

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISION PENAL

Magistrado Ponente:

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Radicado Nro. 050016000206201214068

Proyecto aprobado según acta Nro. 0018 de la fecha

Sentencia Ordinaria No. 009 de la fecha

Medellín, diecisiete (17) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Audiencia del artículo 447 CPP: 24 de febrero de 2016

Lectura de fallo: 1 de marzo de 2016

1. ASUNTO

Se ocupa en esta ocasión la Sala de Decisión de desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación y el Representante de la víctima, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello (Ant.), que absolvió a **Carlos Alberto Pizarro Martínez** por los delitos de tentativa de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego.

2. CUESTIÓN FÁCTICA Y DESARROLLO PROCESAL

RELEVANTE PARA EL CASO

Los hechos ocurrieron el día 26 de febrero de 2012 mientras se celebraba el cumpleaños de Carlos Alberto Moreno Ospina en la finca “La abandonada”



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

ubicada en la vereda El Zarzal del municipio de Copacabana. Durante la fiesta se presentaron varios artistas musicales, entre ellos, **Carlos Alberto Pizarro Martínez**, quien tiene como nombre artístico el de “**Alberto Stylee**”.

Entrada la noche se hizo presente Edwin Alfredo Henao Moná, quien en un momento en que decidió ir al baño observó cerca de la piscina, sentada en un mueble, a una joven a quien saludó, pero de inmediato percibió la mirada extraña de un desconocido el que luego se le acercó a **Carlos Alberto Pizarro Martínez**- quien cantaba en ese momento- y le dijo algo al oído mientras señalaba a Henao Moná.

Según la víctima, justo después de esto **Pizarro Martínez** se bajó de la tarima se dirigió a él con un arma de fuego en la mano y le propino dos disparos, generándole graves heridas por lo que fue necesario trasladarlo a un centro asistencial.

Ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Copacabana (Ant.) el 1 de junio de 2012 se llevaron a efecto las audiencias preliminares en las cuales se decretó la legalidad de la captura de **Carlos Alberto Pizarro Martínez**, se aprobó la formulación de imputación en su contra por los delitos de homicidio agravado en la modalidad de tentativa y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, cargos a los que no se allanó; y le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

El 27 de septiembre de 2012 ante el Juez Primero Penal del Circuito de Bello (Ant.) se adelantó la audiencia de acusación, momento en el que el Fiscal



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

delegado acusó a **Pizarro Martínez** por los mismos delitos que le fueron imputados. En dicha audiencia además fue reconocida la calidad de víctima de Edwin Alfredo Henao Moná.

El 16 de octubre de 2012, se llevó a cabo la audiencia preparatoria. Luego, los días 24, 25 y 30 de octubre del mismo año se realizó el juicio oral y en la última fecha después de que partes e intervinientes expusieran sus alegatos de conclusión, el juez de conocimiento emitió sentido de fallo de carácter absolutorio y ordenó la libertad inmediata de **Pizarro Martínez**.

La sentencia en tal sentido fue proferida el 30 de noviembre de 2012 y frente a la misma la delegada de la Fiscalía y el apoderado de la víctima interpusieron y sustentaron de manera oportuna sendos recursos de apelación que hoy se resuelven.

3. LA SENTENCIA APELADA

El Juez Primero Penal del Circuito de Bello (Ant.) aseguró que con el acopio probatorio arrimado por la Fiscalía no es posible llegar al grado de certeza que permita dictar fallo de condena en contra del acusado, pues ninguno de los testigos escuchados en el juicio oral – tanto de la Fiscalía como de la defensa- manifestaron haber presenciado el hecho por el cual resultó herido Edwin Alfredo Henao Moná, y mucho menos aseguraron haber visto las



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

características morfológicas del agente, el arma que se usó, o algún tipo de confrontación entre la víctima y **Carlos Alberto Pizarro Martínez**, el acusado.

Consideró que la Fiscalía no logró probar la responsabilidad de **Pizarro Martínez** en los delitos por los que fue acusado, pues únicamente contó con el testimonio del ofendido, quien según el juez no tuvo una percepción óptima de lo ocurrido, no le asistió ningún respaldo probatorio y presentó inconsistencias que generan como consecuencia que se deba restar credibilidad a sus dichos y por lo tanto no sea posible fundamentar fallo de condena a partir de su testimonio.

Al no tener certeza sobre la responsabilidad de **Carlos Alberto Pizarro Martínez** en los delitos que le fueron atribuidos, es decir, al existir una duda para el juez, insalvable, conforme al artículo 7 de la ley 906 de 2004 decidió resolverla en favor del acusado y por lo tanto lo absolvió de los cargos.

4. DE LA IMPUGNACIÓN

4.1. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La delegada se encuentra inconforme con las apreciaciones y la consecuente decisión del juez de primera instancia de absolver al procesado, pues para ella existe certeza sobre la existencia de los hechos punibles de tentativa de

homicidio en concurso con el porte ilegal de arma de fuego de defensa personal así como de la responsabilidad de **Carlos Alberto Pizarro Martínez**.

Aseguró que Henao Moná llegó a la celebración en estado de sobriedad y las circunstancias indicadas por el juez como factores que pudieron alterar su percepción de la realidad no se comportan de igual manera en todas las personas y por lo tanto no es un hecho que pueda darse por sentado.

Asevera la parte apelante que desde el momento en que ocurrieron los hechos surgió el comentario entre los asistentes a la celebración de que quien disparó contra la humanidad de Edwin Alfredo Henao Moná fue **Carlos Alberto Pizarro Martínez**.

Respecto de un reconocimiento fotográfico, aduce que fue realizado de manera irregular y debió ser excluido, sin embargo de ninguna manera fue utilizado para instruir al testigo sobre lo que debía declarar. Asegura que desde la primera entrevista rendida por la víctima ante personal del CTI, esta afirmó que el cantante **“Alberto Stylee”** fue la persona que le disparó, describió con detalles como fue perpetrado el ataque que sufrió y aseveró que se encontraba en capacidad de reconocer a su agresor porque este se encontraba al frente suyo al momento del atentado.

Insiste en que las inconsistencias aducidas por la defensa no afectan en lo sustancial el testimonio del ofendido, pues el mismo es claro, preciso y



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

categorico en no dejar dudas acerca de quien fue su agresor porque no había forma de confundirlo, ni razón en la víctima para que de no ser así realizara el señalamiento.

El único motivo según la Fiscalía, es lo que el otro sujeto le dijo en secreto al cantante mientras señalaba a Edwin Alfredo, sin dudas un motivo fútil pues no hubo ninguna discusión entre ellos dos.

Solicita sea revocada la sentencia absolutoria y en su lugar se profiera sentencia condenatoria en contra de **Carlos Alberto Pizarro Martínez** por los delitos por los que fue acusado.

4.2. APODERADO DE LA VÍCTIMA

Advirtió que Edwin Alfredo Henao Moná fue el único testigo que dio cuenta sobre la identidad del sujeto que atentó contra su vida; sin embargo, el juez de primera instancia violando reglas elementales de valoración probatoria no le dio credibilidad en esencia por ser testigo único de los hechos, por estar alicorado y por presentar inconsistencias en su versión, desconociendo que la víctima narró en detalle las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la agresión que sufrió y que fue categorico en señalar al acusado como la persona que le propinó los dos disparos sin que mostrara fallas en su memoria y menos inconsistencias sustanciales o incoherencia en su versión,

por lo que esta prueba aunada a las otras presentadas a la Fiscalía eran más que suficientes para proferir una sentencia condenatoria.

Según el apelante, el motivo por el cual **Pizarro Martínez** atentó en contra de la humanidad de Henao Moná tuvo origen en la discusión que sostuvo el primero con su novia de nombre Daniela antes de llegar a la fiesta, aunado a que según lo manifestó la víctima, este habló con la señorita en cuestión y el cantante incitado por un tercero, en medio de un ataque de celos, atentó contra su vida, cuestión que se deduce de las deponencias de Gabriel Junior y la del propio lesionado.

Asevera que según Luis Carlos Saldarriaga existe una versión popular que señala a **Pizarro Martínez** como el autor del atentado contra la vida de Edwin Alfredo Henao Moná, hecho ratificado por el afectado, quien en su condición de testigo único fue descartado por el *a quo*.

Según el impugnante no se puede considerar como una inconsistencia el hecho de que el testigo- víctima hubiera indicado que **Pizarro Martínez** llevaba una camisa negra y luego una blanca, pues es normal que en una presentación el artista varíe sus prendas de vestir y que quien observa el espectáculo no se percate de tales cambios.

Con fundamento en lo expuesto, solicita sea revocada la decisión de primera instancia y en su lugar, se expida sentencia condenatoria en contra de **Carlos**



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

Alberto Pizarro Martínez por los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa y porte, tráfico o tenencia de armas de fuego.

5. DEL TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

5.1 DEFENSA

Advierte que la decisión de carácter absolutorio en favor de **Carlos Alberto Pizarro Martínez** se corresponde con los medios probatorios producidos en el juicio oral, conforme a la sana crítica, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia; es una decisión debidamente motivada y en Derecho, coherente con lo probado y conforme a lo ocurrido pues su prohijado no fue quien lesionó a Edwin Alfredo Henao Moná. En últimas, es una decisión coherente entre el núcleo fáctico, probatorio y jurídico.

El testigo Henao Moná presentó inconsistencias de gran transcendencia pues en las entrevistas que rindió y los dos reconocimientos fotográficos, no hizo alusión a los tatuajes en los brazos y manos de **Pizarro Martínez**, que son notorios y podían ser un gran referente para su identificación. Sin embargo sí los refirió al rendir su testimonio en desarrollo del juicio, después de que se conocieran las fotografías aportadas por la defensa.

Henao Moná afirmó en su testimonio la existencia de una tarima móvil con rodachines que según las fotografías por él aportadas no existió, y fue



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

desvirtuado también por Martha Lucía Dávila Echavarría, lo que significa que el deponente no estaba en condiciones óptimas para percibir lo que sucedía.

En las entrevistas sostuvo que había sido herido por un arma de fuego y en el juicio oral hizo alusión a una pistola, lo que significa un ajuste que afecta su credibilidad como consecuencia de un posible asesoramiento ilegítimo.

Venía sosteniendo que quien lo hirió estaba vestido de blanco, y una vez fueron dadas a conocer las fotografías aportadas donde **Pizarro Martínez** se encuentra vestido de negro alude que el cantante tenía camiseta blanca debajo.

Asegura que las inconsistencias descritas no son intrascendentes y resulta evidente que no se puede dar crédito a sus dichos. Es claro que no cuenta con claridad de los supuestos fácticos por los cuales pudiera brindársele credibilidad en cuanto a la identificación del infractor, pues su percepción fue errónea y carente de respaldo probatorio.

La defensa arrió prueba testimonial de Jhon Fredy Ortiz Holguín y Diana Marcela Castañeda Martínez, quienes se encontraban frente a **Pizarro Martínez** -mientras cantaba- inclusive al momento de escuchar los sonidos del arma de fuego, razón suficiente para que se desdibuje la autoría en los hechos del acusado.



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

Respecto del recurso incoado por la delegada de la Fiscalía y el representante judicial de la víctima, solicita sean declarados desiertos por no cumplir con los requisitos materiales y formales y como petición subsidiaria que se mantenga incólume la sentencia absolutoria por corresponder con lo probado.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. COMPETENCIA.

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto, en virtud de lo previsto en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

6.2 SOBRE LA PETICIÓN DE DECLARAR DESIERTOS LOS RECURSOS.

Como una petición de la defensa es que se declare desiertos los recursos interpuestos por la defensa y la representación de la víctima, antes de asumir el análisis de fondo de las impugnaciones, la Sala estudiará de manera previa este asunto.

Es bien sabido que en un sistema de partes, más en uno con tendencia acusatoria como el nuestro, los recursos interpuestos en contra de las decisiones judiciales no son otra cosa que herramientas procesales

contentivas de los argumentos de los cuales echa mano la parte inconforme para demostrar la incorrección de la providencia judicial afectatoria, lo que a su vez se convierte en el límite de la competencia funcional de la segunda instancia, por lo que es claro que si el recurrente no expresa con suficiente claridad las razones de hecho y de derecho el recurso tendrá que ser rechazado.

En el caso *sub examine* el juez de primera instancia basó su decisión en dos cuestiones en particular: de un lado, que el testimonio de la víctima, quien se encontraba en avanzado estado de alicoramiento para la fecha de los hechos, tiene tantos vacíos, incoherencias y contradicciones que no se le puede dar credibilidad y, de otro, que no hay ninguna otra prueba de que incrimine al procesado.

Es precisamente estos dos argumentos los que atacan la Fiscalía y el representante de la víctima explicando de manera razonable el porqué, en su sentir, son erradas las conclusiones a las que llegó el *a quo*, bajo el entendido que dadas las circunstancias se le debió dar plena credibilidad a la víctima, lo que aunado a la prueba pericial prueban con la certeza requerida no solo la materialidad del delito sino la responsabilidad del procesado.

Como quiera que la Sala encuentra, desde esta perspectiva, una adecuada sustentación de los dos recursos, continuará con el análisis de fondo de las cuestiones planteadas.



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

6.3 ADVERTENCIA PRELIMINAR:

Dentro del juicio oral se discutió acerca de la responsabilidad que le podía caber al señor **Carlos Alberto Pizarro Martínez** por un presunto delito de tentativa de homicidio en concurso con porte ilegal de armas, al punto que la víctima pudo declarar en juicio y por estos dos delitos fue que alegó de conclusión y pidió condena la Fiscalía, no obstante, el representante de víctimas, estando en trámite la segunda instancia alegó certificado de defunción del ofendido Edwin Alfredo Henao Moná.

El profesional del Derecho en su escrito explicó que la muerte de su cliente se debió supuestamente a las complicaciones médicas que se le presentaron a la víctima en razón de la agresión que sufrió; sin embargo, como ello no está probado y aun si así lo estuviese, como ese aspecto fáctico no fue discutido en el juicio y la solicitud de condena fue por tentativa y no por homicidio consumado, esta Sala en acatamiento estricto del principio de congruencia advierte desde ya que en ningún caso podrá ir más allá de los concretos lineamientos fáctico jurídicos de la acusación y de la solicitud de condena de la Fiscalía.

6.4 ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO.

La censura propuesta tanto por la Fiscalía como por la representación de las víctimas se circunscribe a criticar en lo esencial la indebida valoración que

realizó el *a quo* sobre el testimonio del ofendido Edwin Alfredo Henao Moná y que lo llevó a proferir una sentencia absolutoria. En ese orden de ideas corresponde a la Sala, en consecuencia, reexaminar el acervo probatorio llevado a juicio por las partes procesales, especialmente la declaración del lesionado, para determinar la corrección de la decisión tomada por el juez de instancia.

Sea lo primero advertir que la materialidad del delito de tentativa de homicidio se encuentra debidamente acreditada con la estipulación probatoria acerca de las lesiones sufridas por el señor Henao Moná y el peritaje del doctor Julio Mario Hurtado, médico forense adscrito al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien con base en la historia clínica del paciente en el juicio oral con rotundidad afirmó: en primer lugar, que las heridas habían sido producidas con arma de fuego y en segundo lugar que, debido a la gravedad de las mismas, estas habían puesto en peligro la vida de la víctima:

“...a grandes rasgos yo no recuerdo en detalle pues exactamente lo consignado en el dictamen; pero a grandes rasgos era un paciente que había sufrido heridas por proyectiles de arma de fuego penetrantes a tórax, abdomen y miembro superior derecho , le habían encontrado, hubo que someterlo a una laparotomía exploradora, una laparotomía exploradora es simplemente que se hace una incisión en la cavidad para abrir la cavidad abdominal completa y se encontró que tenía múltiples heridas, tenía heridas de estómago, heridas de duodeno, heridas del polo superior del riñón izquierdo, y tenía heridas de la vena iliaca con un hemoperitoneo secundario de tres mil centímetros cúbicos, con base en eso fue yo que emití el concepto

de que esas lesiones eran idóneas para causar la muerte, o sea unas lesiones que pusieron en riesgo la vida del paciente”

Es de advertir que a pesar del escueto interrogatorio de la Fiscalía, el médico forense, como se puede observar, alcanzó a describir las heridas sufridas por Henao y la razón del porqué aquellas pusieron en peligro la existencia de este, por lo cual en criterio de la Sala tal probanza es contundente para demostrar este aspecto de la materialidad del delito, más aun cuando la defensa ni siquiera optó por conainterrogar al perito para desvirtuar o confrontar esas conclusiones.

Superado este primer nivel de análisis, lo siguiente será decir que también está demostrado que Henao Moná sufrió las lesiones antes referidas en la madrugada del 27 de febrero del año 2012 en la finca llamada La Abandonada ubicada en la vereda El Zarzal del municipio Copacabana (A.) en medio de la celebración del cumpleaños del señor Carlos Alberto Moreno Ospina, tal como lo corroboran los testimonios del propio ofendido, de Johana Elizabeth Molina Leal, Luis Carlos Saldarriaga Hernández y de Oswaldo Tirado Rúa, los dos primeros amigos del ofendido y el tercero, que fue la persona que lo socorrió y llevo hasta el centro hospitalario.

Ahora, con respecto de quién fue el responsable de tales lesiones, la víctima no duda en señalar a **Carlos Alberto Pizarro Martínez**, conocido en el argot artístico como “*Alberto Stylee*”, quien en razón de algo que le dijeron al oído

en momentos en que cantaba, se bajó de la tarima y sin más le propino dos disparos en su cuerpo. Estas fueron las palabras textuales del lesionado:

“(…) Bueno, estábamos ahí, al rato como a las cuatro de la mañana ya Luis Carlos me dijo que se sentía mariado (sic) que tenía mucho sueño entonces yo lo acompañe a la habitación a un cuarto que había pa (sic) que se acostara con la mujer de él, yo subí el primo mío o sea el primo de la mama, de la mujer mía – estaba cansado como yo había tomado poco alcohol yo era el que más estaba lúcido, yo fui y lo acosté en mi carro, yo lo acuesto en mi carro y me quedé ahí sentado en la fiesta donde estaba frente a la tarima me quedé con una persona desconocida que había conocido pues en ese momento, todo estaba muy tranquilo pero en una de esas yo observo la tarima y llega un muchacho y le comenta le dice el al cantante me señalan me señalaron y yo me doy cuenta cuando me señalan en ese momento yo me quede intranquilo pero no, no impaciente porque yo no, no me había metido con nadie, el señor Alberto Stylee se bajó de la tarima donde estaba cantando, sacó una pistola cuando la sacó todo el mundo salió corriendo yo no corrí porque yo no tenía nada que ver con nadie ni tenía miedo porque yo no soy el que había cometido nada, pensé que estaba borracho o algo por el estilo, es más se acercó donde mí y yo le dije, señor cálmese no dañe la fiesta pero él me apuntó directamente a mí y yo le dije, hágame el favor no me vaya a disparar que yo tengo un hijo, cuando le dije que yo tengo un hijo me disparó me dio el primer impacto de bala en el abdomen, yo sentí un fagonazo y sentí un caliente intenso me dio tiempo para correr en ese momento yo corrí, yo corrí pero el disparo me dio en la vena cava yo me estaba desangrando...

Y a continuación prosigue:

(...) Disculpe, entonces yo me escondí detrás de un pilar que había salvado mi vida, me da por asomar la cabeza para ver si ya no estaba por ahí el señor Alberto Stylee y lo que estaba haciendo era apuntándome a la cabeza, cuando me apuntó la cabeza me disparó de una, si yo no meto este brazo que me dejó totalmente lesionado me, me mata, el tiro que iba pa (sic) la cabeza era mortal, paso todo, perforo todo el brazo y rozo mi cráneo y rozo mi cráneo, el señor Alberto Stylee a mí me iba a rematar, pero ya escuchaba gritos de personas que decían no le dispare, no le dispare más!, ya lo mató ya lo mató hasta ahí es donde yo me acuerdo...”

Esta categórica y firme acusación la vertió también en las dos entrevistas que rindió ante el personal del C.T.I. que adelantaba la investigación y salvo algunas pequeñas inconsistencias, en lo esencial y significativo es idéntico el relato al aquí expuesto.

No obstante esto, el juez de primera instancia decidió absolver al señor **Pizarro Martínez** de los cargos de tentativa de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal por cinco razones esenciales: la primera, porque el testimonio del ofendido es la única prueba que incrimina al procesado y ello de por sí se convierte en una prueba sospechosa; la segunda, porque analizado de fondo dicho testimonio tampoco resulta creíble; tercera, porque hay prueba también testimonial que exonera de responsabilidad al inculcado; cuarta, porque la Fiscalía no demostró el móvil del delito y por último porque la víctima fue inducida por los investigadores del C.T.I. para que inculpe al procesado.

Al analizarse con detenimiento la prueba practicada en el juicio se concluye que parte de razón le asiste al juez de primera instancia por cuanto es cierto que la única prueba incriminadora directa en contra de **Pizarro Martínez** es el testimonio de Henao Moná, debido a que de manera por demás extraña a pesar de que el infortunado hecho sucedió en medio de una fiesta en donde habían todavía muchas personas, nadie vio nada, como lo afirman todos los testigos de la Fiscalía que más bien parecen pruebas de descargo que de incriminación, bien porque supuestamente estaban embriagados, o estaban dormidos o estaban en otro lugar, como sucede con el testimonio de Johana Molina, Luis Carlos Saldarriaga, Alberto Moreno, Alex Vásquez, Karen Dávila, Martha Lucía Dávila, Oswaldo Tirado Rúa y el de Gabriel Junior Bermúdez, o como lo explican los dos únicos testigos de la defensa (John Ortiz y Diana Castañeda) quienes manifiestan que sí estuvieron en el sitio de los hechos, pero que tampoco se dieron cuenta de lo que pasó, salvo el hecho de que el procesado no fue la persona que disparó, porque en esos momentos se encontraba cantando.

Ahora bien, si a esto le sumamos la negligente investigación de la Fiscalía y de los investigadores que realizaron los actos urgentes que no hicieron una inspección al lugar de los hechos o por lo menos no se la introdujo al juicio, no se ordenó una muestra de ADN de las manchas encontradas en el segundo piso del inmueble donde presuntamente se cometió el delito para saber a quién pertenecían, no se hizo una verdadera labor de campo para identificar a todas las personas que estuvieron presentes en la fiesta en el momento de la comisión de los delitos, entre otras muchas omisiones más, que hubieran podido descartar o afianzar la versión del ofendido; en

principio se podría llegar a la misma conclusión a la que llegó el *a quo*; sin embargo y muy a pesar de todo esto, con la exigua evidencia recogida por el ente acusador, esta Sala considera que es posible reconstruir la verdad de lo que sucedió en aquella madrugada del 27 de febrero del 2012.

En efecto, para la primera instancia el testimonio de la víctima por ser único ya se convirtió *per se* en sospechoso, es decir, que creó una regla de tarifa legal basada en un criterio cuantitativo al estilo del antiguo principio “*testis unus testis nullus*” inadmisibles en nuestro ordenamiento que desde hace mucho tiempo ya abandonó ese obsoleto método para adoptar el de la sana crítica y el de la persuasión racional en donde lo importante, lo esencial, no es la cantidad de la prueba sino la calidad de la misma.

En ese orden de ideas y respecto de la prueba testimonial en concreto, lo que desde hace mucho se exige no es que necesariamente sea plural, aunque eso sería lo ideal, sino que sea consistente desde un punto de vista de la valoración interna como de la externa. Así, lo primero tiene que ver con que el juez para el análisis de la veracidad del testigo tenga en cuenta, de conformidad con el artículo 404 procesal, “*los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o de los sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias del lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad*” y, agrega esta Sala, la verosimilitud de la versión. Lo segundo se refiere a que el

testimonio sea coherente y armónico con el resto del acervo probatorio valorado positivamente por el juzgador (art. 380 procesal)

Desde esta perspectiva, el testimonio de la víctima, así sea insular, si pasa estos dos filtros de valoración puede, sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia condenatoria, tal como en infinidad de veces la Corte lo ha sostenido:

“No se trata de que ineluctablemente exista pluralidad de testimonios o de pruebas para cotejarlas unas con otras como si solamente la convergencia o concordancia en las aseveraciones fuere la única manera fiable de llegar al conocimiento de lo acontecido o como si necesariamente toda prueba tuviera que ser ratificada o corroborada por otra.

Es que en el caso del testimonio único lo relevante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y operen los criterios de apreciación previstos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000 (hoy 404 de la Ley 9906 de 2004, agrega esta sala).

2. Con tales referentes es por igual factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la respectiva prueba, pues purgado el testimonio único de sus eventuales vicios, defectos o deficiencias nada imposibilita que se le asigne un mérito suasorio tal que sea por sí mismo suficiente para sustentar una sentencia.

En dichas condiciones esa clase de medio de convicción no pierde su valor sólo porque sea único, acaso no lo adquiriera si confrontado con esos criterios el juzgador llegue a la conclusión de que no ofrece certeza.

Así, siendo esa la idea central a la que se reduce el cuestionamiento del libelista porque le resulta insuficiente que con la sola versión de la víctima se condene a su prohijado, olvida sin embargo que el sistema de valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional persuasión, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad y demás particularidades de las que pueda establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.¹

Entonces lo importante, no es que sean uno o varios los testimonios, sino que intrínseca como extrínsecamente sean creíbles. En el caso *sub examine* es cierto que la víctima al momento de los hechos había consumido licor y que muy probablemente no estaba en todos sus cabales; pero la narración de los hechos que ha ofrecido es en absoluto coherente y por sobre todo verosímil, si se tiene en cuenta que su relato es rico en detalles de cómo sucedieron las cosas; pero especialmente es categórico en señalar a **Pizarro Martínez** como la persona que le disparó en dos ocasiones a pesar de sus pedimentos de que no lo hiciera. Incriminación que la ha sostenido desde la primera entrevista que le hicieron los investigadores de la Fiscalía y la cual mantuvo, incluso con vehemencia, en el juicio oral.

En efecto, Henao describe con exactitud las circunstancias de tiempo, modo y lugar antecedentes y concomitantes al hecho de sangre, describe la escena

¹ C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

del crimen e identifica y ubica con toda exactitud a **Pizarro**, y como no lo iba a hacer si en ese momento el procesado era la estrella de la noche sobre quien estaban fijadas todas las miradas y según el relato de la víctima la agresión fue casi que a quemarropa por lo que ninguna dificultad tuvo de identificar a su agresor.

De otra parte, dentro del juicio no se estableció ni siquiera una mera sospecha de algún tipo de problema o resquemor que con antelación hayan tenido el ofendido con el procesado o algún tipo de enemistad como para que aquel de manera por demás irracional e ilógica decidiese inculpar a este de un delito que no cometió, cuando las reglas de la experiencia advierten que la víctima dentro de un proceso penal lo que busca es que se identifique y sancione al culpable de la agresión y no a personas inocentes. Es más el ofendido afirmó que ni siquiera conocía al cantante.

Es cierto que los demás testigos de la Fiscalía e incluso los de la defensa hablan de que **Pizarro Martínez** durante su concierto estuvo con una especie de suéter negro y jamás en camiseta o camisilla blanca como lo dice la víctima y que ello fue uno de los aspectos esenciales que tuvo en cuenta el *a quo* para disvalorar la versión de aquella; pero teniendo en cuenta lo inverosímil que resultan todas las versiones de los demás testigos de la Fiscalía y de la defensa, más peso tiene lo dicho por el ofendido que por aquellos.

En efecto, es altamente sospechoso que todos los participantes de la celebración que fueron llamados a declarar por la Fiscalía, extrañamente al momento de los hechos y a pesar de que la fiesta estaba todavía en pleno apogeo debido al show del procesado, hayan estado dormidos, salvo Gabriel Junior Bermúdez, quien supuestamente estaba en el baño; pero más curioso aún es que ninguno de ellos, incluido los anfitriones, no se hayan enterado posteriormente de que fue lo que pasó y quien era el responsable del delito aquí juzgado, y preocupante, por decir lo menos, resulta que la escena del delito haya sido borrada, porque todo fue limpiado en la mañana de ese día por miembros de la familia de Carlos Alberto Moreno, cuando la misma se debió preservar hasta tanto hacía presencia la policía judicial para realizar los actos urgentes de investigación.

Bajo esta misma línea de pensamiento es que tampoco resultan creíbles para la Sala las versiones sospechosamente idénticas de los esposos John Fredy Ortiz Holguín y Diana Marcela Castañeda Montoya, quienes supuestamente estuvieron en el momento en que se produjo la agresión y que dan fe que cuando se hicieron los disparos **Pizarro Martínez** estaba cantando con lo cual debería quedar a salvo de toda responsabilidad.

Y no resultan creíbles no porque haya contradicciones entre ellos, ya que por el contrario son demasiado coincidentes, al punto que sus versiones parecen salidas de un libreto preparado con antelación; sino porque no suenan verosímiles al igual que las de los otros testigos, en el sentido de que se escucharon de los disparos en el preciso momento en el que el procesado estaba cantando; pero extrañamente no se dieron cuenta de nada más,

cuando es lo cierto que en este tipo de situaciones y en razón de la cantidad de personas que estaban presenciando el espectáculo era imposible que nadie hubiera mirado los hechos y con ello señalado al responsable.

Como ya se dijo párrafos arriba, para la Sala no hay duda que aquí, salvo en lo que tiene que ver con Luis Carlos Saldarriaga, pues la misma víctima dio fe de que efectivamente esta persona se fue a acostar momentos antes del incidente de sangre, en los demás testigos posiblemente haya un silencio cómplice para encubrir al responsable de los delitos aquí investigados y por tanto se ordenará la compulsión de copias para la respectiva indagación por los delitos de falso testimonio, favorecimiento por encubrimiento y fraude procesal o las conductas ilícitas que se lleguen a comprobar.

De otra parte es cierto que otro de los descuidos de la Fiscalía fue no establecer con certeza el móvil del delito; no obstante esto, el haz probatorio llevado a juicio señala en alguna medida una razón pasional o de celos por motivo de una charla que sostuvo Henao con la novia del procesado, de lo cual fue advertido este por una tercera persona, según cuenta la propia víctima.

Es cierto que lo antes colegido no es una cuestión probada con suficiencia, tal como ya se advirtió, y también lo es que la aclaración y comprobación del móvil es un elemento muy importante dentro de la teoría del caso de quien sustenta una acusación, pero no por ello determinante y definitivo para la prosperidad de la pretensión punitiva, como sucede en el presente caso en

donde tal falencia se solventa con el sólido y categórico testimonio de la víctima quien sin dudarle un solo momento ha señalado insistentemente y sin titubeo alguno a **Pizarro** como la persona que en aquella madrugada le propinó dos disparos.

De otra parte, resulta bastante particular la conclusión a la que llega la primera instancia en el sentido de insinuar que los investigadores del C.T.I. manipularon a la víctima para que incrimine al procesado, sin tener ninguna prueba concreta de ello y solo por el hecho de que se hizo un irregular reconocimiento fotográfico, cuando es lo cierto que incluso tal acto de investigación, al contrario de lo que piensa la primera instancia, resultaba superfluo por cuanto que a la víctima no le asistía ninguna duda sobre la identidad de su agresor.

Por último, las varias inconsistencias que encuentra la defensa en las versiones de la víctima, son meras cuestiones accidentales que en nada minan la credibilidad del testimonio de Henao Mona, pues del hecho que este en las dos entrevistas no haya hablado sobre los tatuajes del procesado, no implica que haya estado mintiendo, ya que eso se explica, de un lado, por un deficiente interrogatorio y de otro, porque el ofendido no haya considerado importante tal dato bajo el entendido que tenía suficientemente identificado a su agresor; las características de la tarima no tiene mayor relevancia si se tiene más que demostrado que Henao sí estuvo en el lugar de los hechos y que el procesado cantaba sobre una estructura; que este dijo en las entrevistas que fue atacado por un arma de fuego y en el juicio habló de una pistola, es un argumento sin sentido habida cuenta que las pistolas son

armas de fuego y, por último, el hecho de que Henao se haya desmentido cuando en una entrevista dijo que Johana Molina presenció el hecho de sangre y que acudió en su auxilio y luego haya dicho que estaba equivocado, tal cuestión no puede minar por sí sola la credibilidad del ofendido, si se tiene en cuenta que hay dudas sobre la verdadera participación de esta dama en estos hechos, por cuanto Oswaldo Tirado, quien fue la persona que llevó a la víctima al hospital, declaró que al herido lo acompañaba una mujer a quien no conocía y en esa fiesta la única amiga o conocida de Henao era la referida Johana, con lo cual no se puede descartar el hecho de que esta mujer si haya presenciado los hechos o por lo menos acompañado a la víctima al centro de salud.

En ese orden de ideas, resulta ciertamente inexplicable cómo el juez *a quo* prevalido de peculiares reglas de la lógica y de la experiencia inventadas por el mismo y de meras especulaciones, le haya restado toda credibilidad al testimonio de la víctima, siendo que, como se explicó, su solidez, consistencia, coherencia y verosimilitud tanto interna como externa le indicaban forzosamente todo lo contrario.

Así las cosas y estando demostrado que el procesado en pleno uso de sus facultades mentales disparó en dos ocasiones en contra de la víctima a quien puso en un evidente estado de peligro de muerte y que no hay evidencia que haya actuado por una razón justificada o circunstancia inexorable que lo haya impelido para actuar como actuó, esta Sala llega a la conclusión que **Pizarro Martínez** sí es culpable del delito de tentativa de homicidio.



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

Como también lo es del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal en el sentido de que hay evidencia irrefutable que las lesiones que padeció Henao fueron producidas por arma de fuego y que se estipuló que el procesado no tiene salvo conducto para portar ese tipo de artefactos.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia nacional ha sido lo suficientemente clara en el sentido de que los agravantes, generales o específicos, deben estar fundamentados tanto fáctica como jurídicamente dentro del proceso, para que puedan ser reconocidos en la sentencia condenatoria, pues no basta una simple alusión a los mismos en la acusación o en el alegato final por parte de la Fiscalía o de la representación de las víctimas.

Para el caso en particular del agravante del homicidio acerca del estado de indefensión de la víctima, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ya ha llamado la atención sobre lo antes dicho; pero además ha establecido que con respecto a esta precisa cuestión el legislador realmente en el numeral 7 del artículo 104 del C. P. estructuró 4 situaciones independientes que para su reconocimiento deben estar debidamente alegadas y probadas dentro del trámite procesal.

Así lo estableció el Tribunal de Casación:

3. 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.

4. En ese contexto, en atención a los principios de legalidad preexistente y tipicidad estricta y¹ para permitir un claro ejercicio del derecho a la defensa, se constituye en requisito necesario que, tratándose del artículo 104.7 penal, la Fiscalía deslinde en su acusación con claridad, tanto probatoria como jurídicamente, a cuál de las cuatro circunstancias de mayor punibilidad hace referencia.²

² C.S.J., Sala de Casación Penal, sentencia 44817 del 26 de noviembre de 2014

Para el caso *sub examine* se tiene que tanto en la acusación, como en el alegato de conclusión la Fiscalía, como titular de la acción penal, hizo alusión al agravante del estado de indefensión de la víctima; pero ello carente de cualquier fundamentación argumentativa y probatoria, como quiera que en la audiencia de vocación a juicio después de hacer una narración de los hechos en los cuales resultó herido Edwin Henao, simplemente se limitó a citar el agravante junto con la norma que lo contempla, mas no hizo ninguna especificidad al respecto y en el alegato de conclusión, la cuestión fue más caótica debido al confuso y contradictorio argumento de la Fiscalía, que se observa en su intervención final cuando expresó:

“Si usted evidencia señor juez la historia clínica, las relaciones medico legales allegadas, aunado con lo que dijo aquí dicho doctor, esas heridas fueron producidas por proyectiles de arma de fuego, entonces no se hace necesario, o no se hizo necesario traer al juicio ese artefacto. Establecida esa tipicidad señor juez surge de lógica la antijuridicidad, aquí se afectó una integridad personal y se atentó contra una vida de un ser humano sin justificación alguna, de ahí señor juez la agravante para el homicidio tentado, la indefensión.”

De otra parte, si siguiendo a la Corte, está en situación de indefensión quien al momento de la agresión carece de medios de defensa, esto es, en estado inerme, mientras la inferioridad ocurre cuando el sujeto activo se encuentra en relación de superioridad frente a la víctima, vale decir, en posición ventajosa que le permite ejercer fácil dominio sobre ésta, es claro que en el presente asunto, tales circunstancias no fueron debidamente demostradas por quien le correspondía hacerlo.

En efecto, de lo que se pudo demostrar en juicio oral es que a raíz de un comentario que un sujeto le hizo a **Carlos Alberto Pizarro**, quien en ese momento se encontraba cantando para los partícipes de la fiesta, este se bajó del escenario y le propinó sin más dos disparos a Edwin Henao, quien trató de refugiarse detrás de un pilar para evitar la agresión, lo cual obviamente no consiguió porque terminó seriamente lesionado; sin embargo, es claro que el procesado ni puso en estado de indefensión o inferioridad a la víctima, como tampoco se aprovechó de una tal condición, ya que lo demostrado es una agresión simple desarrollada en un contexto normal para este tipo de situaciones.

Y esto es claro porque si bien es cierto la víctima había consumido licor y ello podía afectarle su capacidad psicomotriz y con ello quedar en una situación de desventaja, es lo cierto que del propio relato de aquella se puede inferir que estaba en condiciones adecuadas, como quiera que incluso alcanzó a correr y a esconderse detrás de una columna para evitar ser ultimado. De otra parte, es cierto que **Pizarro** lo agredió con un arma de fuego y que la víctima estaba desarmada; pero este hecho no puede *per se* agravar la conducta, porque para ello se requiere de un contexto claro y concreto en donde se demuestre que Henao estaba en una situación donde se hubieran anulado sus medios defensivos o en una situación de subordinación respecto de su agresor, todo lo cual no es lo suficientemente claro en este caso. Además agravar la conducta del procesado en este caso en concreto, por el solo hecho de que la agresión la produjo con un arma de fuego, sería sancionar dos veces la misma acción con clara transgresión del principio



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

penal del *non bis in idem*, por cuanto tal hecho va a ser sancionado autónomamente con la punición del delito de porte ilegal de armas.

Así las cosas Pizarro Martínez será condenado por tentativa de homicidio simple.

6.5 AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA

De conformidad con el artículo 447 del C.P.P., las partes e intervinientes procesales hicieron uso de la palabra en el siguiente orden:

El fiscal delegado solicitó la pena mayor dentro del cuarto que corresponda, atendiendo a que si bien es cierto **Pizarro Martínez** está siendo condenado por un delito de homicidio tentado porque hasta la finalización del juicio la víctima estaba viva, también lo es que esta después de múltiples sufrimientos falleció casi dos años después a raíz de las heridas que le fueron infligidas.

Por su parte el representante de la víctima con similares razones que las expuestas por la Fiscalía, pero aduciendo, además, que la conducta fue supremamente grave dada la condición social del procesado y su abierto desafío a la justicia colombiana, solicita que se aplique la pena máxima dentro del cuarto que corresponda, advirtiendo que aquel no tiene derecho a



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

ningún subrogado ni beneficio penal dada la entidad de la pena que se le va a imponer.

La delegada del Ministerio Público también trayendo a colación los graves sufrimientos de la víctima y que esta posteriormente murió; pero, además, después de hacer un cuidadoso análisis del artículo 61 del C. P., solicitó se le imponga al condenado la pena máxima dentro del cuarto mínimo y que no se otorgue ningún subrogado ni beneficio punitivo.

Por último, la defensa advierte que tiene dos planteamientos en esta audiencia: en primer lugar, solicita se aplique la sentencia de constitucionalidad con radicado no. 792 de 2015 y en consecuencia de ello, se conceda en este caso el recurso de apelación, so pena de nulidad de lo actuado por violación de garantías fundamentales del condenado.

En segundo lugar, a pesar de que finalizó su intervención advirtiendo que no hará ningún pronunciamiento sobre la individualización de la pena, como quiera que si el Tribunal no concede la alzada, no quiere convalidar la actuación irregular de la referida Corporación; es lo cierto que se opuso a algunos argumentos de la Fiscalía y de la representación de la víctima en el sentido de que no se puede tener en cuenta un hecho extraprocesal como es la muerte del señor Henaó Moná porque ello atentaría contra el principio de congruencia que rige el proceso penal, que **Pizarro** no está huyendo porque está compareciendo a juicio a través de su abogado, considera inadmisibile el argumento de que su cliente actuó por motivos innobles o fútiles, y por

último solicita que se aplique un solo día por el delito concursal de porte ilegal de armas, teniendo en cuenta que la gravedad de la conducta está más que sancionada con las altas penas que tienen estos dos tipos de delitos.

6.6 TASACIÓN DE LA PENA:

El delito de homicidio simple se encuentra previsto en el artículo 103 del C. P. y tiene aparejada una pena de prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses de prisión.

Ahora bien como la conducta, por lo menos para el momento del juzgamiento, quedó en el grado de tentada, la misma, de conformidad con el artículo 27 *idem*, no podrá ser inferior a la mitad del mínimo, pero tampoco mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el respectivo delito; es decir que en este caso los límites punitivos quedarán de ciento cuatro (104) a ciento ochenta y siete punto cinco (187.5) meses de prisión.

Aplicadas ahora las reglas del art. 61 penal, el ámbito punitivo será el de 20.8, por lo que los cuartos quedarán definidos de la siguiente manera:

CUARTO MINIMO:	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	CUARTO MÁXIMO
104 a 124.8 meses de prisión	124.9 a 145.6 meses de prisión	146.7 a 166.4 meses de prisión	166.5 a 187.5 meses de prisión

Como durante el juicio no se alegaron circunstancias genéricas de mayor punibilidad y por el contrario está verificada sí una de menor punibilidad como es la carencia de antecedentes penales, la Sala partirá del cuarto mínimo y dentro de este, haciendo eco de las peticiones de la Fiscalía, el representante de la víctima y la agente del Ministerio Público, se impondrá una pena de 120 meses de prisión en atención a la gravedad extrema de las lesiones causadas a Henao Mona, que lo llevaron a un penoso y larguísimo tratamiento médico en donde, por lo menos para lo demostrado dentro de este proceso, estuvo al borde de la muerte.

En relación al delito de fabricación tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones previsto en el artículo 365 del C. P. , modificado por la Ley 1142 de 2007, art 38, modificado por la Ley 1453 de 2011, art. 19, tiene aparejada una pena de prisión de 108 a 144 meses de prisión

De acuerdo a las reglas establecidas en los artículos 60 y siguientes del C.P., el ámbito punitivo se fija en 9 meses, por lo que los cuartos quedan definidos de la siguiente manera:

CUARTO MÍNIMO	SEGUNDO CUARTO	TERCER CUARTO	CUARTO MÁXIMO
De 108 a 117 meses de prisión	117.1 a 126 meses de prisión	126.1 a 135 meses de prisión	135.1 a 144 meses de prisión

En razón de lo ya expuesto para el delito atentatorio de la vida, se partirá del cuarto mínimo; pero en este caso teniendo en cuenta que la acción desplegada por **Pizarro Martínez** no desbordó los límites naturales y normales de la acción típica en concreto considerada, se partirá del *quantum* mínimo, esto es que la pena a imponer será la de 108 meses de prisión. En ese mismo sentido también se impondrá la pena accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por un (1) año, de conformidad con lo previsto en los artículos 43, 51 y 52 penales.

Ahora bien como aquí concursa el delito de tentativa de homicidio y el porte ilegal de armas de defensa personal, de acuerdo con el artículo 31 *idem*, a la pena de 120 meses de prisión que se condenará al procesado por el delito de afectatorio de la vida, se le sumará veinticuatro (24) más, para una pena total de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión. La accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de conformidad con el artículo 52 penal, tendrá la misma duración que la privativa de la libertad.

6.7 SUBROGADOS PENALES Y PRISIÓN DOMICILIARIA

Como los delitos se cometieron el 26 de febrero del año 2012, en principio en este caso no es aplicable la Ley 1709 de 2014; no obstante por resultar más favorable a los interés del procesado se deberá aplicar en el asunto *sub examine*, tanto para el análisis del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como para la sustitución de la prisión intramural por

la prisión domiciliaria, por cuanto los requisitos de esta última legislación son menos estrictos que los de la derogada.

No obstante esto, dada la entidad de los delitos por los cuales está siendo condenado **Pizarro Martínez**, es lo cierto que no puede acceder a ninguno de estos beneficios legales, de un lado, porque para el subrogado de la ejecución condicional de la pena, la impuesta no debe superar los 4 años de prisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 63 del C. P.; y en el caso de la prisión domiciliaria, la sentencia impuesta debe ser por delito cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos, según lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el artículo 38 B al Código Penal, lo que tampoco pasa en este asunto.

6.8 CUESTIÓN FINAL

Ha solicitado el señor defensor se aplique en este caso la sentencia de constitucionalidad C-792 de 2014, para que se proceda a conceder por parte de la Colegiatura recurso de apelación en contra de esta providencia habida cuenta de que su cliente fue condenado por primera vez en segunda instancia, empero, la solicitud de la defensa debe ser rechazada por cuanto de conformidad con el artículo 32 de la Ley 906 de 2004 la apelación solo procede respecto de sentencias que dicten los Tribunales Superiores en primera instancia y en este caso, es claro que la Corporación actuó como instancia *ad quem*.



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

Ahora bien, esta Sala no desconoce que mediante sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad con efectos diferidos de varias normas de la Ley 906 de 2004, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, por lo que resolvió exhortar al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esa sentencia regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias y que de no hacerlo, a partir del vencimiento de ese término, se entenderá que procede la impugnación de todos esos tipos de fallos judiciales ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

Sin embargo, se debe advertir que como la referida sentencia de constitucionalidad fue notificada mediante edicto No. 049 del 22 de abril de 2015, el plazo aún no se encuentra vencido y por lo mismo sus efectos aún no pueden tener validez normativa, tal como lo coligió la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en auto AP5491-2015, radicado 46805.

En consecuencia se declara que para este caso no procede el recurso de apelación.

Por lo anterior, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 30 de noviembre de 2012 proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello (Ant.), que absolvió al señor **CARLOS ALBERTO PIZARRO MARTÍNEZ** por el delito de tentativa de homicidio en concurso con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

SEGUNDO: En su lugar **CONDENAR** al referido señor **CARLOS ALBERTO PIZARRO MARTÍNEZ** a la pena de CIENTO CUARENTA Y CUATRO (144) meses de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas con idéntico término al señalado como pena de prisión.

TERCERO: Condenar al señor **PIZARRO MARTÍNEZ** a la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el lapso de un (1) año.

CUARTO: Declarar que el condenado no tiene derecho al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como tampoco a la prisión domiciliaria. En consecuencia líbrese la correspondiente orden de captura en su contra.

QUINTO: Expídase copia de esta sentencia con destino a la Fiscalía General de la Nación, a efectos de que investigue a GABRIEL JUNIOR BERMUDEZ, CARLOS ALBERTO MORENO OSPINA, ALEX ALBERTO VASQUEZ, KAREN DANIELA DAVILA, MARTHA DÁVILA, OSWALDO TIRADO, JOHN FREDY ORTIZ HOLGUIN y DIANA CASTAÑEDA y JOHANA MOLINA por la presunta comisión



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

de los delitos de falso testimonio, favorecimiento por encubrimiento y fraude procesal, según lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA.

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ

Magistrado

(Con salvamento de voto)



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA



SALA PENAL

Medellín, martes, primero de marzo de dos mil dieciséis

SALVAMENTO DE VOTO

Ref. Proceso 05 001 60 00206 2012 14.068

M. P. LEONARDO CERÓN ERASO

Acusado: CARLOS ALBERTO PIZARRO MARTÍNEZ

Por no estar de acuerdo con la decisión que se toma por la Sala mayoritaria, salvo el voto en este proceso.

Un testimonio, con mucha más razón si proviene del sujeto pasivo de la infracción penal, suele en muchas ocasiones ser prueba suficiente para predicar responsabilidad y en este caso, a primera vista, pareciera que nada impide otorgar plena credibilidad al ofendido; no cabe duda que fue enfático en su declaración en juicio oral acerca de que quien le propinó los disparos fue el acusado.

Empero, en mi modesto criterio, esa única prueba acerca de la responsabilidad penal de PIZARRO MARTÍNEZ, no tiene la capacidad suasoria para despejar la duda razonable en torno a este elemento indispensable para emitir una sentencia de condena.

Mis razones son las siguientes:

Toda la prueba desahogada en el juicio oral permitió establecer fácilmente que a eso de las cuatro de la madrugada del veintiséis de febrero de dos mil doce, en un predio rural del municipio de Copacabana (Antioquia), mientras se celebraba el cumpleaños de CARLOS ALBERTO OSPINA, sonaron un par de disparos y resultó severamente lesionado, como consecuencia de ellos, EDWIN ALFREDO HENAO MONÁ. Posteriormente a su declaración en el estrado judicial, según se dijo, falleció a causa de esas lesiones recibidas.

Pero, tras la deficiente labor investigativa llevada a cabo por la policía judicial, ninguna de las personas que vertieron su declaración en juicio oral, salvo el ofendido, pudieron precisar quién efectuó los disparos.

Por supuesto, un ciudadano del común dirá que no se necesita de más prueba para concluir que quien realizó el ataque fue la persona que la víctima señaló como su agresor pero, en esto se apoya mi argumento central, esa versión debe ser contrastada no solo con las condiciones mentales y físicas del testigo y sus declaraciones extra proceso, sino con los otros medios de prueba.

Empiezo por afirmar que conforme a la declaración del ciudadano HENAO MONÁ y sus conocidos, para el momento en que se presentó la agresión, el ofendido llevaba largas horas dedicado a divertirse, pues antes de su ingreso a la finca en donde se llevaba a cabo la fiesta en la cual resultó gravemente herido, se hallaba en una celebración familiar como él mismo lo narró en juicio. De hecho, dijo haber llegado al lugar en las horas de la madrugada.

También está demostrado que tanto él como sus amigos habían ingerido licor, tanto es así que se dijo en juicio oral que la persona con la cual arribó debió ser acostada al interior del vehículo dado su grado de embriaguez y similar situación se presentó con LUIS SALDARRIAGA y su esposa, JOHANA, conocidos suyos a quienes requirió insistentemente para que lo dejaran ir a la mencionada fiesta pese a no ser ni siquiera conocido de la persona por la cual se había dado el acontecimiento.

Lo de la ingesta de licor, por el largo lapso transcurrido y las condiciones de sus amigos, que no debió ser poca, debe ser analizado con especial cuidado; bien pudo este elemento afectar seriamente los sentidos de HENAO MONÁ y por ende su percepción de los hechos ser equívoca.

Las pruebas muestran que el acusado llegó al lugar para cumplir con un contrato de trabajo que se celebró a petición de un conocido suyo, GABRIEL JUNIOR BERMÚDEZ GUERRA,

cantante de música urbana, conocido en los medios artísticos como JUNIOR G y también está demostrado que previamente ningún conocimiento existía entre la víctima y su presunto atacante.

La primera pregunta, que no fue develada por la investigación es la existencia de un móvil que explicara razonablemente por qué el acusado, quien según HENAO MONÁ se hallaba en el escenario cantando, interrumpiera abruptamente su labor, se proveyera *–no sabemos cómo–* de un arma de fuego y en frente de su público caminara hacia HENAO MONÁ y disparara en dos ocasiones, con clara intención de poner fin a su vida.

Por supuesto se especula acerca de una reacción primaria por cuanto la víctima habría estado importunando a la novia del cantante, con la cual el acusado, durante el arribo a la finca, habría discutido; pero ello se quedó en el terreno de las meras hipótesis apoyadas en lo que informó HENAO MONÁ y su personal percepción acerca del porqué fue agredido. Nadie logró establecer si realmente la mujer con la cual dijo la víctima, estaba hablando momentos antes, era en realidad la novia de PIZARRO MARTÍNEZ.

Pero aquí no paran las inconsistencias y debilidades de la investigación, si se repara con detalle en las declaraciones previas de HENAO MONÁ, se verá de inmediato que su primera versión, luego de estar varios días en coma, fue señalar a PIZARRO como la persona que le disparó, ubicándolo en el escenario vestido con ropa blanca, afirmando que junto a él se hallaba otro

hombre de ropa negra y gorra para luego, en juicio oral, explicar que seguramente pudo haber estado vestido inicialmente de ropa negra para luego cambiarse a una camiseta o camisilla blanca³.

Su versión de que observó otro hombre junto a quien le disparó halla soporte en la declaración de GABRIEL JUNIOR, pues este en juicio oral dijo que todo el tiempo estuvo cantando junto a PIZARRO MARTÍNEZ por lo cual se explica la presencia de dos hombres en el escenario.

Me preocupa sobremanera que en la investigación no se tuvo cuidado de establecer si entre estos dos hombres existía algún parecido físico o si estaban vestidos en forma similar o si la víctima sabía que no se estaba presentando un único cantante de reggaetón sino dos y ello pudo generarle confusión sobre la persona que disparó.

No se estableció si el hecho de haber permanecido varios días en coma inducido pudo afectar su memoria y sus recuerdos del suceso sufrieron alteración por esta causa.

Mírese que cuando se analizan sus primeras versiones pone junto a él, al momento de los disparos a la esposa de su amigo LUIS SALDARRIAGA, quien en juicio oral manifestó

³“inicialmente él estaba como con una prenda negra pero cuando él me disparó tenía una camisilla, como una camisilla o camisa color blanco porque a él cuando yo le pude evidenciar unos tatuajes que tiene en el antebrazo tiene unos tatuajes aquí, (16:43) cuando él me disparó porque él me disparó así, yo le vi los tatuajes, él estaba como con una prenda oscura igual que la persona con la que me señaló que era el amigo de él”

que se hallaba acostada cuando aquellos sonaron; ya en juicio HENAO MONÁ reula y da a entender que bien pudo no haber sucedido tal y como lo narró al principio.

No son divergencias de poca monta, por el contrario, si la mujer estaba cerca de él, es algo que debería recordar claramente dado que afirma no haber sufrido mengua en su memoria y si finalmente no recuerda eso con claridad, bien puede pensarse que su grado de alicoramiento era diciente, con lo cual, su credibilidad resulta minada.

De otro lado, resulta cuando menos extraño que un suceso tan inesperado y violento como este, no haya sido observado por ninguna de las personas que para ese momento se hallaban disfrutando de la fiesta y sobre este preciso tópico se pueden tejer hipótesis como que se busca con ello proteger al acusado pero, pregunto: ¿Acaso no se puede pensar que se está protegiendo a otra persona?

Hay dos deponentes⁴ que afirman que para el momento de los disparos el acusado se hallaba cantando lo cual señalaría a un tercero como autor de los mismos y salvo cuestionar su dicho en la forma como se hace en la providencia, ningún otro elemento existe para creer que están mintiendo. Pero, si están diciendo la verdad, la conclusión a la que se llega es que el ofendido se equivoca respecto a la identidad de la persona que lo agredió.

⁴ John Freddy Ortiz Holguín y Diana marcela Castañeda Montoya

Yo no puedo aseverar que CARLOS PIZARRO MARTÍNEZ sea inocente, pero tampoco puedo afirmar, con conocimiento más allá de cualquier duda, que es responsable del delito por el cual en esta instancia se le condena.

No veo un móvil demostrado; solo especulaciones; no entiendo como una persona, cantante de profesión, ciudadano extranjero, sin motivación especial alguna, se provee de un arma de fuego, camina entre el público y le dispara a un ser humano que hasta ese momento era un desconocido para él y además de ello, nadie, salvo la víctima lo señale como el causante de los disparos, persona esta que por su condición física para el momento de los sucesos, teniendo en cuenta su ingesta de alcohol –*que creo fue superior a lo que él admitió*- pudo errar en la identificación del agresor, tal y como aconteció con su percepción sobre la presencia de su conocida y la poca claridad acerca de la ropa que para ese momento vestía el agresor.

Por estas razones me aparto de la posición mayoritaria; en mi opinión, le dan a la versión de la víctima un valor que no tiene y ello les permite emitir una condena; mi conclusión, por el contrario, es que debió confirmarse la sentencia de primera instancia.

Una vida humana se ha perdido, eso es una tragedia irreparable. Es lamentable que hasta el momento, por lo menos desde mi punto de vista, no se haya podido establecer quién fue el



RADICADO NRO. 050016000206201014068
SEGUNDA INSTANCIA

autor de los disparos. Insisto: Pudo ser el acusado pero las pruebas practicadas no permiten afirmarlo con el grado de conocimiento que la ley procesal penal exige para condenarlo por este suceso.

Lo anterior dicho con el más absoluto respeto por la posición de la Sala mayoritaria.

RAFAEL DELGADO ORTIZ

Magistrado