



## **SALA PENAL**

Magistrado Ponente:

**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Acusatorio ordinario: 2020-4602

Aprobado mediante acta 17

Medellín, febrero primero (1) de dos mil veintitrés (2023).

Se decide el recurso de apelación presentado por el defensor contra la sentencia dictada por el Juez Once Penal del Circuito de Medellín en contra de Juan Fernando Mesa Yarce como autor de los delitos de *"TENTATIVA de HOMICIDIO AGRAVADO, en concurso heterogéneo con HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO, previstas en los artículos 27, 31, 103, 104 numerales 2 y 7, 239, 240 penúltimo inciso y 241 numeral 9 del Código Penal"*.

## **ANTECEDENTES**

### **1. La sentencia.**

El juicio tuvo los siguientes escenarios: i) se estipularon la identidad del acusado, que el 25 de febrero de 2020 este fue atendido en el Hospital San Vicente Fundación por lesiones recibidas veinticuatro (24) horas antes y la identificación de la

moto de placas VZX30. ii) La Fiscalía presentó como testigos a los patrulleros Henry Esneyder López Henao y a Juan Guillermo Luján Chica, a la víctima Y.E.R., su madre Adriana María Román Gutiérrez (con quien se incorporaron las fotografías de las heridas del lesionado), el médico forense Francisco Javier Jaramillo Ochoa y al testigo de los hechos Joiner Ramírez Muñoz. Y por la defensa, Juan Fernando Mesa rindió su declaración final.

El Juez, en su sentencia del pasado 3 de junio, encontró demostrados los siguientes hechos:

A eso de las 14:00 horas del 24 de febrero de 2020, JUAN FERNANDO MESA YARCE, bajo el pretexto de vender unos repuestos de motocicleta, condujo al menor Y.E.R. hacía el despoblado paraje La Moneda y con dirección a la vereda Potrerito del corregimiento de San Antonio de Prado de esta ciudad, donde lo agredió desde atrás con un cuchillo, lo golpeó con un casco, lo lanzó por un abismo, intentó ahogarlo, y le pegó con rocas en la cabeza hasta creerlo muerto, causándole cuando menos unas cincuenta y cuatro (54) heridas.

Por fortuna, un campesino del sector se percató de la situación y con su bulla logró alejar al agresor, quien abandonó la escena no sin antes despojar al herido de su motocicleta Yamaha RX-115 de placa VZX-30, un anillo de oro, una cadena de plata, un I Phone 7 plus, una chaqueta Nike, un bolso Totto, quince mil pesos (\$15.000) en efectivo, su tarjeta de identidad y licencia de conducción.

Consideró que nadie discute que Juan Fernando Mesa Yarce el 24 de febrero de 2020 lesionó con un cuchillo al joven Y.E.R.

y le causó cincuenta y cuatro (54) heridas de diferente naturaleza, siendo el problema jurídico a resolver si actuó amparado en una legítima defensa, pues también padeció varias lesiones.

Expuso los siguientes enunciados: al comparar las lesiones de cada uno (54 vs 6) dedujo sistematicidad; cuando apareció el testigo Joiner Ramírez Muñoz, Juan Fernando escapó; del relato de Y.E.R. se deduce que pudo en varios instantes haber desistido y no lo hizo; la intención homicida se evidenció de la reiteración de las heridas, el arma utilizada y las zonas afectadas, la conducta posterior en la que no lo dejó marchar, y las condiciones de tiempo, modo y lugar eran *“propicios para atacarlo a mansalva y sobre seguro, es decir, en el momento en el que la víctima le daba la espalda por estar ocupado intentando dar marcha a su motocicleta”*.

Además, ratificó la indefensión y la posición de Y.E.R. no se pierde por haber tenido un cuchillo y haber lesionado al señor Mesa. Y.E.R. suministró un contexto creíble, se evidenció el ánimo de hurtar y consideró insulso el argumento alusivo al consumo de estupefacientes del lesionado.

Finalmente, siguiendo la acusación, adecuó la conducta de la siguiente forma: *“los artículos 103 y 104 numerales 2 y 7 del Código Penal, en consonancia con el dispositivo amplificador del tipo consagrado en el artículo 27 inciso 1º de la misma obra, así como en los artículos 239, 240 penúltimo inciso y 241 numeral 9 ídem”*.

Partió, entonces, del mínimo de 200 meses de prisión previsto para el delito de tentativa de homicidio agravado, lo aumentó en 20 meses por la gravedad del injusto (víctima sujeta de especial protección, crueldad, intensidad del dolo por la preparación y grado de aproximación de la conducta) y sumó 8 meses por el concurso para un definitivo de 228 meses de prisión (19 años). La inhabilitación de derechos y funciones públicas se impuso por el mismo lapso.

Dispuso el cumplimiento de la pena de prisión en un centro carcelario por no reunirse los requisitos previstos para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, a más de recordar la prohibición contenida en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

## **2. La apelación.**

El defensor solicitó la revocatoria de la sentencia condenatoria y la absolución por legítima defensa "*o subsidiariamente eliminar la agravante del estado de indefensión*", presentando las siguientes breves razones de refutación:

i) No desvirtúa la legítima defensa el hecho de que el menor hubiera recibido mayor número de heridas; ii) las versiones de Y.E.R. y el campesino son excluyentes porque el primero afirmó que solo hubo un atacante y luego se desvaneció, y el segundo sostuvo que fueron dos; iii) si habían otras personas, le parece que contraría la lógica que Juan Fernando no se hubiera asustado y optó por continuar con el ataque, no siendo de recibo aquello de que "*si bien en una de las ocasiones lo*

*dejó ir, le tiró un casco que lo derribó, que posteriormente lo arrastró y continuó con los lesionamientos, no sin antes escuchar que este había gritado pidiendo ayuda”.*

*Además, iv) se pregunta, si la intención era de matar, ¿porque lo dejó ir?; v) o si lo asistía una intención homicida “tuvo muchas oportunidades de asestarle un golpe mortal y no lo hizo, y más con un cuchillo tan grande que dice la víctima que tenía Juan”; vi) si se pudo defender el menor, es “forzado” sostener la indefensión, y vi) es una interpretación en mala parte, sugerir que para descartar este agravante la persona debe estar armada y defendiéndose.*

## **CONSIDERACIONES**

El apelante presentó a esta instancia dos pretensiones, así: i) la legítima defensa, a la que también interpretamos, agregó la ausencia de una tentativa y ii) la falta de prueba de la circunstancia que por indefensión fue atribuida (omitiendo la refutación de la otra por la cual fue condenado).

Veamos, de cada una de las solicitudes, los argumentos expuestos por el Juez y los pocos presentados por el apelante, para arribar a la solución de la controversia.

### **1. De la legítima defensa.**

Esta causal de justificación, prevista en el artículo 32 # 6 del Código Penal, se caracteriza por un contexto complejo por las

múltiples condiciones que se exigen en la relación entre el agresor y el agredido, y que la Sala Penal de la Corte ha decantado (v.gr. en AP979-2018-Radicación N°50095):

«i).- Una agresión ilegítima o antijurídica que ponga en peligro algún bien jurídico individual.

ii).- El ataque al bien jurídico ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo.

iii).- La defensa ha de resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo.

iv).- La entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente, es decir, respecto de la respuesta y los medios utilizados.

v).- La agresión no ha de ser intencional o provocada.<sup>1</sup>»

El Juez le concedió plena convicción al relato de Y.E.R., que, para una adecuada ilación, lo sintetizamos de la siguiente forma:

Relató el menor de edad para el momento de los hechos, que con el fin de adquirir unos repuestos para su motocicleta (pechera, direccionales, filtros o pitos...), siendo la una de la tarde se trasladó en este vehículo con el acusado de parrillero a la vereda La Moneda. Al deambular por varias fincas sin edificaciones cerca, Juan Fernando hizo una llamada y escuchó

---

<sup>1</sup>AP1863-2017, SP2192-2015, AP1018-2014, Rad. 32598 del 6/12/2012; Rad. 11679 del 26/6/2002.

del interlocutor preguntándole que *si ha había hecho la vuelta*, respondiendo este negativamente.

Siendo las dos de la tarde, ante una espera infructuosa, resolvió Y.E.R. conducir de regreso. Ambos se subieron a la moto, y cuando iba a arrancar recibió de 4 a 5 puñaladas en el cuello, instante en que cayeron del rodante, y se dio comienzo al pertinaz ataque, del que se destacan los siguientes movimientos:

Y.E.R., con su oponente con un cuchillo, se le enfrentó con los puños, se fueron a una cuneta o zanja, sintió que se le fueron las fuerzas y él *"lo encendió a más puñaladas"*. Forcejaron *"unos 10 minutos"*, y cuando le lanzó una puñalada en *"la barriga"*, logró asirle el cuchillo (*que le hacía de arriba y para abajo para cortarle los dedos*), y logró quitárselo.

Él se cansó y le dijo que lo iba dejar ir. Y.E.R. se paró, salió corriendo de *"para abajo"* y se metió en un potrero, y logró gritar que *"ayuda"*. Juan Fernando reaccionó: le tiró el casco de la moto, le pegó en la espalda, cayó este en el potrero, y de nuevo se le fue encima. Procedió a llenarle la boca de pantano, intentó *arrancarle la quijada y torcerle el cuello*. La víctima soltó el cuchillo que había recuperado y lo cogió de las manos porque lo estaba dejando sin respiración.

Instantes después percibió que de una finca gritaron, y Juan Fernando lo cogió de la camisa, luego del pantalón, lo arrastró por el piso, lo *"encendió"* con más puñaladas (otras 5 o 6), lo tiró por una malla de un potrero, regresó por el cuchillo y le

propinó otras heridas. En el nuevo forcejeo se fueron los dos por "un volado" y cayeron en una quebrada, y al golpearse con una roca, perdió la conciencia "unos segundos". Cuando "volvió", Juan Fernando estaba sentado en su pecho con las rodillas sobre sus brazos y no se podía mover, y este procedió a golpearlo con unas rocas en la cabeza, que en 20 ocasiones.

Este le decía que no lo matara y él respondía que lo tenía que hacer porque si no, él decía quién era. Le quitó un anillo, se lo puso, también le sustrajo la cadena de plata y siguió propinándole golpes en la cabeza.

Apareció un campesino gritando, él se asustó, y sintió una última puñalada en la espalda o cuello, quedando enterrado el cuchillo en su cuerpo, momento en que le hacía de *pa' arriba y de pa' abajo*. Escuchó que dijo: "*está gonorreíta ya se murió*", le pegó una última patada en el cuello y se fue del lugar en su moto. Finalmente, Y.E.R. extrajo el cuchillo de su cuerpo y se desmayó, despertando en el hospital.

Aclaró que se defendió con puños, pero no recuerda si lesionó a su agresor con el cuchillo. Fue claro en señalar que el ataque había cesado por la aparición de un tercero, y le hurtaron la moto, un iPhone 7 Plus, un anillo de oro, una cadena de plata, una chaqueta negra y un bolso con sus pertenencias, todo con valor de 7 millones. Lo único que recuperó fue la moto que se la devolvieron meses después.

A lo anterior, agregó el testimonio del campesino Joiner Ramírez Muñoz que afirmó que ubicado en una finca aledaña



donde trabaja como jornalero, escuchó los gritos de auxilio, que "ayuda", "ayuda", indicando que desde una cuadra y media se veía todo "patentico". Vio como a un joven que no distinguía era golpeado, ahorcado y puñaleado en repetidas ocasiones (aunque, admitió que no vio el arma). Intervino: gritó y blandió un machete, escuchó las voces de que si le iban a robar no lo mataran, apareció otra persona que lo agarró por la nuca y al verlo se fueron en una motocicleta azul, acelerándola con fuerza. Procedió a perseguirlos y en el regresó ya no encontró al lesionado.

Con esta fijación fáctica, el Juez expuso diferentes argumentos que apuntaban a sostener que no se trató de una legítima defensa y se probó el propósito homicida con el fin de hurtar que le asistía al acusado.

i) Las 54 heridas que padeció la víctima en diferentes partes del cuerpo, la mayoría concentradas en el cuello y la cabeza, y las que afirma Juan Fernando que padeció, apreció que fueron causadas en defensa.

ii) De Joiner Ramírez destacó su afirmación acerca de que el que pidió voces de auxilio de que lo iban a hurtar y matar, fue Y.E.R., mientras que el otro, ante su presencia, huyó.

iii) De las pausas del ataque, se infiere que pudo haber desistido y no lo hizo.

Y en cuanto al dolo homicida, apreció que:

i) Si las lesiones tuvieron naturaleza mortal, ello permite definir precisamente de que se trató de una tentativa.

ii) Corroboró las manifestaciones anteriores, concomitantes y posteriores. Al respecto, informó Y.E.R. que al acusado le decía por el celular acerca de si ya había hecho *"la vuelta"*, el agresor le manifestó que tenía que matarlo porque de lo contrario sería delatado y antes de escapar atinó a decir *"esta gonorreíta ya se murió"*.

iii) La insistencia y reiteración de las heridas con arma cortopunzante, golpes con piedras, intento de arrancamiento de quijada y lanzamientos.

iv) Las características e idoneidad del arma y las zonas del cuerpo afectadas, especialmente en cabeza y cuello.

Y v) las condiciones de tiempo, espacio y lugar, eran *"un sitio propicio para atacarlo a mansalva y sobre seguro, es decir, en el momento en el que la víctima le daba la espalda por estar ocupado intentando dar marcha a su motocicleta"*.

De todo este panorama de argumentos el defensor apelante presentó cuatro opiniones, de las que no se esforzó en exponer su soporte probatorio y, extrañamente, ni siquiera defendió la narración del señor Juan Fernando Mesa y alguna hipotética corroboración. Nada al respecto refutó, dejando las múltiples razones de condena incólumes.

Hemos expuesto de manera insistente que el recurso de apelación tiene como finalidad la de exhibir los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Juez en la valoración probatoria, o de procedimiento que pudo realizar en la tramitación del proceso. Es que es una instancia procesal diferente y cuando el recurrente se limita a opinar de nuevo sobre las impresiones que las pruebas le generaron, tal como si fuera el alegato que se presenta luego de concluido el juicio en procura del reconocimiento de tal o cual pretensión, incurre en una ausencia de sustentación. Debe haber congruencia entre las razones del juzgador y las de refutación, pues es indebido sugerir que los jueces de segunda instancia se las deben imaginar y desarrollar, lo que contraría la vigencia del principio de imparcialidad

Precisamente observamos del recurso de apelación, un conjunto de conclusiones que fueron esbozadas también en el alegato final, con dos falencias: i) carecen de soporte, lo que impide direccionar nuestro estudio a tal o cual aspecto y ii) no asumió la estructura argumentativa empleada por el Juez y sólo se limitó a opinar en forma diversa. Inclusive hay dificultad para determinar cuáles son las pretensiones que procura el defensor y sus consecuencias.

Veamos sus argumentos:

Primero, diferente a lo apreciado por el apelante, el número de heridas sí es relevante para definir la inexistencia de una legítima defensa y el propósito homicida. Pero esta es una arista insular, pues el Juez expuso, como acabamos de

describir, un conjunto de circunstancias que apuntan a la conclusión de responsabilidad penal, y que fueron indebidamente omitidas por el censor que no abordó su estudio y si es del caso refutación.

Segundo, señaló el defensor que los testimonios de Y.E.R. y del ocasional campesino, se excluyen, porque el segundo adujo que en la parte final fueron dos los atacantes, pluralidad no referida por la víctima. Nos quedamos sin saber cuáles segmentos de las declaraciones no deben admitirse, pues en la Sana Crítica no es suficiente con identificar tal o cual falencia o diversidad, sino que es necesario avanzar hacia el punto de su trascendencia y proyección con el resto del esquema de análisis.

Nótese que no se empleó como argumento de indefensión la presencia de otro agresor, más allá de que halló motivos para que la indagación penal prosiguiera. Como lo presentó el Juez, el ocasional testigo que blandió el machete es un tercero imparcial, sin conocimiento de los actores, lo que impide deducir algún interés en suministrar un contexto de mayor gravedad. Sin esa otra persona, la conclusión es la misma. Es un tópico en extremo accesorio. Advertimos, en todo caso, que, ante la rapidez, tropelía y violencia de los actos de agresión, pasando de un lado a otro se presentan zonas confusas, por ejemplo, en la que Y.E.R. perdió la conciencia y particularmente en el desenlace final.

Tercero, adujo el defensor que contraría la lógica y la Sana Crítica la presentación de los hechos "*porque si en ese lugar*

*había unas personas como es posible que JUAN FERNANDO no se asuste y siga atacando al menor?, y si la intención es de matar, ¿porque lo dejó ir?”*

Se trata de un indebido entendimiento de las pruebas, presentando una opinión que se equivoca por la fragmentación en que incurre, en la que selecciona con pinzas tal o cual acto y lo desconecta de los demás. Lo que expresaron los testigos, no es que el acusado lo hubiera dejado ir voluntariamente, sino que cuando apareció el campesino con su machete en mano, Juan Fernando huyó. Y también, conectado con lo anterior, si hubo pausas, en el contexto de acción visto, la mismas fueron reanudadas para continuar la inusitada violencia.

Y cuarto, opinó que si el acusado tenía dolo de matar “*tuvo muchas oportunidades de asestarle un golpe mortal y no lo hizo, y más con un cuchillo tan grande que dice la víctima*”. El argumento es erróneo porque, por el contrario, las múltiples lesiones en el cuello y en otras zonas vitales expresan actos dirigidos a finiquitar la vida, y tan se lo había representado, que lo último que escuchó Y.E.R. fue que Juan Fernando afirmó que “*esta gonorreíta ya se murió*”. Del hecho de que no hubiera tenido éxito en su propósito o que hubo un error en los lances efectuados, que debieron ser mejor dirigidos y focalizados, o que debía haber una violencia de mayor ferocidad antes de escapar del lugar, no se sigue que hubiera estado guiado por la voluntad de lesionar. Reparase que el acusado solo detuvo su obrar cuando apareció el imprevisto jornalero con un machete.

Concluimos que las razones empleadas por el Juez para excluir una legítima defensa y reconocer que se trata de una tentativa de homicidio conectado por el hurto de objetos, todo con fundamento en el testimonio de Y.E.R. y Joiner Ramírez Muñoz, fueron correctas, no fueron refutadas por los pocos y fallidos argumentos del apelante y, por consiguiente, se conservará la decisión de responsabilidad penal.

## **2. De la ausencia de la agravante por indefensión.**

En la audiencia del 18 de noviembre de 2020, la Fiscalía expresó que la agravante del numeral 7 se atribuyó según la siguiente conducta alternativa: *“por la situación de indefensión en que se colocó a la víctima”*<sup>2</sup>.

El Juez, admitiendo que *“el menor pudo utilizar los puños y el cuchillo”*, entendió que la agravante procedía porque no se *“exige demostrar que Y.E.R. no se defendió en absoluto, pues la circunstancia de agravación no solo opera cuando la defensa se imposibilita, sino también cuando se dificulta”*, presentando como soporte cita doctrinaria en la que se da este entendimiento. Por el contrario, el defensor sostiene, en síntesis, que, si se afirma que se pudo defender, significa que no se hallaba en una situación de indefensión.

De este esquema argumentativo, la Sala concluye que el apelante tiene la razón.

---

<sup>2</sup> Minuto 13

Desde el análisis gramatical, la indefensión significa la ausencia de resistencia, o mejor, se halla la víctima sin defensa o se carece de medios para ejercitarla<sup>3</sup>. La Sala Penal de la Corte expuso en la sentencia del 6 de junio de 2012 (radicado 36792) que *“Está en situación de indefensión quien al momento de la agresión carece de medios de defensa, esto es, en estado inerme”*<sup>4</sup>, en la que se apoyó de la siguiente cita: *“La razón del mayor reproche contenido en el precepto ha sido expuesta con lujo de detalles por la doctrina, y al efecto se ha expuesto como tal “la perversidad demostrada por el victimario al ejecutar un acto que imposibilita al agredido para rechazar el injusto; quien traiciona, asecha, envenena o mata en cuadrilla, elimina así o disminuye notoriamente la seguridad individual y social, pues en el caso concreto el ciudadano no tuvo la menor oportunidad de salvarse del ataque, por lo que el homicida produjo un mayor daño social”*. Y en la providencia, de 27 de febrero de 2019 (SP620-2019 Radicación n° 48976), reiteró el siguiente entendimiento, (contenido en la CSJ SP16207-2014): *“la indefensión comporta falta de defensa (acción y efecto de defenderse, esto es, de ampararse, protegerse, librarse)”*.

Seguramente puede haber un contexto de acción en que la interpretación del Juez es correcta, pero no para este caso que juzgamos. Lo que advertimos es que si Y.E.R. expuso que ante el primer acto se cayeron de la moto (que sugiere también una conducta defensiva), en los diferentes espacios forcejeó cuerpo a cuerpo (en algunos instantes con algún éxito), tuvo en su poder el cuchillo, con el que lesionó a su agresor (aunque no lo admita), no podemos entender que la tipicidad de

---

<sup>3</sup> CSDJ.SP. Sentencia del 16 de diciembre de 1957

<sup>4</sup> CSDJ.SP. Sentencia de junio 6 de 2012 (radicado 36792)

agravación se hubiera demostrado más allá de toda duda razonable y, por tanto, en sede de la vigencia del principio de legalidad debe ser excluida, dejando claro que el defensor no presentó ninguna petición en cuanto al proceso de dosimetría penal, o en fin, cualquier consecuencia concreta.

En todo caso, la Sala observa que los límites legales se conservan ante la vigencia de la causal de agravación referida en el numeral 2 del artículo 104 del C. P. que conecta el atentado contra la vida con la finalidad de cometer el delito de hurto, tipicidad no apelada y suficientemente demostrada. Al decaer la agravante vinculada con la metodología del ataque, es justo reconocer una rebaja en la tasación de la pena, así: al mínimo legal vigente para los hechos de 200 meses se acrecentará en 10 meses por la gravedad del delito contra la vida, especialmente en las multiplicidad de heridas causadas a Y.E.R., su cercanía causal al resultado procurado y la preparación del injusto, los cuales se incrementan en 7 meses y 19 días por el delito contra el patrimonio, cuantía disminuida proporcionalmente, para un definitivo de doscientos diecisiete (217) meses y diecinueve (19) días. En igual lapso se determinará la inhabilitación de derechos y funciones públicas y en lo demás regirá el fallo de instancia.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:



## FALLA

Confirma la sentencia apelada, con la modificación de que, excluyendo la agravante prevista en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, las penas de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas se fijan en doscientos diecisiete (217) meses y diecinueve (19) días. En lo demás rige el fallo e informa que procede el recurso de casación. Cítese a audiencia virtual para su notificación.

Cúmplase

Los magistrados,



**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**



**MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS**



**PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN**