



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	05001-60-00206-2019-16037
PROCESADO	LUIS FERNANDO VALENCIA SERNA
DELITO	TENTATIVA DE HOMICIDIO
PROCEDENCIA	JUZGADO 3 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

MAGISTRADO PONENTE:

DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022), mediante Acta Nro. 009 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la Fiscalía y la defensa del ciudadano **LUIS FERNANDO VALENCIA SERNA** en contra de la sentencia condenatoria proferida el 11 de agosto de 2021 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, por el delito de **TENTATIVA DE HOMICIDIO**.

2. HECHOS

El 3 de julio de 2019 a eso de las 19:00 horas, el señor **EDWIN ANTONIO CORREA ALZATE** llegó a la residencia de su novia **FRANCIA MEJÍA CARDONA** ubicada en la carrera 18 Nro 52-156 interior 204 del barrio Caicedo de Medellín y se quedó viendo televisión. A eso de las 21:00 horas llegó **LUIS FERNANDO VALENCIA SERNA**, ex pareja de **FRANCIA** quien ingresó al inmueble y atacó con arma blanca a **EDWIN ANTONIO**, mientras la mujer escapaba con su hija, regresando minutos después con su hermano y un cuñado, quienes detuvieron al agresor, mientras que la víctima fue trasladada a la Clínica del Sagrado Corazón donde lograron salvarle la vida.

3. RECUENTO PROCESAL

El 4 de julio de 2019, ante el Juzgado Segundo Penal de Garantías de Medellín, luego de la legalización de captura, la Fiscalía formuló imputación al señor **LUIS FERNANDO VALENCIA SERNA** por el delito de **TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO** de conformidad con los artículos 27, 103, 104 numerales 4 y 7 del Código Penal, no obstante, este no se allanó a los cargos. En esa misma fecha se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio.

Seguidamente, la Fiscalía radicó escrito de acusación correspondiendo el asunto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, donde se llevaron a cabo las audiencias de acusación¹, preparatoria² y juicio oral³. Finalmente, el 11 de agosto de 2021, se emitió sentencia condenatoria en contra del mencionado ciudadano, la cual fue impugnada tanto por la Fiscalía como por la defensa.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, luego de hacer un recuento de los hechos, de las estipulaciones probatorias, de las pruebas practicadas en el juicio oral y de los alegatos de conclusión, concluyó que en este caso no solo se demostró la existencia del punible que se le endilgó al acusado, esto es la tentativa de homicidio (aunque sin las agravantes deducidas, por cuanto las mismas no fueron probadas), sino también su responsabilidad penal en su comisión.

Afirma que en este caso no se discute la presencia del procesado en la vivienda de la señora **FRANCIA**, pues ello se demostró con la declaración de esta y los agentes de policía que llegaron a atender la llamada, así mismo se probó con suficiencia que fue **LUIS FERNANDO** y no otra persona la que hirió a **EDWIN ANTONIO**, hecho que fue demostrado con la declaración de la propia víctima, así como con la historia clínica que da cuenta de las lesiones que este le propinó, y aunque la defensa afirma que no existe ningún testigo directo del acto, por cuanto **FRANCIA** salió de la casa y los patrulleros llegaron mucho después, en este caso se cuenta con la versión de la víctima directa quien es conteste en señalar a **LUIS FERNANDO** como la persona que lo agredió con un cuchillo.

¹ Audiencia del 25 de octubre de 2019

² Audiencia del 10 de marzo de 2020

³ Audiencias del 6 de mayo, 20 de agosto, 5 de octubre, 15 de octubre, 11 de noviembre, 25 de noviembre y 14 de diciembre de 2020 y 11 de agosto de 2021.

En cuanto a la declaración de la señora **FRANCIA** si bien adoptó una actitud reticente al declarar en contra del procesado, lo que se explica por ser este el padre de sus hijas, lo cierto es que con su testimonio se corrobora que fue este y no otra persona la que llegó a su casa en forma violenta. A estas declaraciones se suma que el señor **VALENCIA SERNA** fue capturado en situación de flagrancia, tal y como lo expusieron los agentes de la policía y los miembros de la comunidad que lograron detenerlo de la agresión.

Respecto a las lesiones, se sabe que fueron producidas con arma blanca, dos de ellas en la espalda y la mano, en tanto que la de la cabeza, se explica porque la víctima en su intento de repeler el ataque se golpeó con un vidrio de la ventana. Las demás heridas quedó acreditado que se produjeron por maniobras defensivas y la de la espalda cuando trató de escapar del acusado y si bien de acuerdo a los peritos, estas no colocaron en riesgo la vida del señor **EDWIN ANTONIO**, lo cierto es que ello no desdice la comisión del ilícito, pues la prueba recaudada demuestra que el acusado actuó con dolo o intención homicida, hecho que se evidencia de la conducta de ir a la cocina por un cuchillo y agredir al compañero de su novia en varias ocasiones, deteniéndose solo cuando los parientes de esta intervinieron.

De otro lado, en relación a la prueba pericial afirma que si bien desde el punto de vista médico no se puso en riesgo la vida del ofendido, una valoración conjunta de todos los medios probatorios lleva a concluir la existencia del homicidio tentado y no de lesiones personales como afirma la defensa, toda vez que la agresión definitiva que hubiera puesto final a la vida de este fue esquivada por el forcejeo, empero el dolo de matar es evidente, sin mencionar que la herida que le hizo en la espalda a la altura de los pulmones, deja ver su intención de quitarle la vida, cesando solo el peligro cuando los familiares de **FRANCIA** pudieron detenerlo.

En punto a los argumentos de la defensa, según los cuales el procesado nunca le dijo a la víctima que lo quería matar, si bien dentro del proceso se le impugnó la credibilidad al señor **EDWIN ANTONIO** sobre las palabras que el acusado le dijo quedando claro que este no recordó exactamente que fue lo que **LUIS FERNANDO** le dijo, lo cierto es que del contexto en que se produjo el hecho se puede concluir que estas fueron amenazantes.

Continuando el análisis de los elementos de la tentativa de homicidio, hace mención al inicio de la ejecución de la conducta, mediante la realización de actos idóneos en orden a señalar que el acusado desplegó una conducta inequívoca tendiente a quitarle la vida a la víctima, lo

atacó varias veces con arma blanca, logró herirlo pese a que este trataba de defenderse, quedando en la no consumación del delito por causas externas a la voluntad del autor, de un lado dada las maniobras defensivas de **EDWIN** y por otro la intervención de dos familiares de la novia de este que pudieron detener a **LUIS FERNANDO**, configurándose cada uno de los elementos contenidos en el artículo 27 y 103 del Código Penal.

Frente a las agravantes deducidas en la acusación, esto es por haberse cometido la conducta con motivo abyecto o fútil (por venganza del procesado hacia la víctima) y aprovechando su estado de indefensión, considera que las mismas no fueron probadas, en primer lugar porque la víctima logró ponerse alerta, cuando notó que el procesado iba hacia la cocina por un cuchillo y defenderse con sus manos previniendo la ocurrencia de heridas fatales y frente a la causal 4, lo que se demostró fue que el procesado actuó bajo un estado de emoción de celos, aspecto que se ubica como una circunstancia de menor punibilidad, pues **LUIS FERNANDO** actuó por temor de perder a su familia.

Por lo anterior concluye que en este caso existen elementos para predicar la autoría y participación del señor **VALENCIA SERNA** en la comisión del delito de tentativa de homicidio simple, está claro que hubo un riesgo efectivo para la vida de una persona y además que el procesado es una persona imputable con capacidad de comprender y determinarse de acuerdo a esa comprensión, con conciencia de la ilicitud de su actuar, sin que exista una causal que conduzca a atenuar la responsabilidad, haciéndose acreedor de un reproche penal.

En cuanto a la pena a imponer, luego de la respectiva dosificación punitiva, se le impuso al procesado una sanción de 104 meses de prisión, así mismo se le impuso la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal y se le negaron los subrogados penales.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, la fiscalía y la defensa presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

5.1.LA FISCALÍA: En su condición de recurrente solicita la modificación parcial del fallo condenatorio en el sentido de reconocer la configuración de las dos circunstancias de

agravación deducidas en la acusación, es decir, por haberse cometido la conducta con motivo abyecto o fútil y aprovechando la inferioridad en que estaba la víctima. Consecuente con ello, pide el aumento de la pena impuesta correspondiente al punible de tentativa de homicidio agravado.

En relación al motivo abyecto, expuso la *a quo* que este no se configuraba, ya que el procesado actuó movido por sentimientos de celos y miedo, una pasión excusable como atenuante genérica, así como tampoco se configuraba el aprovechamiento de la inferioridad, pues la víctima pudo levantarse de la cama y defenderse con las manos, para evitar la muerte, argumentos de los cuales discrepa el ente acusador por lo siguiente:

Respecto al motivo abyecto o fútil, dicha agravante fue enrostrada al acusado, ya que este atacó a la víctima en retaliación o castigo por estar en la casa de sus hijas y tener una relación sentimental con quien fuera su ex compañera. Tal y como lo demostraron los testigos, el señor **EDWIN** se encontraba en la casa de su novia, viendo televisión cuando fue atacado, no estaba realizando nada indebido, además en ocasiones anteriores lo había agredido, comportamiento asociado a expresiones de celos, pero que en modo alguno desdibuja el motivo abyecto, bajo o ruin del ataque: castigar al novio de la madre de sus hijas por su relación.

El mensaje es claro: usted mujer, madre de mis hijas no puede tener otra relación, ni tener otro hombre en la casa, lo que denota una visión machista que debe ser superada. Esta violencia no es producto de un acto de celos, sino de un caso de violencia de género transversal, pues el acto violento lo padece la misma mujer que decide reiniciar una nueva relación de pareja, aspecto que conforme los mandatos jurisprudenciales imponen el abordaje del caso con perspectiva de género.

En cuanto al aprovechamiento de la inferioridad, es claro que la víctima estaba desprevenida, viendo televisión, cuando recibió un ataque repentino, además estaba desarmada, al punto que la última de las heridas que recibió fue en la espalda cuando trataba de huir, todo lo cual demuestra una desventaja que fue aprovechada por el agresor, de ahí la configuración de esta agravante, sin que pueda decirse que queda eliminada porque el ofendido logró ponerse de pie y forcejear con el acusado, ello no elimina el ataque intempestivo, pues igual el señor **EDWIN** salió herido y si bien tanto este como la señora **FRANCIA** se mostraron reticentes a declarar e incurrieron en algunas imprecisiones, la

Fiscalía les impugnó credibilidad, en orden a probar que las cosas que dijeron sobre golpes en un vidrio estaban dirigidas a morigerar la agresión.

En conclusión, el ente acusador solicita modificar la sentencia condenatoria proferida en primera instancia declarando que sí se configuraron las dos circunstancias de agravación deducidas en la acusación y consecuente con ello, imponer una condena por homicidio tentado agravado, disponiéndose además la orden de captura para el procesado.

5.2. LA DEFENSA: El apoderado contractual de la defensa también interpuso recurso de alzada, solicitando la revocatoria del fallo de condena y la consecuente absolución de su cliente o en su defecto la sustitución del fallo por el delito de lesiones personales, por considerar que en este proceso quedó demostrado que su representado actuó bajo un estado de ira o intenso dolor y que la decisión de instancia está fundamentada en interpretaciones subjetivas basadas en reglas de la experiencia que no aplican en el caso particular.

Expresa que no comparte el argumento referido a los presupuestos de la tentativa, como es el dolo o la intención de su representado en quitarle la vida al señor **EDWIN**, ello no es más que una interpretación de lo que verdaderamente ocurrió, como quiera que los dos peritos que participaron en el juicio descartaron de tajo que las lesiones pusieran en peligro la vida de la víctima, de ahí que el argumento de la a quo no tiene base científica, ni tampoco una prueba directa que así lo acredite.

Sostiene que no entiende como la funcionaria de primer grado concluyó erradamente que la intención de su cliente era quitarle la vida a **EDWIN**, sin tener en cuenta el génesis del asunto que dio origen a la pelea, esto es, los celos y la rabia que tenía el señor **LUIS FERNANDO**, al encontrar al agredido en la casa de su ex pareja, en donde viven sus hijos, cuando ello es una circunstancia de atenuación punitiva como es la ira o el intenso dolor, un estado de celos o pasiones como en efecto se determinó en la sentencia, circunstancia que favorece al acusado y que debió tenerse en cuenta al momento de la imposición de la pena, pues si hubo interpretaciones subjetivas para interpretar de manera errada la intención o el dolo, también debió aplicarse por favorabilidad esa circunstancia, condenando a su cliente por lesiones personales. En ese orden, de prosperar su petición y condenarlo por este delito, pide que se concedan los subrogados penales.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, despacho que profirió la providencia atacada.

Son varios los problemas jurídicos planteados por los apelantes, de manera que, para un orden adecuado del fallo, dado que la prosperidad de uno de los cargos torna inane el examen de los demás, se abordarán en el siguiente orden: **i)** existencia del delito de tentativa de homicidio y su diferencia de las lesiones personales, conforme la prueba recaudada en el juicio; **ii)** de la configuración de un motivo abyecto o fútil como agravante; **iii)** del aprovechamiento de indefensión de la víctima; **iv)** del reconocimiento de la circunstancia de ira o intenso dolor; **v)** dosificación punitiva y subrogados penales.

6.1. DELITO DE TENTATIVA DE HOMICIDIO Y SU DIFERENCIA CON LAS LESIONES PERSONALES.

Lo primero que debemos señalar es que la diferenciación clásica entre el delito de tentativa de homicidio y las lesiones personales es uno de los debates que mas ha generado discrepancias dentro del derecho penal, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ambas conductas punibles se encuentran insertas dentro del mismo bien jurídico de la vida y la integridad personal, ambas tienen similitud en su ejecución y en las consecuencias que se desprenden para los sujetos pasivos, quienes normalmente quedan con heridas o secuelas producto de estas. En cuanto a los medios utilizados, existe una gama de herramientas con las que se puede configurar cualquiera de ellas, de manera que no es fácil su diferenciación.

Pese a ello, la Corte Suprema de Justicia⁴ y la doctrina nacional y foránea han desarrollado varios elementos que permiten diferenciar cuando se está frente a una intención homicida (*animus necandi*) de cuando se tiene la intención de causar lesión (*animus laedendi*), atendiendo las siguientes circunstancias:

a) Precedentes: En estas se incluye examinar las relaciones que ligan al autor y la víctima, la personalidad del agresor y del agredido, las actitudes e incidencias observadas y acaecidas en momentos precedentes al hecho, esto es si mediaron actos provocativos,

⁴ CSJ. Auto AP1520-2021 radicado 57182 del 28 de abril de 2021.MP. Gerson Chaverra Castro.

palabras insultantes, amenazas etc, la causa para delinquir, manifestaciones del culpable y sus actividades anteriores al delito, entre otras.

b) Concomitantes: Dentro de estas circunstancias se incluye el medio utilizado, es decir, las dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar; el lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirige la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital; la dirección, número o violencia de los golpes, las condiciones del espacio, tiempo y lugar, la insistencia o reiteración de los actos atacantes entre otros.

c) Posteriores: En esta se analizan las manifestaciones de los intervinientes durante o con posterioridad a la contienda, el comportamiento del agresor tras la perpetración de la acción criminal y la reiteración de los actos atacantes entre otros.

No empecé lo anterior, el alto tribunal ha señalado que no es necesario para determinar la intención positiva de matar que se den todas y cada una de estas circunstancias, tampoco puede entenderse desvirtuada esa intención simplemente porque desde el punto de vista médico las heridas no pusieron en riesgo la vida del agredido, toda vez que la intención homicida acompañada de actos de ejecución es sancionable aún en casos en que el ofendido resulte absolutamente ileso. Así expuso la Corte:

“...la conducta punible bajo el dispositivo amplificador de la tentativa puede aún presentarse en el caso de que la víctima haya resultado ilesa, sin que al efecto tenga trascendencia la naturaleza de las lesiones o la escasa incapacidad médica, pues lo que cuenta es la intención del agente y la acción dirigida contra la vida ajena, que es puesta en peligro o riesgo, sin que la lesión resultare factor definitorio”⁵

(...)

“Para determinar la estructuración del homicidio en la modalidad de tentativa el ex fiscal no debió prescindir del fin perseguido por el agente...”

Ese designio criminal se revelaba a partir de los actos externos ejecutados, las manifestaciones verbales, el arma utilizada, la forma y el número de veces en que es usada, la causa y el momento del empleo y la localización de la herida. De manera que no tenía que reducirse a un específico resultado para predicar que la conducta se acomodaba al delito de homicidio en la

⁵ CSJ. sentencia del 15 de mayo de 2003, reiterada, entre otras en la SP16905 de 2016, Rad. No. 44312.

*modalidad de tentativa, sino que, para tal fin, debía explorar los actos ejecutados, los cuales dejan ver cuál era la intencionalidad de los delincuentes*⁶.

Aplicando los anteriores criterios al caso que nos ocupa, encontramos que en este caso la defensa reprocha la decisión de primer grado, pues en su sentir la prueba científica, esto es, los dictámenes de los dos médicos legistas que intervinieron en el examen de la víctima descartaron de tajo que las lesiones presentadas por **EDWIN ANTONIO** hayan colocado en riesgo su vida y por ende no se configuraba el delito de homicidio tentado. En este punto, resulta contradictorio que la defensa demande la absolución de su cliente, pues de prosperar este cargo, lo pertinente sería la degradación típica de la conducta a lesiones personales.

La Sala, tras el examen de la prueba recaudada en el juicio concluye que el argumento expuesto no es acertado, primero, porque si bien es cierto hubo dos legistas que conceptuaron que la vida del señor **EDWIN ANTONIO** no estuvo en peligro, también lo es que dicho concepto no resulta vinculante para la judicatura, pues ninguno de ellos examinó directamente a la víctima, sino que soportaron su conclusión exclusivamente en el examen de la historia clínica, a diferencia del médico **LUIS ALONSO RODRÍGUEZ**, que atendió al paciente en urgencias y que en su versión expresó que de no haberle dado manejo al sangrado que tenía, su vida habría corrido peligro, así hubiera llegado consciente y con la presión estable.

Ahora bien, debe recordarse que este criterio no es exclusivo para diferenciar las conductas punibles de tentativa de homicidio y lesiones personales, sino que se requiere mirar otros aspectos, en especial la intención del agente, conforme las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores del caso. Frente a ello, la prueba testimonial acopiada -en especial los testigos presenciales- permiten llegar al convencimiento sobre el animus necandi del procesado, quien movido por sus sentimientos hacia la actual pareja de quien fuera su ex mujer, se resolvió atacarlo sin mediar palabra, hecho que era reiterativo, pues meses antes había intentado ingresar por una ventana a la casa de **EDWIN**, lo había golpeado en la cara y también lanzaba constantes amenazas a **FRANCIA**.

En cuanto a las causas concomitantes, se demostró que el procesado al llegar a la casa de su ex pareja y sorprender allí a **EDWIN ANTONIO**, inmediatamente se dirigió a la cocina por un cuchillo, a sabiendas de la idoneidad de esta arma para causar lesiones mortales, lo trató de apuñalar varias veces mientras este se defendía, lo cortó los dedos, lo hirió en el tórax y

⁶ CSJ. Sentencia del 23 de septiembre de 2009, Rad. No. 30877.

cuando trató de escapar, lo apuñaló en la espalda cerca al pulmón, zonas consideradas vulnerables y vitales, al punto que de no haberse prestado el servicio de salud oportunamente habrían puesto en riesgo su vida.

Debe resaltarse, que tal y como lo dijera **EDWIN ANTONIO** el procesado se encontraba en estado de alicoramiento y este se logró escapar y pedir auxilio, cuando varios familiares de su novia llegaron a detener a **LUIS FERNANDO**, de lo contrario este habría continuado con el ataque hasta consumir el delito. Se desconoce el comportamiento del ataque con posterioridad a su captura o si ha reiterado sus amenazas.

Como puede verse, todas estas circunstancias son indicativas de la intención del procesado de acabar con la vida de su rival amoroso, su conducta agresiva no fue un impulso del momento, de los tragos o de su orgullo herido, sino que era algo reiterativo, derivado de su renuencia a aceptar la terminación de la relación con **FRANCIA**, valiéndose de todo tipo de amenazas y agresiones para truncar la relación de esta con **EDWIN ANTONIO** y cuando ello no funcionó, lo atacó con un cuchillo, siendo este un comportamiento idóneo para provocar la muerte, no consumándose gracias a la oportuna intervención de terceros, es decir, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

En este sentido, es equivocada la comprensión del apelante, pues son muchas las hipótesis fácticas en que los actos dirigidos a causar la muerte de una persona no se reflejan en un dictamen médico de muerte perentoria, o bien, ni siquiera alcanzan a producir lesiones corporales, pero están revestidos de incuestionable idoneidad. Piénsese en el supuesto de quien acribilla con disparos a un tercero para asesinarlo, pero por su deficiente puntería o por la reacción oportuna del agredido sólo le impacta en una extremidad, ora ni siquiera logra impactarle. En ese escenario no existirá un diagnóstico médico indicativo de que la víctima estuvo en el umbral del deceso, pero la valoración *ex ante* de los actos llevará a la afirmación cierta de su potencialidad para lograr la consumación del delito.

De ahí que la Sala, al igual que la Corte Suprema de Justicia estime en el análisis de casos análogos al acá examinado, que *«la conducta punible bajo el dispositivo amplificador de la tentativa puede aún presentarse en el caso de que la víctima haya resultado ilesa, sin que al efecto tenga trascendencia la naturaleza de las lesiones o la escasa incapacidad médica, pues*

lo que cuenta es la intención del agente y la acción dirigida contra la vida ajena, que es puesta en peligro o riesgo, sin que la lesión resultare factor definitorio...»⁷.

Desde luego, la demostración pericial de que la víctima estuvo cerca de fallecer puede incidir en la dosificación judicial de la pena, para la cual, en el caso del delito tentado, es relevante establecer «*el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo*». Una prueba de esa naturaleza, entonces, podrá conllevar una mayor respuesta punitiva, pero en modo alguno resulta indispensable para calificar la idoneidad de los medios desplegados.

No sobra agregar, que la forma en que ocurrieron los hechos permite inferir, más allá de toda duda razonable, que los actos ejecutivos desplegados por **LUIS FERNANDO VALENCIA SERNA**, además de idóneos, estuvieron inequívocamente dirigidos a provocar la muerte de **EDWIN ANTONIO** y, con ello, a lograr la consumación del delito. Ello se deduce del que haya dirigido las puñaladas a zonas de su cuerpo en las que existen órganos vitales para la supervivencia, y más aún, cuando éste se encontraba plenamente desprevenido y sin ofrecer ninguna resistencia. De ahí entonces que se desestimaré la petición de la defensa, respecto a la inexistencia del delito o su posible degradación a lesiones personales.

6.2. DE LA CONFIGURACIÓN DE UN MOTIVO ABYECTO O FÚTIL.

La circunstancia agravante contenida en el numeral 4 del artículo 104 del Código Penal, hace referencia a varias situaciones que median entre el hecho per se y la conducta delictiva desplegada por el agente. La primera de ellas es el homicidio por precio, promesa remuneratoria o ánimo de lucro, el segundo es por motivos abyectos y el tercero por motivos fútiles. Particularmente en estos dos últimos eventos, la Fiscalía no solo tiene el deber de demostrar el nexo de causalidad entre los motivos o móviles reseñados en la norma y el homicidio consumado o tentado, sino especificar al momento de lanzar los cargos, cual de ellos es el aplicable, pues algunos funcionarios del ente acusador, tienden a confundir estos términos o a tratarlos como sinónimos, lo que de contera afecta la congruencia.

Así, el motivo abyecto hace relación a la reprochabilidad por bajeza o ruindad, soberbia, codicia, avaricia o arrogancia moral con la que se comete el punible, en tanto que la futilidad, demanda un examen desde el bien jurídico tutelado para denotar la poca o ninguna importancia que se le da a este por el autor. En otras palabras, en el motivo abyecto existe

⁷ Sentencia de 15 de mayo de 2003, citada en CSJ SP, 23 nov. 2016, rad. 44312.

un móvil bajo, vil, que causa repudio general y que expresa una particular depravación y Bajeza de ánimo, mientras que el fútil se caracteriza precisamente por la ausencia de un móvil, por la insignificancia del hecho, es decir, se mata sin que exista una razón de peso, por cuestiones baladíes o triviales, que hacen resaltar de forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho⁸

Precisamente por esta diferenciación, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando se presenta una acción homicida, se debe identificar plenamente cual es la circunstancia de agravación deducida, pues no solo resulta ineludible su debida acreditación en el proceso, dada su connotación de elemento integrante del tipo básico, sino que debe especificarse cual de ellas se configura, dando concreción y claridad, en respecto de las garantías procesales del acusado, quien debe defenderse de las mismas en un juicio oral.

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. 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.

La consecuencia de la indeterminación de la causal de agravación deducida es la desestimación de la misma, pues desde ningún punto de vista es admisible que la atribución de una de estas circunstancias se aplique en forma elástica, es decir, dejando las circunstancias fácticas a arbitrio del fallador, pues con ello no solo se atenta contra la seguridad y previsibilidad de los términos en que se recibe la acusación por la defensa, sino que se desconocen todas las garantías del proceso, entre las que aparece privilegiadamente la del conocimiento previo por parte del imputado o acusado tanto del aspecto fáctico como del jurídico de lo que se le imputa o acusa.

En el caso que nos convoca, la Fiscalía no especificó cual de estas circunstancias agravantes es la que se compadece con el actuar del procesado, simplemente se limitó a hablar de sus problemas de celotipia, de su deseo de venganza o castigo hacia la víctima por estar en la casa de su ex pareja, quedando todo en un plano indefinido, pues si existía un motivo -así fuera de carácter netamente sentimental- no podemos hablar de futilidad y

⁸ CSJ. Sentencia 37504 del 16 de marzo de 2016. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

tampoco podemos afirmar que un comportamiento psiquiátrico asociado a los celos sea considerado abyecto, de manera que ninguna de estas agravantes conforme esa argumentación estarían llamadas a operar, debiendo en consecuencia la Sala frente a este punto concreto, desestimar la petición de la Fiscalía.

6.3. DEL APROVECHAMIENTO DE INDEFENSIÓN DE LA VÍCTIMA.

Al igual que la anterior circunstancia de agravación, la causal contenida en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal exige una especificación en punto a la situación fáctica que se acredita, esto es, si se colocó a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o se trata de un aprovechamiento de esta situación.

Lo primero que importa recordar es la diferencia que existe entre el estado de indefensión y el de inferioridad, según lo explicó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SP16207-2014:

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).*

De acuerdo con lo expuesto por la Fiscalía en sus alegatos de conclusión, la hipótesis fáctica a la que se alude es la contenida en el numeral III, esto es, que la víctima se encontraba en situación de indefensión, lo cual fue aprovechado por el sujeto activo. Frente a ese supuesto, la juez de primer grado, concluyó erradamente que esa circunstancia no fue probada, pues al notar la presencia de **LUIS FERNANDO**, el señor **EDWIN** se puso alerta y detuvo la agresión con sus manos, siendo este actuar estratégico el que evitó que las heridas fueran más graves.

Sobre el particular, a diferencia de lo afirmado por la *a quo*, la Sala considera que en este caso es evidente que el victimario se aprovechó de la indefensión en que se encontraba el señor **EDWIN ANTONIO**, quien estaba tranquilo viendo televisión concentrado en el resultado de un partido de fútbol en la habitación de su novia, cuando fue sorprendido por el acusado, quien al notar su presencia de inmediato se dirigió a la cocina por un cuchillo y sin darle oportunidad de reaccionar, se le abalanzó causándole múltiples heridas en las manos, el tórax y la espalda, esta última causada en el momento en que este trataba de escapar.

La prueba de estas circunstancias está acreditada no solo con el testimonio de la propia víctima, esto es, el señor **EDWIN ANTONIO**, quien narró con detalle la forma como lo abordó el acusado, sin darle oportunidad de reaccionar, ante lo repentino del ataque, sino también con la declaración de la señora **FRANCIA**, pues a pesar de la renuencia a declarar, conforme la entrevista que se le pusiera de presente en la Fiscalía, leyó apartes de su versión en los que relata como su ex pareja llegó a la casa y al notar la presencia de **EDWIN** dijo "*como así que este pirobo entrando a la casa de mis hijas*"⁹ e inmediatamente tomó un cuchillo de la cocina y se abalanzó sobre él, propinándole varias puñaladas, mientras que ella salió gritando pidiendo auxilio, hasta que sus vecinos y familiares lo detuvieron.

En esas condiciones, por la forma del ataque, el medio y la ausencia de medios defensivos, es evidente que la víctima no tenía forma de repeler el ataque del que fue objeto, por lo cual es dable concluir que se trata de una tentativa de homicidio agravada conforme la circunstancia prevista en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal, toda vez que el señor **LUIS FERNANDO VALENCIA SERNA** se aprovechó de la indefensión en que se hallaba el señor **EDWIN ANTONIO**, de ahí que ante la prosperidad de esta censura se modificará la sanción impuesta en la parte resolutive, una vez concluido el examen de los demás cargos.

⁹ Audio 1:52.57 lectura entrevista 4 de julio de 2019

6.4. DEL RECONOCIMIENTO DE LA CIRCUNSTANCIA DE IRA O INTENSO DOLOR

Según la defensa, su cliente es merecedor de la circunstancia de atenuación punitiva consagrada en el artículo 57 del Código Penal, como quiera que la génesis de esta agresión, fueron los celos y la rabia que tenía el señor **LUIS FERNANDO**, por encontrar al novio de su ex pareja en la casa de esta, lugar donde viven sus hijas, es decir por actuar bajo un estado pasional.

Sobre este punto en concreto, la Sala considera oportuno traer a colación algunas apreciaciones de la Corte Suprema de Justicia sobre la atenuante de que trata el artículo 57 del Código Penal, en orden a verificar si se cumplen los elementos que la estructuran para su reconocimiento:

“Del título de la disposición “ira o intenso dolor”, así como de la definición (“El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor”), deriva que se trata de dos institutos diversos: (I) la ira y (II) el intenso dolor, no obstante lo cual en este asunto se hizo referencia a tales conceptos como si se tratara de una sola situación, como si se estuviera ante dos sinónimos, pero desde los argumentos se deduce que realmente se quiso aludir a la ira.

Por “ira”, a voces del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende una pasión del alma que causa indignación y enojo; la acción de padecer; cualquier perturbación o afecto desordenado del ánimo; un enfado vehemente contra una persona o contra sus actos; el movimiento del ánimo que causa molestia, pesar, agravio, ofensa, contra una persona.

El “dolor” es un sentimiento de pena y congoja; angustia y aflicción del ánimo, cuidado, aflicción o sentimiento interior grande; temor opresivo. Pero ese dolor debe ser “intenso”, esto es, vehemente, de una fuerza impetuosa, ardiente y lleno de pasión.

Sobre las dos especies, la norma refiere que el agente activo se encuentre en ese “estado” (estado de ira o intenso dolor), concepto que hace referencia a la situación en que se encuentra una persona, a los sucesivos modos de ser de un individuo sujeto a cambios que influyen en su condición. De las definiciones se infiere que la ira apunta a una reacción más o menos momentánea, en tanto que el dolor, dada su “intensidad”, comporta un carácter de permanencia en el tiempo.

El artículo 57 penal determina que el estado generador del descuento punitivo es aquel que hubiere sido causado por un comportamiento grave e injustificado de un tercero, esto es, la actuación del último debe ser la causa, razón y motivo de la conducta delictiva. Debe existir una incitación del tercero para que se desencadene en el agente la agresión, o, lo que es lo mismo, una provocación que comporta irritar o estimular al otro con palabras u obras para generar su enojo, pero en el entendido de que tal provocación no puede ser de cualquier índole, sino de especiales características, como que debe ser grave (de mucha entidad e importancia, enorme, excesiva) e injusta (es decir, no justa, no equitativa; sin justicia ni razón).

Respecto de los elementos que estructuran la atenuante, la Corte ha enseñado (CSJ SP, 30 jun. 2010, rad. 33.163):

«Según lo tiene dicho en forma reiterada esta Sala, los elementos de la atenuante de ira e intenso dolor son los siguientes:

- a. Conducta ajena, grave e injusta.*
- b. Estado de ira e intenso dolor.*
- c. Relación causal entre la provocación y la reacción.*

Y es precisamente respecto del primero de tales presupuestos, en lo que tiene ver de manera específica con el desarrollo de una conducta grave de parte de la víctima, que no se encuentra satisfecha la disminuente, sobre lo cual pertinente resulta evocar el criterio de la Sala, en el entendido de que:

“...la gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación, dadas las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como por ejemplo, su situación psico-afectiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias, los sentimientos, el grado de educación, el nivel social y económico”¹⁰ (subraya fuera de texto)”.

La Sala igualmente ha dicho (CSJ SP, 9 may. 2007, rad. 19.876):

«2. Como lo ha dicho la Corte, para reconocer el estado de ira, resulta indispensable que los elementos probatorios tengan la capacidad de demostrar que efectivamente el acto delictivo se cometió a consecuencia de un impulso violento, provocado por un acto grave e injusto de lo que surge necesariamente la existencia de la relación causal entre uno y otro comportamiento, el cual debe ejecutarse bajo el estado anímico alterado. No se trata entonces, como atinadamente lo enseña la doctrina, de actos que son el fruto exclusivo de personalidades impulsivas, que bajo ninguna provocación actúan movidas por su propia voluntad. Y en el caso de que el acto sea origen de un estado emocional como los celos, es necesario diferenciar la existencia previa del acto reprochable, ultrajante y socialmente inaceptable por parte de la víctima de aquel que se origina en una responsabilidad predispuesta a sentirlos sin ningún motivo real.

Recuérdese que la provocación consiste en una conducta para mortificar o suscitar protesta, desagrado o inconformidad en una persona determinada, originando un estado de excitación que además de producir alteraciones orgánicas visibles o perceptibles, ocasiona pérdidas de control y obnubilación u ofuscación inocultables.

De esa manera, el estado emocional del inculpatado debe ser directamente provocado por un comportamiento grave e injusto, siendo estas últimas verdaderas cualificaciones jurídicas que el legislador impuso a la provocación. Habrá gravedad cuando el comportamiento tiene capacidad para desestabilizar emocionalmente al procesado y será injustificado cuando la persona no está obligada a soportar la ofensa que conlleva una situación insoportable por vulnerar sentimientos o

¹⁰ Sentencia del 13 de febrero de 2008, rad. 22.783. En el mismo sentido, entre otras, sentencia del 9 de mayo de 2007, rad. 19.867.

conceptos que para el ofendido son importantes y valiosos y, de otra parte, quien la hace no cuenta con autorización, privilegio o permisibilidad para hacerla.

Por ello, la gravedad y la injusticia de la provocación debe ser estudiada en cada situación, dadas las condiciones particulares de los protagonistas del conflicto y de aquellas en las que se consumó el hecho, como por ejemplo, su situación psicoafectiva, la idiosincrasia, la tolerancia, las circunstancias (tiempo, modo lugar, oportunidad, tono, expresión corporal y oral etc.), los sentimientos (honor, dignidad y auto estima), la formación (moral, cultural), el grado de educación, el nivel social y económico. De lo expuesto se infiere que no toda provocación es grave e injusta y que sólo los estados de ánimos originados por comportamientos con estas últimas connotaciones quedan amparados por la disminuyente de la ira o dolor examinada, siempre que la provocación provenga de quien padece las consecuencias».

Partiendo de los anteriores criterios y conforme las pruebas obrantes, es claro que en este caso el acusado obró, no como respuesta a una provocación grave e injusta de parte del novio de su ex pareja, esto es el señor **EDWIN ANTONIO**, pues este no se encontraba realizando ninguna actividad que ofendiera a sus hijas o que causará una reacción tan extrema, simplemente se encontraba en la casa de su novia -como dijera esta- viendo un partido de fútbol, de manera que no existe motivo o explicación para ese impulso violento que se desató en su interior, más allá de los celos que este tenía y que desde tiempo atrás venía manifestando, mediante actos amenazantes y agresiones, tanto a la víctima como a quien fuera su ex compañera sentimental.

La relación sentimental entre **FRANCIA y LUIS FERNANDO** había acabado mucho tiempo atrás, de manera que no puede hablarse de una expectativa cierta y razonable de fidelidad, a diferencia de la que existía entre **EDWIN y FRANCIA** la cual por demás era de público conocimiento, cosa diferente es que el procesado no estuviera de acuerdo con la ruptura, pero ello en modo alguno lo habilita o lo justifica para actuar de la forma en que lo hizo, tratando de dar muerte al novio actual de su ex pareja.

Es posible que el señor **LUIS FERNANDO** debido al estado de alicoramiento en que se encontraba haya actuado en forma impulsiva, pero lo cierto es que no existió ningún acto provocador o injusto de parte de **EDWIN**, de manera que ante la inexistencia de una relación causal entre su comportamiento y el de la víctima no puede predicarse la configuración de dicha circunstancia atenuante y por lo tanto se despachará negativamente la petición de la defensa.

6.5. DOSIFICACIÓN PUNITIVA Y SUBROGADOS PENALES.

Como quiera que uno de los cargos propuestos en el recurso de apelación prosperó, esto es, lo relativo a la circunstancia de agravación contenida en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, dado que la condena de primer grado fue por la modalidad de tentativa de homicidio simple, esta magistratura procederá a la respectiva modificación del fallo, respetando desde luego los criterios expuestos en el fallo de primera instancia.

Así las cosas, dado que al procesado se le impuso la pena de **CIENTO CUATRO (104)** meses de prisión, una vez efectuada la redosificación punitiva con el incremento correspondiente a la circunstancia de agravación contenida en el artículo 104 del CP, tenemos que los extremos punitivos oscilan entre 400 a 600 meses de prisión, quedando el primer cuarto entre 400 a 450 meses de prisión. Ahora bien, como quiera que partiremos del mínimo de la pena y dado que la conducta es en grado de tentativa, se disminuirá ese guarismo en un 50%, quedando la pena principal a imponer al señor **LUIS FERNANDO VALENCIA SERNA** en **DOSCIENTOS (200)** meses de prisión, como responsable del delito de **TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO**. Igualmente, la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas será por este mismo periodo de tiempo.

En cuanto a los subrogados penales, toda vez que por el monto de la pena no procede ninguno de ellos, se confirmarán los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia del 11 de agosto de 2021, en el sentido de declarar penalmente responsable al señor **LUIS FERNANDO VALENCIA SERNA** del delito de **TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO**, imponiéndole una pena de **DOSCIENTOS (200)** meses de prisión al igual que la pena accesoria, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales del fallo de primera instancia.

Sentencia de 2° Instancia
RADICADO: 05001-60-00206-2019-16037
PROCESADO: LUIS FERNANDO VALENCIA SERNA
DELITO: TENTATIVA DE HOMICIDIO

TERCERO: Esta sentencia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

CUARTO: copia de esta providencia será enviada a la juez de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado