mayor grado de reproche en términos retributivos, mientras que considerar para esos fines la afectación por sí sola al bien jurídico de la vida se trataría de un aspecto que quebranta el principio de *non bis in ídem* puesto que, precisamente, el legislador lo tuvo en cuenta al concretar el grado de injusto desde la óptica de la retribución al determinar las penas aplicables para el delito en cuestión, salvo que se hubieren presentado fundamentos que precisaran un mayor desvalor de la acción de cara a la vulneración del bien jurídico protegido, lo cual no se hizo como quedó claramente establecido.

En consecuencia, de los cuatro criterios empleados por la juez de primer grado para incrementar en 4 meses el mínimo de la pena a imponer para el delito de tentativa de homicidio agravado, solo subsistirá uno de ellos, esto es, el atinente a la mayor proximidad de la consumación. Así las cosas y, aplicando el principio de proporcionalidad, el Tribunal entenderá que por cada criterio la sanción se incrementó en un (1) mes y será sobre esta cantidad que se procederá a efectuar el incremento final.

Entonces, solo se reconocerá el aumento de 1 mes de prisión para la tentativa de homicidio agravado, lo que equivale al 1,6% de los 62,5 meses de movilidad que permite el primer cuarto en el que se movió la primera instancia. Por

su lado, el delito de homicidio simple (artículo 103 del Código Penal) apareja una pena que oscila entre 208 y 450 meses que, sometida a los descuentos señalados en el artículo 27 del Código Penal, esto es, la mitad para el mínimo y tres cuartas partes para el máximo, sería de 104 a 337,5 meses de prisión, por lo que el primer cuarto de movilidad se ubica entre 104 a 162,37 meses y, aplicándole a este ámbito —que equivale a 58,37 meses— el 1,6% arroja una cantidad de 0,933 meses que convertidos a días da como resultado 28, por lo que la sanción a imponer en definitiva será de 104 meses y 28 días de prisión. A ese mismo lapso se reduce la inhabilitación de derechos y funciones públicas.

No será menester reexaminar la procedencia de subrogados o sustitutos toda vez que, ante la alta punibilidad, no se cumple para el efecto con el presupuesto objetivo exigido por los artículos 63 y 38 del Código Penal, en tanto la sanción impuesta supera los 48 meses para la suspensión condicional de la ejecución de la pena y en la ley el rango mínimo supera los 8 años de prisión para la concesión de la prisión domiciliaria. Sin embargo, la Sala deja sentando que la gravedad de la conducta atribuida al procesado no desborda la propia del delito, dejándose así abierta la posibilidad para que en su momento el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad decida sobre el otorgamiento o no de la libertad condicional, previa verificación del cabal cumplimiento de los demás requisitos exigidos para su procedencia.

Finalmente, atendiendo a que la Sala percibe una grave irregularidad como lo fue la demora en la remisión del

expediente a este Tribunal para surtir la segunda instancia, teniendo en cuenta que el auto que concedió el recurso de apelación fue emitido el 27 de septiembre de 2021, mientras que la actuación fue efectivamente remitida para su reparto el día 12 de septiembre de 2022, esto es, pasado casi un año, se conmina a la juez de primer grado para que, si no la ha hecho, imponga los correctivos que sean del caso, incluyendo la respectiva noticia ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, si a ello hubiere lugar.

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

RESUELVE

Primero: Confirmar la sentencia objeto de recurso, pero modificarla para declarar la responsabilidad penal del señor Evergisto Córdoba González como autor de la comisión del delito de homicidio simple tentado. En consecuencia, la pena que deberá descontar será de ciento cuatro (104) meses y veintiocho (28) días de prisión, lapso al cual queda reducida la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo demás rige el fallo impugnado.

Segundo: Conminar a la Juez 14° Penal del Circuito de Medellín para que, si no lo ha hecho, imponga los correctivos que sean del caso, incluyendo la respectiva noticia ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial si a ello hubiere

lugar, ante la excesiva demora en el envío de la actuación a la segunda instancia para surtir el trámite de apelación.

Tercero: Esta sentencia queda notificada en estrado al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO