

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

SENTENCIA PENAL No. 037 – 2016

Radicado: 05-001-60-00206-2014-30482 - 2ª instancia

PROCESADO JORGE IVAN VELILLA CABALLERO
DELITOS HOMICIDIO EN GRADO TENTATIVA, HOMICIDIO
CULPOSO Y LESIONES PERSONALES CULPOSAS
ORIGEN JUZGADO 26 PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
DECISIÓN CONFIRMA Y MODIFICA
MAG. P. HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobada: Acta No. 063)

(Sesión del 25 de noviembre de 2016)

Medellín,veintinueve(29) de octubre dos mil dieciséis (2016). (Fecha de lectura).

Procede esta Sala de decisión penal del **Tribunal Superior de Medellín** a conocer del recurso de **APELACION** interpuesto por el Dr. Juan Camilo Londoño López, en representante de la señora Fanny Mariela Valderrama Solano, madre de la menor víctima MARIANELLA QUINTERO VALDERRAMA; así como del interpuesto por el doctor LUIS CARLOS VILLEGAS CADAVID, defensor de confianza del condenado JORGE IVAN VELILLA CABALLERO; contra la sentencia proferida el 7 de abril de 2016 por el **JUZGADO VEINTISEIS PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, que condenó a éste último por los delitos de **HOMICIDIO CULPOSO, HOMICIDIO EN GRADO TENTATIVA Y LESIONES PERSONALES CULPOSAS**.

Antecedentes Fácticos: El 22 de junio de 2014, a eso de las 3:20 horas de la mañana, en la carrera 85 con Calle 19A del barrio Belén AltaVista de Medellín (Antioquia), se encontraban más de cien personas reunidas, menores de edad, jóvenes y adultos, los cuales departían en una festividad en la vía pública, momento en el que se presenta una discusión entre dos o tres sujetos con el señor **JORGE IVAN VELILLA CABALLERO**, porque algunos de ellos se estaban orinando en el antejardín de su residencia, provocando la reacción violenta de éste, quien se aprovisionó de un arma de fuego, sin salvo conducto, disparando en varias oportunidades, causándole la muerte a la menor MARIANELLA QUINTERO VALDERRAMA (13 años de edad) y lesiones personales graves que pusieron en riesgo la vida e integridad personal de ANDRÉS FELIPE BEDOYA VELÁSQUEZ (13 años de edad), SERGIO ANDRÉS VELÁSQUEZ SÁNCHEZ (17 años de edad), así como los adultos ALEJANDRO SÁNCHEZ CANO, DARLEY AUGUSTO CAROARDILA y LUZ MARINA GUISAO ARDILA.

Actuación procesal: Para el 25 de junio de 2014, la Fiscalía solicitó orden de captura en contra de VELILLA CABALLERO¹, quien de manera voluntaria se presentó el 19 de agosto de 2014², haciendo entrega de un arma de fuego tipo revolver, color negro con cachas antihuellas, con número interno 318, número externo IM3318P, calibre 38 SPL, la cual contenía 2 cartuchos y 4 vainillas.

El día 20 de agosto de 2014, ante el Juzgado Sexto Penal Municipal de Control de Garantías se legalizó la captura y se formuló imputación a JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO como presunto autor de los delitos de homicidio agravado, homicidio agravado en la modalidad de tentativa y porte de armas de fuego, quien sólo se allanó al último cargo; el acusador solicitó medida de aseguramiento intramural en centro de reclusión, accediéndose a esa pretensión e imponiéndose detención preventiva en establecimiento carcelario³.

¹Cuaderno principal, folios 4 expediente.

² Cuaderno principal, folios 9 del expediente.

³Cuaderno principal, folios 11 del expediente.

El 18 de noviembre de 2014, la Fiscal 121 Seccional de Medellín radicó escrito de acusación⁴, correspondiendo por reparto al Juzgado 26 Penal del Circuito de la misma ciudad, Despacho que realizó audiencia de formulación de acusación el 28 de enero de 2015⁵, donde acusó a JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO de ser el autor del concurso de las conductas punibles de Homicidio agravado (víctima Marianella Quintero Valderrama) y tentativa de Homicidio agravado en concurso homogéneo (varias víctimas).

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 29 de mayo de 2015⁶, decretando las pruebas a practicar en la audiencia de juicio oral, el cual inició el 24 de junio de 2015, teniendo varias sesiones en el mismo año, fechadas el 25 de junio; 15, 16 y 17 de julio; 24 y 25 de agosto; 8 y 9 de septiembre y 25 de octubre, culminando con la clausura del debate probatorio el 26 de noviembre de ese año, para que finalmente se emitiera sentido de fallo condenatorio. La defensa de VELILLA CABALLERO allegó copia de escrito de indemnización integral de perjuicios a nombre de la víctima Luz Marina Guisao, solicitando que se extinguiera la acción penal respecto de esa víctima, a lo que el despacho no accedió, por cuanto la acusación fue por el delito de tentativa de homicidio y no por lesiones personales culposas, por lo cual consideró es una solicitud improcedente por anticipación⁷.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juez Veintiséis Penal del Circuito de Medellín, mediante providencia del 7 de abril de 2016, condenó a JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO por los delitos de homicidio en grado tentativa, homicidio culposo y lesiones personales culposas, a descontar pena de **CIENTO CUARENTA Y CUATRO (144) MESES DE PRISIÓN y MULTA DE 30 S.M.L.M.V.**, así como la prohibición de tener o portar armas fuego durante cincuenta (50) meses, inhabilitación para el ejercicio de

⁴Cuaderno principal, folios 17 del expediente.

⁵Cuaderno principal, folios 82 del expediente.

⁶Cuaderno principal, folios 106 y 107 del expediente.

⁷Cuaderno principal, folios 184 del expediente.

derechos y funciones públicas por doce (12) años, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Adujo el *a quoque* en este proceso se cuenta con varios sujetos pasivos de la acción criminal, por ende varios delitos, con pluralidad de víctimas, por lo cual empieza a desentrañar lo que para el Juzgado es la nuez del problema jurídico a resolver, esto es el móvil que tuvo el acusado para haber accionado un arma de fuego con las consecuencias mortales que la misma causó.

Arguye que Darley Augusto Caro Ardila fue una de las víctimas y estuvo presente el 22 de junio de 2014 en los hechos que se debaten. De la declaración rendida en juicio por el señor Miguel Ángel Quiroga Palacios, testigo presencial y directo, el cual le ofrece gran credibilidad, versión que incluso hubo de incorporarse en juicio como prueba sobreviniente, sin dubitación alguna asegura que la persona con quien VELILLACABALLERO discutió y empezó la agresión física fue con Caro Ardila, lo que compagina con lo expuesto por Daniel Alejandro Velilla Arango, hijo del procesado y quien se encontraba presente en el sitio.

Razona que el testimonio de Caro Ardila resulta engañoso y carente de veracidad, al decir que se encontraba en la fiesta y que al escuchar unos disparos salió corriendo en dirección al lugar de donde provenían (para ver quién estaba disparando), recibiendo tres impactos en su humanidad. Miente al decir que cuando recibe los disparos se hallaba a una distancia de 4 metros de su agresor, pero que no vio quien era el tirador, que solo vio "el chispero". Así consideró que el relato de este sujeto se muestra incoherente e ilógico, pues cómo aceptar que en medio de una supuesta balacera, las personas que se hallan en la línea de tiro corran presurosamente a ver quién era la persona que lo hacía y que no sepa quién era el tirador.

Considera que la declaración vertida por el joven Miguel Ángel Quiroga Palacios es coherente y veraz, se usó con el material fotográfico dispuesto por la defensa para

que identificara el lugar de los acontecimientos, la casa del procesado⁸ y donde se encontraba, ello para determinar que evidentemente pudo escuchar la discusión entre VELILLA CABALLERO y Caro Ardila, lo cual fue el detonante para que estos dos sujetos se transaran en una disputa cuerpo a cuerpo y desembocara en el accionar del arma de fuego.

Advierte que son varias las conclusiones que se anticipan, de cara a llegar a ese conocimiento ineludible para condenar, una de ellas es el grado de credibilidad sobre lo manifestado por Miguel Ángel Quiroga Palacios, el cual es total, pues fue un testigo sobreviviente, en la medida en que la Fiscalía no conocía de su existencia, explicando que fue una casualidad que estando la señora Fanny Mariela Valderrama Solano, madre de la menor Marianella, visitando a su hijo Carlos Mario en el establecimiento carcelario "El Pedregal", se encontró con Quiroga Palacios, también recluso en ese lugar, quien le narró de manera espontánea lo sucedido la noche del 22 de junio de 2014. Relato que además tiene correspondencia con lo dicho por Jennifer Restrepo, al puntualizar y dar cuenta de la lucha entre VELILLACABALLERO y otro sujeto, que como ya se indicó era Darley Augusto Caro Ardila.

En la exposición testifical suministrada por Daniel Alejandro Velilla Arango, hijo del procesado, ubica en los hechos a Darley Augusto alias "Van Basten", quien hace parte del combo de los "Pájaros", así como a otros dos de tres sujetos que dice lo acompañaban, como era un mono de *colas* y el otro, según su dicho, era Miguel Ángel Quiroga Palacios.

Entonces el problema surge y se desarrolla de manera inmediata, tan pronto se produjo el enfrentamiento verbal, acompañado de la lucha cuerpo a cuerpo que se dio entre los rivales, quienes caen al piso, transados en una seguidilla de golpes, donde incluso se vio involucrada un arma blanca con la cual resultó lesionado el procesado VELILLA CABALLERO. Apartados los contendores, pareció que concluyó

⁸Ver evidencia 17. Álbum fotográfico. Imagen 6763

la disputa, pero no fue así, ya que VELILLA CABALLERO enardecido por las lesiones que recibió, ingresó a su casa y sacó el arma de fuego con el único propósito de acabar con la vida de Darley Augusto.

Argumenta que el arma de fuego percutida por VELILLA CABALLERO no fue al aire y menos con el propósito de ahuyentar a los supuestos atacantes, la intención no tenía finalidad distinta que causar la muerte a su rival, en este caso a Darley Augusto.

Aduce que es clara la estrategia de exculpación que planteó la defensa, esta es que lo acaecido fue producto de un enfrentamiento entre VELILLA CABALLERO y los "Pájaros", apoyándose para esto en un testigo que no fue presencial de los hechos, pero que asevera que se trató de un conflicto entre bandas criminales.

En su declaración el propio acusado no ocultó haber utilizado un arma de fuego en la madrugada del 22 de junio de 2014, lo cual se compagina con lo que indicó el médico forense, Dr. Julio Mario Hurtado, respecto de la discapacidad física del inculpado, lo cual no le impidió accionar el arma de fuego.

En síntesis, aduce el juez, del análisis probatorio del que se ocupó, se concluye incuestionablemente que VELILLA CABALLERO fue la persona que atentó contra la vida de Darley Augusto Caro Ardila, por lo cual profirió sentencia condenatoria por el delito de tentativa de homicidio simple doloso, sin que sea de recibo el argumento de la representante de la Fiscalía en cuanto a la agravante contenida en el artículo 104 numeral 7° del Código Penal, pues considera que como se demostró, el hecho surgió de una reyerta movida por un acto de intolerancia, donde en un primer momento la víctima se enfrentó al acusado, develándose así agresiones físicas mutuas.

Igual trae a colación que el sentido del fallo condenatorio también abarcó el homicidio de la menor Marianella Quintero Valderrama, en la modalidad culposa, lo

cual no afecta en manera alguna el principio de congruencia, pues es del mismo género y es de menor entidad. Afirma que es necesario concluir que uno de los proyectiles disparados por VELILLA CABALLERO en forma descontrolada se alojó en el cráneo de la adolescente Marianella causándole la muerte, pero no hay prueba alguna que demuestre la existencia de un arma distinta a la utilizada por el procesado la madrugada del 22 de junio de 2014.

Del testimonio de Quiroga Palacios también se puede apreciar lo anterior, cuando expresó, al dar contestación a una pregunta de la defensa, que: *"Le disparó al señor Darley, que él se encontraba al lado de nosotros, por dispararle a él empezó a dispararle a todo el mundo"*, lo cual es creíble, atendiendo a la ubicación en que se hallaba Caro Ardila, esto es muy cerca de donde estaba la multitud de gente departiendo sobre la calle 19D.

Al momento de realizarle la necropsia a la menor víctima se dejó consignado por el médico patólogo Jorge Iván Pareja Pineda, que el hallazgo del proyectil en el cadáver de la víctima Marianella y la ausencia de bandeleta contusiva, lo lleva a concluir que el proyectil no ingresó en el cráneo de la menor de manera directa, sino que por medio hubo un cuerpo extraño, lo que llevó al Despacho a razonar que el disparado se albergó en el cráneo de la menor, luego de haber impactado otra superficie como pudo ser el piso o la pared, es decir que rebotó con dirección a su humanidad. Lo anterior, concordante con el dicho del perito balístico que presentó la defensa, Antonio María Dávila, quien indicó que es propio que los proyectiles calibre 38 reboten con más facilidad que otros de mayor diámetro.

En su sentir el Juzgado logró el conocimiento más allá de toda duda, en cuanto a la responsabilidad que le cabe al procesado VELILLA CABALLERO por el delito de homicidio en la modalidad culposa, donde resultó muerta la menor Marianella Quintero Valderrama, sin que se estime el dolo eventual como lo predica la Fiscalía. Además acude el fallador al denominado error en el golpe para tipificar este delito en imputación subjetiva culposa.

También emitió fallo de condena contra el acusado por el delito de lesiones personales culposas, de las cuales resultó como víctima la señora Luz Marina Guisao Ardila, desechando el pedido de tentativa de homicidio con dolo eventual, pues del material probatorio concluye que el ataque tenía un objetivo diferente que era acabar con la vida de Darley Augusto Caro Ardila.

Finalmente, aduce que pese a que el defensor hizo uso del derecho que tiene a interrogar y contrainterrogar, no logró poner en evidencia las posibles falencias en materia probatoria que conduzcan a desestimar la teoría de la Fiscalía. Contrario *sensu* el Estado a través de la fiscal, logró llevar al Juzgado el conocimiento más allá de toda duda, frente a los delitos endilgados y a la responsabilidad del sujeto agente. Adicionalmente, no se deduce ninguno de los elementos estructurales de la causal de la legítima defensa, pues como el propio procesado lo indicó, con la ayuda de su hijo Daniel Velilla logró ingresar a la casa luego de que se dio el enfrentamiento cuerpo a cuerpo con Darley Augusto, lo que daba a entender que la disputa había concluido con un resultado lesivo, si se quiere, en detrimento de JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO. Entre tanto su contendor también hizo lo propio, emprendió su retirada a donde estaban sus amigos departiendo en la fiesta realizada sobre la calle 19D, lo que vino luego, no fue producto de estar el acusado en presencia de una acción ilegítima, tampoco fue actual y menos inminente.

En cuanto a las víctimas Andrés Felipe Bedoya Velásquez, Alejandro Sánchez Cano y Sergio Andrés Velásquez Sánchez por las cuales la Fiscalía solicitó sentencia de condena, no se logró acreditar suficientemente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se le ocasionaron las lesiones que se reportan en los informes periciales de clínica forense practicados a los dos primeros, ya que de Sergio Andrés no se acopió información relacionada con su peritación. En consecuencia, se absolvió al acusado JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO de los delitos por los cuales la Fiscalía lo acusó y que tenían relación con las presuntas Lesiones personales causadas a Andrés Felipe, Alejandro y Sergio Andrés.

RECURSOS DE APELACIÓN

La anterior decisión fue apelada por el Representante de la señora FANNY MARIELA QUINTERO VALDERRAMA, madre de la víctima MARIANELLA QUINTERO VALDERRAMA, por escrito y en término, así mismo por el defensor de confianza del señor VELILLA CABALLERO, por lo cual adquiere competencia la Sala para desatar el recurso.

DE LA APELACIÓN. Impugna el representante de la señora **FANNY MARIELA VALDERRAMA SOLANO**, madre de la niña occisa **MARIANELLA QUINTERO VALDERRAMA**, abogado Juan Camilo Londoño López.

El representante de las víctimas, en su escrito, centra su inconformidad en el tratamiento brindado a la conducta desplegada por el condenado **VELILLA CABALLERO**, quien realizó varios disparos en dirección a donde se encontraba la menor departiendo con algunos conocidos y que a la postre trajeron como consecuencia su muerte por impacto de arma de fuego, para lo cual el juzgador consideró que esto era constitutivo de un **HOMICIDIO CULPOSO**, pues el inculpado no tenía dolo de quitarle la vida a la joven, si no que fue un hecho trágico presentado como producto de la reyerta en la que se vio involucradaa consecuencia de que un ciudadano hizo sus necesidades fisiológicas al frente de su residencia.

Piensa que el procesado asumió las consecuencias al disparar indiscriminadamente en contra de un grupo de ciudadanos que se encontraban departiendo en el sector, aunado a que el arma no tenía salvo conducto, hechos probados a cabalidad con las versiones de Miguel Ángel Quiroga Palacios y Darley Augusto Caro Ardila, así como los experticios técnicos. En su entender, no es el ejercicio legítimo de una actividad peligrosa, como conducir o realizar actividades de riesgo jurídicamente permitidas, de manera que no se dan los presupuestos de la responsabilidad objetiva para fincar el grado de culpa.

En aras de sustentar su desacuerdo, pone de presente una decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia con fecha del 25 de agosto de 2010 en proceso N° 32964 que en lo pertinente señala: *"Además, como ya se dijo, existe consenso en que la habituación debe referirse a situaciones que sólo superen moderadamente los niveles de los riesgos permitidos, no sobre aquellos que de suyo evidencian alto grado de peligrosidad objetiva para los bienes jurídicos, como saltarse un semáforo en rojo a alta velocidad. El propio JAKOOPS, quien formula la tesis, descarta tajantemente que situaciones como éstas pueden enmarcarse dentro de la culpa con representación, quien en la circulación rodada —en conocimiento actual del riesgo de resultado- sobrepasa moderadamente la velocidad máxima, o se acerca a menor distancia de la de seguridad, etc., a pesar de su conocimiento, sólo tiene dolo de un tipo de puesta en peligro abstracto; sin embargo, quien adelanta antes de un cambio de rasante en una carretera estrecha, o quien a ciegas se salta un semáforo en rojo tiene dolo de lesión"*.

En su sentir, considera que se obró con dolo por parte del ciudadano **VELILLA CABALLERO**, pues el actuar estaba dirigido a causar la muerte del ciudadano **DARLEY AUGUSTO CANO**, lo cual a la postre dio con el nefasto suceso que terminó la existencia de la menor **MARIANELLA**, situación que se desprende del plenario, pues el hecho de realizar disparos en todas direcciones, incluso hiriendo a más ciudadanos, no es un error en el golpe (*aberratio ictus*), no se trataba de un ataque certero y bien dirigido que resultó cegando por causalidad la vida de otras personas diferentes del objetivo, sino que, de cara a las circunstancias específicas de este caso, conforme a las leyes de la lógica y la experiencia, cualquiera que dispara un arma sabe que puede herir y causar la muerte.

Lo probado en el proceso es que la menor se encontraba en el lugar de los hechos departiendo con algunos amigos en la vía pública, al punto que, el condenado **VELILLA CABALLERO** en un completo acto de intolerancia abrió fuego en contra de todas las personas que se encontraran allí, asumiendo de esta manera una conducta

completamente desprovista de justificación y a la vez, no se trataba de un ataque certero y planificado para acabar con la vida de **DARLEY**, si no que, por el contrario, dejó librada la materialización del resultado al azar, mismo que se cernía como probable, con las nefastas consecuencias decantadas en el juicio.

Indica que en virtud de la sentencia mencionada con anterioridad, esto es la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de fecha del 25 de agosto de 2010 en el proceso N° 32964, manifiesta que son dos los requisitos exigidos por la doctrina para encajar una conducta en la modalidad de **dolo eventual**, que analizándolas al caso en particular **(i)** El condenado indudablemente se debió representar como probable el poder quitarle la vida a un ciudadano diferente al que quería atacar, pues estaba disparando en contra de una aglomeración de personas; **(ii)** Debió de acogerse al ordenamiento jurídico y evitar portar armas, y en caso de hacerlo sin autorización, evitar dispararlas indiscriminadamente, dejó el resultado al azar, con las terribles consecuencias.

Por estas razones solicita sea revocado el fallo de instancia y, en su lugar, proferir sentencia de condena en contra del condenado **VELILLA CABALLERO** por el delito imputado y por el que fuera acusado y solicita condena, el cual fue: **HOMICIDIO AGRAVADO (numerales 5 y 7 del Art. 104 del C.P.)** en la modalidad de **DOLO EVENTUAL**.

Por otra parte está el escrito de **apelación del defensor de confianza del condenado VELILLA CABALLERO**, quien manifiesta tener varios reparos en contra de la sentencia de primera instancia, entre ellos:

1. Considera que se debió declarar la extinción de la acción penal frente a las lesiones culposas ocasionadas a la señora Luz Marina Guisao Ardila por operar la figura de la indemnización integral, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000. Aduce que el pasado 17 de febrero se dio una declaración de indemnización integral por los perjuicios causados a esta lesionada, sin que el juzgador aceptara su incorporación a la carpeta del proceso y la necesaria

declaración de extinción de la acción penal frente a este punible de conformidad con lo establecido por el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, el cual debió ser aplicado en virtud del principio de favorabilidad de la ley penal en tratándose de sistemas penales coexistentes.

En sentir del apelante se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 para que proceda la declaratoria de extinción de la acción penal en favor del procesado VELILLA CABALLERO en lo que respecta a esta conducta. Por ello el fallador de primera instancia debió permitir la incorporación del documento mediante el cual la presunta víctima se considera indemnizada integralmente por parte del procesado y no, como señaló en la audiencia precitada, dejarlo a cargo de la segunda instancia.

Por lo anterior, adjunta a la presente sustentación el documento señalado y solicita se declare la extinción de la acción penal por indemnización integral en favor del procesado VELILLA CABALLERO en lo que tiene que ver con las lesiones culposas ocasionadas a la señora Luz Marina Guisao Ardila en aplicación favorable del artículo 42 de la ley 600 de 2000 y por cumplirse los requisitos allí establecidos para ese fin.

2. En lo relacionado con la negativa a reconocer la eximente de responsabilidad penal de la legítima defensa o, en su defecto, las circunstancias de ira e intenso dolor frente a la tentativa de homicidio de Darley Augusto Caro Ardila, así razona:

Aduce que lo primero que cabe advertir es que el señor JORGE IVAN VELLILA CABALLERO es minusválido, no puede caminar ni desplazarse sin utilizar muletas, como lo explicó el Dr. JULIO MARIO HURTADO, perito de Medicina legal, quien examinó físicamente al procesado. Como testigo de cargo presentado por la Fiscalía y al exponer en la audiencia de junio 25 de 2015, concluyó que: "*FISCALÍA: cuando se le hace la pregunta el defensor sobre si usted revisó la marcha y usted dice que pudo establecer el tipo de lesiones usted puede inferir*

entonces ¿Cómo era la marcha? TESTIGO: si, de hecho, está consignado en el dictamen médico legal habló de que tiene una marcha antálgica una marcha con cojera y que para desplazarse tiene que estar ayudado por las muletas que porta". También, el médico legista de la defensa, Dr. LEONARDO IVAN ZAPATA RAMIREZ estableció en su dictamen médico, sustentado en el juicio que "Jorge Iván Velilla Caballero, hombre adulto, de 170 centímetros de estatura y 85 kilogramos de peso. Se presenta a un consultorio de la cárcel Bella vista donde lo examinó. Viene ayudado de muletas. Usa rodillera derecha. Tiene el pie derecho en varo (desviación del tobillo hacia adentro). Con callo óseo visible en cara lateral de pie derecho. Múltiples cicatrices irregulares en ambas piernas y en cadera izquierda. No puede realizar movimientos de la cadera derecha sin ayuda de las muletas. Es decir, necesariamente se tiene que apoyar Cicatriz entre el pulgar y el índice izquierdo que se debe a la herida sufrida con arma cortopunzante en los hechos. Imposibilidad para la circunducción del pulgar izquierdo. Región tenar izquierda más desarrollada que la derecha. Esto se correlaciona con su lateralidad (zurdo). Se le solicita que muestre cómo disparó y hace el ademán apoyado en sus muletas. No se le pide soltare para ver si lo haría sin ellas, porque es evidente que no puede y lo único que lograría sería someterlo a un accidente innecesario. El estado actual se debe a secuelas antiguas, ampliamente documentadas."

Considera que de acuerdo los anteriores testimonios quedó probado que el señor JORGE IVAN VELILLA CABALLERO no puede caminar sin muletas, lo cual lo convierte en una persona en situación de indefensión. No comparte el argumento esgrimido en este punto por el *a quo*, cuando veladamente afirmó que, por la antigüedad de las lesiones sufridas, seguramente el procesado habría adquirido una destreza con las muletas a tal punto de que pudiera equipararse con una persona normal.

Afirma que es errónea la apreciación del fallador en cuanto a que VELILLA CABALLERO sólo requiere de una muleta para caminar, cuando de los dictámenes quedó claro que son dos las que utiliza, por lo que su equilibrio se logra a través del esfuerzo conjunto que sobre las muletas ejercen sus extremidades superiores, lo cual

entorpece su capacidad de defenderse y hace que se encuentre en estado de inferioridad frente a sus semejantes y, más concretamente, contra sus posibles atacantes, máxime si éstos se encuentran armados.

De los relatos brindados por Daniel Alejandro Velilla Arango, en su intervención del 24 de agosto de 2015, María Mercedes Arango Salinas, en declaración rendida en la sesión del 25 de agosto de 2015, y la del procesado VELILLA CABALLERO, es notorio que aún a pesar del inclemente interrogatorio de que fueron objeto por parte la Fiscalía, orientado a hacerlos incurrir en contradicciones, sus testimonios guardaron coherencia, fluidez y espontaneidad, producto de exposiciones efectuadas con naturalidad y sinceridad, sin incurrir en contradicciones ni exclusiones sustanciales sobre los hechos relatados.

Aduce que la existencia de la riña previa a las agresiones proferidas por el acusado no tiene discusión frente a lo declarado por el testigo Miguel Ángel Quiroga Palacios, relato que goza de plena credibilidad para el *a quo*, aunque curioso resulta que el testigo omite mencionar el nombre de Darley Augusto Caro Ardila, como el sujeto que se enfrascó en la pelea con JORGE IVAN VELILLA CABALLERO, sin embargo ésta quedó evidenciada.

Lo anterior permite concluir, sin mayor dificultad, que el señor JORGE IVAN VELILLA CABALLERO, en su accionar, simplemente se limitó a defender la vida, la integridad y los bienes suyos y de su familia, cegado por la ira, pues momentos antes y aprovechándose de su condición de discapacidad, había sido objeto de un ataque con arma blanca por parte de Caro Ardila. En juicio su representado señaló que "(...) *mi intención no era darle a nadie sino ahuyentados a ellos para que no se me fueran a entrar a la casa*".

Trae a colación una serie de sentencias las cuales muestran especificaciones de la legítima defensa como causal de excluyente de responsabilidad penal, entre ellas la

sentencia de la Corte Suprema de Justicia, con radicación 30794 y ponencia del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas, de febrero 19 de 2009.

Manifiesta quede conformidad con esa jurisprudencia, al examinar los elementos constitutivos de la legítima defensa frente al caso objeto de juzgamiento, se puede establecer que: A. Existió una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de la integridad física del hoy sentenciado y su familia, ya que se encuentra plenamente demostrado que el ciudadano JORGE IVAN VELILLA CABALLERO, discapacitado, fue objeto de una agresión física iniciada por Darley Augusto Caro Ardila alias "Van Basten", quien por un simple reclamo se le fue encima, le hizo perder el equilibrio al quedar despojado de sus muletas, haciéndolo caer al piso y allí lo hirió con una navaja. B. Que la agresión era a la vez actual e inminente, por cuanto apenas instantes después de la riña se inició un ataque a bala, piedra y palos contra VELILLA CABALLERO y su familia por quienes acompañaban esa noche a Caro Ardila, todos miembros de la banda delincriminal denominada "Los Pájaros", la cual opera en ese sector, como quedara demostrado. Por ello, el ataque al bien jurídico ya se había iniciado e inequívocamente iba a continuar, por lo que VELILLA CABALLERO aún tenía la posibilidad de protegerlo. C. La forma de defensa resultó necesaria para impedir que el ataque injusto se materializara, ya que para JORGE IVAN VELILLA CABALLERO, la única manera de reacción ante la agresión injusta y peligrosa, era la de defenderse de la misma manera, es decir 'a bala', con el fin de ahuyentar a los atacantes. D. La entidad de la defensa fue proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida a la de la agresión, pues en los actos defensivos ejecutados para repeler el ataque actual, el agredido utilizó un revólver. Evidentemente se encontraba en desproporción frente a sus atacantes, quienes eran varios y disparaban contra su integridad y la de los suyos. E. La agresión no fue intencional, ni suficientemente provocada, por cuanto ante un simple reclamo de VELILLA CABALLERO, Darley Augusto se le fue encima aprovechándose de su condición de discapacitado.

Su defendido, tal como lo señaló en su declaración, lo único que pretendía era alejar a los atacantes que en número lo superaban y que de hecho ponían en riesgo su vida y la de su familia, lo que excluye la responsabilidad penal, al menos en lo que respecta al cargo formulado por las lesiones ocasionadas a CARO ARDILA, lo cual, en sentir, debería incluso extenderse hacia los demás resultados producidos por la conducta del procesado y así lo solicita, lo que traería como resultado la absolución del mismo por todos los cargos por los cuales fue acusado.

En gracia de discusión, solicita que de negarse la tesis de la legítima defensa enarbolada por la defensa en el desarrollo del proceso, mínimamente debe al menos reconocerse que ante la agresión con arma blanca de que fuera víctima su representado y causada por Darley Augusto Caro Ardila, debió el fallador reconocer el estado de alteración como circunstancia de ira e intenso dolor, producido en aquél por el ataque grave e injustificado que le produjo.

El *a quo* debió explorar esta hipótesis, basado en el pedimento de la defensa de reconocer la legítima defensa, como una forma alternativa de resolver el problema jurídico planteado al negar la configuración de esa hipótesis defensiva, a la luz de las pruebas practicadas, que considera se valoró erróneamente al sostener, de manera sesgada, que los familiares de VELILLA CABALLERO tenían interés en las resultados del proceso, pero sin analizar sus dichos en conjunto con los partes correspondientes de las contradictorias y autoencubridoras versiones rendidas por Caro Ardila y Quiroga Palacios, quienes quisieron sin duda sustraerse de la responsabilidad frente a la provocación injusta que le hicieron al procesado, con las nefastas consecuencias que su comportamiento basado en su instinto de autoprotección, bien en la ira y el dolor que le embargaban, produjo como resultado.

Por lo anterior, solicita se absuelva al señor JORGE IVAN VELILLA CABALLERO por la presunta tentativa de homicidio cometida en contra de Darley Augusto Caro Ardila, por haber actuado amparado en la causal eximente de responsabilidad contemplada en el numeral 6º del artículo 32 del Código Penal, así como por los

demás delitos por los que fuera condenado, por cuanto se motivaron en las acciones defensivas llevadas a cabo por aquél en contra de las agresiones injustas e inminentes que amenazaban su vida y la de su familia.

Subsidiariamente, solicita se reconozca que el señor JORGE IVAN VELILLA CABALLERO actuó bajo las circunstancias de ira e intenso dolor contempladas en el artículo 57 del Código Penal y, en consecuencia, redosificar la pena impuesta de conformidad con lo establecido en esa norma.

DE LOS NO RECURRENTES. El defensor del procesado en su pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por el representante de las víctimas centra su argumentación **como no recurrente en lo siguiente:**

Los hechos juzgados encuadran en el ámbito de una actividad peligrosa o riesgosa (manejo de armas de fuego) que es tolerada y reglamentada por la ley. En ese ámbito, el deber objetivo de cuidado disminuye el riesgo de dicha actividad, cuyo incremento obedece siempre a la negligencia, a la imprudencia o a la impericia, de otro modo la conducta sería dolosa o, de obedecer ese incremento del riesgo a un hecho excepcional e imprevisible como en el caso de una legítima defensa, se configuraría una causal de ausencia de responsabilidad.

Cuando se procede por un delito culposo en desarrollo de una actividad peligrosa es necesario para condenar, probar más allá de la duda, la vulneración del deber objetivo de cuidado o, lo que es lo mismo, probar que fue la acción negligente, imprudente o inexperta la que vulneró ese deber, incrementando el riesgo más allá de lo razonable o permitido y causando el resultado típico, esto es, examinar la conducta del acusado y demostrar que la consecuencia lesiva es obra suya.

Argumenta que en el dolo eventual es necesario que el agente se haya representado el resultado muerte, considerando seriamente como posible la realización del tipo penal y conformarse con ello, soportando el estado de incertidumbre existente al momento de la acción, es decir que la única forma de imputarle a su prohijado la

responsabilidad a título de dolo eventual por el homicidio de la menor, es que la prueba practicada en el juicio fuera conclusiva en el sentido de poder afirmar que se representó, cuando le disparó a Caro Ardila, la probabilidad de matar a aquella, teniendo en cuenta las especiales circunstancias en que se produjo ese disparo, es decir, una eximente de responsabilidad penal (legítima defensa) que no fue tomada en cuenta por el fallador.

Aduce que es menester recordar que la diferencia entre la culpa con representación y el dolo eventual estriba en que mientras para la primera el agente confía en poder evitar el resultado, en la segunda lo deja librado al azar.

En este punto es necesario recordar que la bala extraída del cuerpo de la menor víctima, según el dictamen pericial rendido en el juicio, "rebotó" contra otra superficie antes de incrustarse en su organismo, lo cual se constituye en un serio indicio de que el procesado no dejó el resultado al azar, sino que confió en poder evitarlo, lo que excluye de tajo al dolo eventual y torna su comportamiento en culposos.

En el entender del defensor claro es que el hecho de que la bala hubiera rebotado contra otra 'cosa' antes de haber acabado con la vida de la menor es un hecho indicativo de que VELILLA CABALLERO actuó con voluntad relevante de evitación del resultado probable ya que, al confiar en su puntería, asumió una actitud positiva para evitar el riesgo de lesión que su actuar originaba frente a personas distintas a su objetivo, el cual era la humanidad de Caro Ardila.

Por las razones expuestas, concluye el defensor que su prohijado, así no hubiera obrado en legítima defensa, actuó de forma imprudente, por lo que en este caso no es posible edificar una tesis de dolo eventual.

Por otro lado **la Fiscalía en su pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor VELILLA**

CABALLERO, disiente de sus consideraciones, en el sentido de afirmarse que el fallo debió tener naturaleza absolutoria. Se opone a las dos hipótesis de legítima defensa y de ira e intenso dolor para obtener una decisión favorable acorde con el interés para recurrir, pues la de primera instancia se funda en motivaciones consolidadas y un trabajo procesal con la observancia de los presupuestos del DEBIDO PROCESO. Centra su pronunciamiento en tres aspectos:

1. Se ampara la defensa en la discapacidad del procesado y frente a ello considera que no es de recibo hacer notar la imposibilidad de desplazamiento y movilidad para ejecutar los actos lesivos probados durante el juicio oral, pues no sólo fueron las valoraciones de los peritos médicos sobre la discapacidad, sino los testigos, especialmente el señor Miguel Ángel Quiroga, quien hace referencia a la manera como se desplazaba de un lugar a otro y como manejaba el arma de fuego para disparar, incluso el mismo procesado indicó en juicio cómo enfrentó a Darley Augusto Ardila Caro, saliendo ileso cuando tres personas le disparaban, además afirma como se proveyó del arma de fuego y disparó en varias ocasiones contra Caro Ardila y la multitud de personas, resultado varios heridos. Fue el mismo VELILLA CABALLERO el que ilustró en el juicio respecto de su capacidad para desplazarse y para hacer actividades como ser mecánico de motos, lo cual es confirmado por el perito médico de la Fiscalía, cuando determinó que la discapacidad le permite el ejercicio de actividades normales y su desplazamiento.

2. Busca el defensor el reconocimiento de una causal eximente de responsabilidad penal -legítima defensa-, pero se evidencia en la prueba practicada en juicio, que el actuar de JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO no ilustra un conocimiento que permita aprehender los elementos que integran este eximente de responsabilidad; los episodios narrados por los testigos presenciales de la Fiscalía y de la defensa, no dan cuenta de un momento claro en que éste disparó su arma para defenderse de la supuesta banda

de “los pájaros”; el único momento claro que se tiene es el incidente de la orinada cerca a la puerta de entrada de la vivienda del condenado, cuando se fueron a puños, sin presencia de armas de fuego, el resto de la hipótesis es ideado por la defensa, pero su prueba no tuvo el alcance de configuración de la causal.

3. Reconocimiento de la circunstancia de ira e intenso dolor frente a la tentativa de Darley Augusto Caro Ardila. Considera la fiscal que el incidente que desató el suceso criminal, es un problema de intolerancia de parte del señor JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO, más no tiene la entidad de estar bajo las circunstancias de ira e intenso dolor, en consideración a la naturaleza de perturbación emocional, que no admite intervalos de reflexión o de autodeterminación, por la perturbación del ánimo. Se dio un cruce de palabras o golpes por el episodio contra la moral, pero ello no se puede equiparar a los disparos sucesivos provenientes de un arma de fuego por parte del condenado.

Finalmente, pide a la Magistratura de la Sala Penal confirmar la sentencia de primera instancia y no se acceda a las pretensiones de la defensa.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Esta Sala es competente para desatar el recurso propuesto de conformidad con el artículo 34 numeral 1º de la ley 906 de 2004.

Antes de resolver adecuadamente el asunto que concita la atención de la Sala en esta oportunidad, es menester precisar que no existe discusión en cuanto a la responsabilidad y materialidad de las conductas punibles atribuidas al señor VELILLA CABALLERO, pues según los fundamentos de los recurrentes como motivos de inconformidad, se relacionan con la forma de imputación subjetiva, dolo o culpa. Así, tenemos que son tres los problemas jurídicos a dilucidar

atendiendo los motivos de impugnación. El primero, traído por el apoderado de la víctima, señora Fanny Mariela Quintero Valderrama, madre de la menor Marianella Quintero Valderrama, el cual tiene que ver con la responsabilidad de JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO, no en modalidad culposa, sino de dolo eventual. El segundo, planteado por la defensa del condenado quien considera que frente a las lesiones culposas ocasionadas a la señora Luz Marina Guisao Ardila operó la figura de la indemnización integral de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000. El tercero, también planteado por el apoderado del condenado, deprecia que se debe reconocer la legítima defensa o, en su defecto, la circunstancia de ira e intenso dolor frente a la tentativa de homicidio de Darley Augusto Caro Ardila.

I. CULPA O DOLO EVENTUAL EN EL HOMICIDIO.

El apoderado de la víctima, señora Fanny Mariela Quintero Valderrama, madre de la menor Marianella Quintero Valderrama, indica como motivo de inconformidad que en este caso no se presenta, como lo dedujo el fallador, la culpabilidad en forma de culpa, sino dolo eventual, pues en su sentir son claras las circunstancias en que se produjeron los hechos, resaltando cómo el condenado decidió abrir fuego hacia un grupo de personas que se encontraban departiendo, la lógica indica que quien dispara indiscriminadamente un arma puede lesionar la integridad física de una persona y producir su muerte; no se trataba de un ataque certero y planificado de acabar con la vida de Darley Augusto, se dejó sentada la materialización de la conducta al azar, siendo probable los resultados nocivos que se produjeron.

Tal como quedó establecido en el juicio y respecto de lo cual no hay discusión, se dijo en el informe de necropsia, elaborado por el doctor Jorge Iván Pareja Pineda, donde se informa que la menor Marianella Quintero Valderrama ingresó al Hospital San Vicente Fundación *"con signos vitales, procedente del barrio Belén Buenavista carrera 85 Nro. 19-72, el día 22 de junio de 2014, los hallazgos de necropsia*

permiten concluir como causa de muerte: Laceración cerebral por proyectil de arma de fuego de carga única". Tampoco se cuestiona, que la joven se encontraba presente y departiendo con otras personas el día de los hechos en la dirección referida.

Fue un hecho probado que la muerte de la menor Marianella Quintero Valderrama se produjo por el accionar del arma de fuego manipulada por el señor VELILLA CABALLERO, lo cual se concluyó de que el inculpado en su testimonio respecto del arma que portaba, manifestó que *"la tenía guardada en el closet en una caja arriba en el closet de mi casa, una 38"*, aunado a que en el momento de su judicialización entregó a las autoridades el arma de fuego tipo revólver, marca llama, calibre 38 Special, número serial IM3318P localizado en la base de la empuñadura, número interno 318 localizado en el brazo móvil del marco, de allí que ya fue condenado por el delito de porte de armas de fuego; compaginado lo anterior, con lo expuesto por el perito en balística José Clay Mosquera Córdoba, quien indicó que *procedió al cotejo el proyectil recuperado mediante procedimiento quirúrgico de la menor Marianella y los proyectiles patrones obtenidos del arma de fuego referida, para establecer uniprocedencia, frente a lo cual plasma que el proyectil es calibre 38 especial, de plomo desnudo, punta plana, masa de 8.32 gr, longitud de 17.46 milímetros, presentaba 4 estrías y dos fragmentos de estrías, tres macizos con inclinación hacia la derecha, el cual tenía unas deformaciones, aplastamiento en un costado que compromete el cuerpo y la base, lo que genera huellas de fricción que destruyeron parte del rayado estriado, pero esas deformaciones no impidieron el análisis. Concluye, que comparó el proyectil con los proyectiles patrones obtenidos del arma de fuego y el resultado fue que ese proyectil fue disparado con el arma de fuego marca llama modelo escorpio No. de serie IM3318P, llegó a esa solución por las características identificativas comunes que encontró dentro del proyectil inculcado y los proyectiles patrón.*

Rememorando hasta aquí, tenemos que aunque se presentó deformación del proyectil encontrado en el cuerpo de la menor víctima, pues no impactó en forma

limpia en su cuerpo, lo cual impidió que se pudiera realizar el estudio microscópico comparativo, pero se estableció que sí comparte iguales características de clase con el utilizado para tipo revolver, marca llama, calibre 38 Special, se precisa esto así no haya sido objeto de impugnación por la defensa.

El problema entonces se circunscribe, como ya se había dicho, al intentar distinguir la estrecha relación existente entre el dolo eventual y la culpa con representación o consciente. Ha intentado la doctrina y jurisprudencia establecer distintos criterios de distinción, no obstante la dificultad asume aún hoy aristas conflictivas, sobre todo en el plano probatorio, por las dificultades que dicha apreciación presenta. No desconoce la Sala que cada día es más ardua la tarea del juzgador, quien al introducirse en el caso concreto debe decidir por la elección de ese elemento subjetivo, tan sutil jurídicamente como el dolo eventual, que para el juez requerirá de un examen de las representaciones y de los motivos que actuaron sobre la *psiquis* del sujeto, obligando a investigar los más recónditos elementos del alma humana.

Y si bien resulta exigua la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación, no lo es la considerable diferencia punitiva que separa a ambas figuras y que demarcará en uno u otro caso una relevancia por demás significativa para el sujeto responsable.

La parte final del artículo 22 de la Ley 599 de 2000 que consagra en la legislación colombiana la figura del dolo eventual, señala que el comportamiento también será doloso «*cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*». Es decir, la ley contempla en estos casos que el sujeto haya reconocido la calidad peligrosa de su acción (en el grado de probabilidad) para efectos del menoscabo del bien jurídico.

Por otro lado, el apartado último del artículo 23 del Código Penal, que contempla la culpa con representación, establece que la acción será imprudente cuando el agente

ha previsto el peligro previsible, pero «*confió en poder evitarlo*». Es decir, el autor del injusto igualmente sabe que su conducta representa un riesgo para el bien jurídico, susceptible de concretarse en la realización del resultado que percibió, si bien espera que no se producirá.

Necesario se hace ante estos dos conceptos que limitan en forma directa, acudir a las teorías que se han elaborado desde la doctrina como criterios de distinción, que son: 1. La teoría del consentimiento; 2. teoría de la indiferencia; y, 3. teoría de la probabilidad.

La teoría del consentimiento, conocida como *teoría hipotética del consentimiento*, requiere para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aprobado interiormente, es decir que haya estado de acuerdo con él. Para ROXIN el sujeto actúa dolosamente aun cuando sólo por necesidad se resigna a la producción del resultado.

En lo que respecta a la teoría de la indiferencia, lo relevante es que atiende a la actitud interna del sujeto frente a la previsible producción del resultado lesivo. La misma se interesa por la situación emocional del sujeto, y sobre la base de la indiferencia ante la probable producción de un resultado penalmente relevante, afirma la existencia de dolo. La crítica que se le hace a esta postura radica en que va más allá del “querer”, que tiene una acepción más neutra respecto de la psique del autor, ya que se puede querer un resultado, aun cuando este nos desagrade, del mismo modo que, se puede no querer el resultado, pero sernos indiferente. En definitiva, la indiferencia respecto a la producción o no del resultado no nos dice nada sobre el elemento volitivo del dolo, aunque bien como afirma ROXIN, si hay que valorarle a esta doctrina que la indiferencia actúa como un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y actúa en consecuencia con dolo, pero no es acertada su apreciación en cuanto a que la falta de indiferencia sea pauta excluyente del dolo.

Por su partela teoría de la probabilidadpone el acento en el elemento intelectual: el conocimiento. Lo decisivo para los partidarios de esta postura es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Habrá dolo eventual cuando el autor considera probable la producción del resultado y culpa consciente cuando sólo la cree posible. La crítica que se le dirige a esta teoría es que se hace muy imprecisa en la práctica toda vez que si al propio juez *ex post* le es imposible determinar cuándo algo es posible o probable; para el autor, *ex ante*, aún será, si cabe, más difícil conocer si un resultado se presenta como posible o como probable.

Como podemos apreciar las distintas teorías expuestas se diferencian entre si en que algunas resaltan la importancia del elemento volitivo del dolo y otros se conforman con el elemento intelectual del dolo: su conocimiento.

Tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, hasta el año 2001 la legislación Colombiana se mantuvo fiel a los postulados de la teoría del consentimiento, como estructura dogmática que busca explicar la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación⁹. Pero en la Ley 599 de 2000 tomó partido por **la teoría de la representación**, al definir el dolo eventual en los siguientes términos: "*también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal **ha sido prevista como probable** y su no producción se deja librada al azar*".

En la sentencia que cita el representante de victimas impugnante, argumentos que incluso fueron acogidos también en el salvamento de voto de la decisión radicado 45008 de 2015, es muy clara la Corte Suprema de Justicia, cuando al decantar el tema de la probabilidad en el dolo eventual, precisa:

"Desde ahora es importante precisar que la representación en esta teoría (aspecto cognitivo) está referida a la probabilidad de producción de un resultado antijurídico, y

⁹ El artículo 36 del Decreto 100 de 1980 definía el dolo de la siguiente manera: "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando **la acepta previéndola como posible**".

no al resultado propiamente dicho, o como lo sostiene un sector de la doctrina, la representación debe recaer, no sobre el resultado delictivo, sino sobre la conducta capaz de producirlo, pues lo que se sanciona es que el sujeto **prevea como probable la realización del tipo objetivo**, y no obstante ello decida actuar, con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro.

La norma penal vigente exige para la configuración de dolo eventual la confluencia de dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, y (ii) que deje su no producción librada al azar.

En la doctrina existe consenso en cuanto a que la representación de la probabilidad de realización del tipo delictivo debe darse en el plano de lo concreto, es decir, frente a la situación de riesgo específica y no en lo abstracto. Y que la probabilidad de realización del peligro, o de producción del riesgo, debe ser igualmente seria e inmediata, por contraposición a lo infundado y remoto.

Dejar la no producción del resultado al azar implica, por su parte, que el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y que lo hace con absoluta indiferencia por el resultado, por la situación de riesgo que su conducta genera.

Dejar al azar es optar por el acaso, jugársela por la casualidad, dejar que los cursos causales continúen su rumbo sin importar el desenlace, mantener una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir o suceder, mostrar indiferencia por los posibles resultados de su conducta peligrosa, no actuar con voluntad relevante de evitación frente al resultado probable, no asumir actitudes positivas o negativas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que su comportamiento origina.¹⁰

Con suficiente ilustración dogmática y jurisprudencial, pasa la Sala al análisis correspondiente respecto a la imputación subjetiva de dolo o culpa.

En este caso el material probatorio recolectado, entre ellos los testimonios de Jenifer Restrepo y Miguel Ángel Quiroga Palacios, quienes presentaron coherencia y credibilidad en sus declaraciones vertidas en el juicio, fueron testigos presenciales de los hechos que nos concita, incluso el testimonio de éste último fue una prueba sobreviniente que no estaba entre las de cargo y descargo, nos permite concluir sin duda alguna que VELILLA CABALLERO se trabó en una discusión y agresión física con Darley Augusto Caro Ardila, en razón a que éste actuó contra la moral al orinar en el antejardín de la residencia de aquel ese 22 de junio de 2014. Lo anterior, también resulta concordante con el dicho de Daniel Alejandro Velilla

¹⁰Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 32.964 del 25 de octubre de 2010.

Arango, hijo del procesado, y por el mismo inculpado y la señora María Mercedes Arango Salinas, todos ellos testigos directos, quienes aunque quisieron dejar entrever que fue otro sujeto el que realizó el acto inmoral, ello fue descartado por el *a quo*, no obstante son concordantes en que se presentó la riña.

La prueba practicada y debatida en juicio apuntó a que como consecuencia de la disputa entre VELILLA CABALLERO y Caro Ardila, el primero entró a su residencia y se aprovisionó de un arma de fuego para percutirla en contra de la humanidad de su rival, incluso esto se compadece con las lesiones padecidas por Darley Augusto Caro Ardila, consignadas en el informe pericial de clínica forense, firmado por Viviana López Castro, "*Herida por A. fuego recibe herida x AF en cabeza, temporal derecha, retroauricular derecha, herida en labio maxilar inferior, perdida de dientes superiores, 1 y 2 izquierdo, fractura maxilar y perdida dentaria...*".

En este orden de ideas, realizando la Sala un razonamiento inferencial, establece que si bien la intención del señor VELILLA CABALLERO era cegar la vida de Caro Ardila, su actuar al desenfundar un arma de fuego que portaba en forma ilegal, y percutirla en un lugar y momento en el que había gran cúmulo de personas, pues estaban en un *afterparty*, se muestra con mayor grado de peligro de la situación de riesgo, lo que genera que para el actor activo sea altísimamente probable advertir que se produjese el lesionamiento al bien jurídico (vida e integridad personal) de otras personas diferentes a quien se quería agredir. Racionalmente no podía suponer o confiar en que si disparaba en un lugar donde hay una multitud departiendo y sin ser un versado tirador iba sólo lesionar a Darley Augusto, entonces el resultado probable previsto, lo dejó librado al azar.

Es decir, el hecho de que VELILLA CABALLERO no tuviera la intención directa de atentarse contra el bien jurídico de la vida de la menor Maríanella, en manera alguna es fundamento para decir que dicha conducta se produce en la modalidad de culpa con representación, pues dicho elemento, esto es no querer la realización de la

infracción penal que se advierte como probable, es también fundamento del dolo eventual.

No existe duda respecto de que VELILLA CABALLERO tenía conocimiento de los factores de riesgo para la lesión del bien jurídico respecto de un resultado contingente, pero esa no producción del resultado la dejó librado al azar, pues no puede ser de recibo el argumento del defensor, como no apelante, en cuanto a que al rebotar el proyectil contra otra superficie antes de penetrar en el cráneo de la niña, es un indicio de que el resultado no se dejó librado al azar, sino que confió en poder evitarlo.

No desconoce la Sala que según el perito forense Pareja Pineda, el proyectil no ingresó en el cráneo de la menor de manera directa, sino que de por medio hubo un cuerpo extraño, lo que llevó al fallador a considerar que se trataba de un error en el golpe (*aberratio ictus*), no obstante ello no exceptúa el dolo, pues se torna irrelevante, como ocurre en los casos de error en el objeto de igual valor jurídico penal, se defiende la irrelevancia del error en cuanto que la ley determina de modo no individualizado el objeto de protección y, por tanto, el autor debe responder por el resultado causado a título de dolo.

Lo cierto es que en este caso, el contexto fáctico permite imputar una categoría distinta a la de la culpa con representación. Para la Sala como lo indica el representante de víctimas impugnante, el señor VELILLA CABALLERO, debía tener conocimiento sobre la situación riesgosa que implica el disparar, más cuando se está cerca de un conglomerado de personas, y que esto le permitía suponer con alta probabilidad que las condiciones que podrían conducir a la realización de dicho resultado no estaban bajo su control.

En conclusión, frente al caso que se estudia, donde el sujeto activo desenfundó un arma de fuego, la cual portaba en forma ilegal y con el peligro real que envuelve, en tanto son artefactos diseñadas para lesionar, es lógico que al accionarla a un

grupo de personas que se encuentran departiendo, éstese representó o conocía la concreta y elevada probabilidad de la producción del resultado antijurídico derivado de su conducta, no obstante continuó en su ejecución y dejó su no ocurrencia librada al azar, por lo cual no llama a duda que el atentado contra la vida de la menor Marianella Quintero Valderrama, lo cometió con dolo eventual.

En cuanto a la petición del representante de la víctima, en el sentido de que además de declararse el dolo eventual, se tenga en cuenta los agravantes consagrados en el artículo 104, numerales 5° y 7° del Código Penal, esto es, "*valiéndose de actividad de inimputable*" y "*colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de ésta situación*", respectivamente, considera la Sala:

En primer lugar debe decirse que en la apelación nada se argumentó por el censor respecto de la procedencia de las agravantes, sólo en la parte final del escrito conceptuó "*Es por esto honorables magistrados que, sin necesidad de más disquisiciones, debe ser revocado el Fallo de instancia apelado, y en su lugar proferir sentencia de condena en contra del condenado **VELILLA CABALLERO** por el delito imputado y por el que fuera acusado y se solicitara condena, cual fue: **HOMICIDIO AGRAVADO (Nums. 5 y 7 del Art. 104 del C.P.) en la modalidad DOLOSA EVENTUAL***", omisión de argumentación cual sería suficiente para abstenernos de pronunciarnos sobre este aspecto, se itera por falta de motivación; no obstante, no encuentra la Colegiatura procedente las agravantes demandadas; de un lado, porque no se observa por parte alguna que haya mediado la intervención de un inimputable en la conducta desplegada por el acusado (nunca se valió de un inimputable pues disparó solo), y; de otro, como se desprende de su texto legal, la causal de indefensión o inferioridad se presenta en el evento de que el autor propicia o crea la situación de indefensión o inferioridad de la víctima, o cuando simplemente se aprovecha de alguna de esas condiciones, lo cual no se extrae de los hechos probados en el proceso, pues como ampliamente se reseñó en desarrollo de los acontecimientos se presentó una riña previa al momento de producirse los disparos, por lo cual no

hay lugar a la deducción de la circunstancia de agravación referida, pues el autor nunca puso a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, ni ésta, la víctima, estaba en esas condiciones de indefensión o inferioridad.

Retomando el análisis propuesto, debe la Sala anotar que como el homicidio de la menor se produjo con dolo eventual, ello da lugar a redosificar la pena, lo que se hará más adelante, atendiendo a que son varios los problemas jurídicos a dilucidar y que previamente deben resolverse. Veamos:

II. EXTINCIÓN POR INDEMNIZACIÓN EN LESIONES CULPOSAS.

Entre los alegatos impugnatorios del apoderado del señor JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO, se tiene la solicitud de declarar la extinción de la acción penal frente a la condena por lesiones culposas padecidas por la señora Luz Marina Guisao, atendiendo a la indemnización integral por los perjuicios causados a esta señora.

Según se establece en el plenario, en audiencia de lectura de sentencia del día 17 de febrero de la presente anualidad se aportó escrito de indemnización integral de perjuicios a nombre de la víctima Luz Marina Guisao Ardila, no obstante en dicha oportunidad no se aceptó la petición de de extinción respecto de esta víctima, pues se consideró que la acusación fue por tentativa de homicidio y no por lesiones culposas.

No hay duda que la señora Luz Marina Guisao Ardila, como consecuencia de los hechos fácticos que se han venido exponiendo, presentó herida por proyectil de arma de fuego a nivel abdominopélvico y se dictaminó una incapacidad técnico médico legal de 25 días. El proyectil fuesometidoa cadena de custodia y luego dela respectivaexperticia con el arma que aportó VELILLA CABALLERO, dio resultado positivo, según lo indicado en el informe rendido por el peritoMosquera Córdoba.

Deba la Sala advertir, que al resolver el recurso de apelación debe existir pronunciamiento de los temas controvertidos y de **los inescindiblemente vinculados a estos**, es decir que dependen directamente del supuesto básico analizado y de sus fundamentos o se vinculan de manera necesaria con ellos, sin embargo en este caso atendiendo a que la censura sólo se efectuó para efectos de la declaratoria de preclusión por indemnización de la señora Luz Marina, más aún la realizó el apoderado de VELILLA CABALLERO, descartando entonces que tenga relación con la adecuación típica de la conducta desplegada por el inculpado frente a ésta víctima, no hay lugar a agravarse su situación; sin embargo ello no obsta para llamar la atención al fallador en el sentido de que las lesiones padecidas por la dama debieron tipificarse como tentativa de homicidio con dolo eventual, atendiendo a que las mismas se produjeron en idénticas circunstancias a las decantadas en el punto anterior, por lo cual la consecuencia lógica es que opere similar forma de imputación subjetiva, pero en grado de tentativa pues no se cegó la vida de esta dama.

Aunado a lo anterior, otro punto en el que se debe llamarse la atención al juzgador de primera instancia tiene que ver con la solicitud de declaratoria de preclusión respecto de las lesiones sufridas por la señora Luz Marina, lo cual se hizo cuando ya se había emitido sentido de fallo condenatorio y en el cual se determinó que aunque la Fiscalía acusó y pidió condena frente a este asunto por tentativa de homicidio doloso, el sentido del fallo establecía que el mismo iba ser por lesiones personales culposas, razón por la cual no entiende la Sala por qué no se procedió a declarar por el *A quo* esta circunstancia objetiva, si en ese momento procesal así estaban dados los presupuestos. Sobre el tema decantó hace apenas un mes la Corte Suprema de Justicia:

“1. La Sala se ha pronunciado respecto de que si bien el artículo 77 de la Ley 906 del 2004 no regula como causal de extinción de la acción penal la indemnización integral, como sí lo hace el artículo 42 de la Ley 600 del 2000, es viable dar cabida a la última norma, en virtud del principio y derecho constitucional fundamental de la favorabilidad, siempre y cuando se cumplan las exigencias señaladas en esta.

2. La Corte no encuentra obstáculo alguno en admitir la aplicación de aquella institución de la Ley 600 del 2000, en tanto en nada desvirtúa los alcances del denominado sistema penal acusatorio de la Ley 906 del 2004.

Por el contrario, la razón de ser del mecanismo parece encontrar cabida en el último estatuto procesal, en tanto este se sustenta, en alguna medida, en permitir la participación activa de las partes, especialmente del procesado, para que estas logren la solución del conflicto, siempre con el norte del respeto y restablecimiento de los derechos de las víctimas, para que, así, se aligere la carga judicial, pues si todos los asuntos llegan a juicio y exigen sentencia normal, el sistema colapsaría. De esta envergadura son institutos como los preacuerdos, el allanamiento a cargos, la querrela y el principio de oportunidad.

3. Si bien asuntos como el que hoy ocupa a la Sala, podrían ser solucionados con soporte en el principio de oportunidad, lo cierto es que este es viable hasta antes de la audiencia de juzgamiento y su aplicación es de resorte exclusivo de la Fiscalía, lo cual torna viable integrar aquel precepto de la Ley 600 del 2000, que, además de que permite su aplicación en instancias posteriores, se repite, en nada resquebraja el sistema acusatorio y, por el contrario, está acorde con sus postulados, en tanto permite participación activa del procesado en la solución del conflicto, siempre que garantice los derechos de la víctima.”¹¹

4. Como la acción penal culmina con la ejecutoria de la sentencia, se ha decantado que esta especie de extinción puede postularse hasta el momento previo a que la Corte resuelva el recurso de casación (confrontar, por todas, providencias AP5230, 3 sep. 2014, radicado 44.039; AP5852, 24 sep. 2014, radicado 41.481; AP7639, 10 dic. 2014, radicado n42.669; AP210, 21 ene. 2015, radicado 45.114; AP 2376, 20 abr. 2016, radicado 43.984).”

El artículo 42 de la Ley 600 de 2000, establece que *“En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado”*. Como venimos diciendo la indemnización se presenta respecto de las lesiones que el fallador calificó como culposas, sufridas por la señora Luz Marina Guisao, cuya incapacidad en todo caso no superó los 25 días, frente al cual opera en cumplimiento del precepto legal citado compaginado con lo establecido en el

¹¹Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, radicado 47990 del 5 de octubre de 2016.

artículos 74 y 77 CPP, la extinción de la acción penal o lo que en términos de la Ley 906 de 2004 sería preclusión de la actuación.

Atendiendo entonces al criterio de nuestro tribunal de cierre, no se requiere mayores elucubraciones para establecer que estando ante un delito de lesiones personales y habiéndose efectuado la reparación como se indicó desde el 17 del pasado mes de enero, lo procedente es decretar en este caso la preclusión por indemnización integral realizado a la señora Luz Marina Guisao Ardila.

Teniendo en cuenta que por esta conducta se aumentó por el fallador la pena de 18 meses de prisión, la misma se deducirá a la pena finalmente impuesta.

III. LEGITIMA DEFENSA O IRA E INTENSO DOLOR.

También peticona el apoderado del señor JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO que se reconozca en su favor la legitima defensa o subsidiariamente la ira e intenso dolor.

El problema jurídico en este asunto se circunscribe a establecer si se encuentra o no acreditado a favor del señor JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO la circunstancia excluyente de responsabilidad que consagra el Código Penal en su artículo 32 como legítima defensa.

La condena por las lesiones padecidas por Darley Augusto Caro fueron calificadas por el fallador de primera instancia como tentativa de homicidio simple, soportadas en el informe pericial del médico Jorge Fernando Acevedo Ríos, adscrito a Medicinal Legal, quien indica *"ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES: No existe elementos objetivos que permitan considerar que las lesiones pusieron en riesgo la vida del evaluado. Mecanismo traumático de lesión: Proyectoil Arma de Fuego, Incapacidad médico legal DEFINITIVA SESENTA Y CINCO (65) DIAS. SECUELAS MEDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente."*

Consideró el *a quo* que no obstante en el dictamen se indica que no se puso en riesgo la vida de Caro Ardila, lo que cuenta es la intención del inculpado, pues su acción estaba dirigida contra la vida de aquel, por lo cual las lesiones no son un factor definitorio en el análisis de la responsabilidad que le cabe al implicado VELILLA CABALLERO en el punible de tentativa de homicidio doloso.

La legítima defensa, la cual ha sido desarrollada tanto por la doctrina¹², como por la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, como causal excluyente de la antijuridicidad de la conducta, requiere para su estructuración:

“Sobre la legítima defensa tanto doctrina como jurisprudencia se han ocupado de la misma bien como causal de justificación o de no responsabilidad, para señalar que son requisitos los siguientes:

- 1º. Necesidad de la defensa;
- 2º. Defensa de un derecho personal propio o ajeno;
- 3º. Agresión actual y antijurídica; y
- 4º. Proporcionalidad entre la agresión y la defensa¹³.

Al estudiar la legislación de la República Argentina, Luis P. Sisco, en su obra la Defensa Justa, expresó:

No es punible el que obra en defensa de su persona o de sus derechos, cuando concurren las siguientes tres circunstancias:

- 1º. Agresión ilegítima.
- 2º. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
- 3º. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende¹⁴.

¹² Entre muchos, por ejemplo: H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Volumen Primero, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1981, p. 458 y siguientes; IGNACIO BERDUGO y otros, *Curso de derecho penal. Parte general*, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004, p. 297 y siguientes; DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Madrid, Editorial Universitas, 1996, p. 571 y siguientes; GIOVANNI FIANDACAY ENZO MUSCO, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 258 y siguientes; LUIS BARRAGÁN MATAMOROS, *La legítima defensa actual*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1987, p. 25; CARLOS SANTIAGO NINO, *La legítima defensa*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982, p. 22-23; ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Legítima defensa*, Bogotá, Editorial Temis, 1991, p. 3 y siguientes; WILLIAM MONROY VICTORIA, «Causales de exclusión de la antijuridicidad», en *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 327 y siguientes.

¹³ Sobre los requisitos de la legítima defensa, consúltense, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte: 11 de junio de 1946; LX (2034/6, p. 820; 5 de septiembre de 1947, LXIII (2055/6), p. 422; 8 de septiembre de 1950, LXVIII (2087/8), p. 180; 27 de marzo de 1963; (CI), (2266), P. 502. Alfonso Reyes Echandía, *Derecho Penal, Parte General*, Universidad Externado de Colombia, 7ª Edición, p. 242.

¹⁴ Cfr. Sisco, Luis P., Librería “EL ATENEO” Editorial Florida 340 – Córdoba 2099, Buenos Aires, p. 128.

Esta Sala ha venido sosteniendo que la legítima defensa es el derecho que la ley confiere de obrar en orden a proteger un bien jurídico tutelado, propio o ajeno, ante el riesgo en que ha sido puesto por causa de una **agresión antijurídica, actual o inminente, de otro, no conjurable racionalmente por vía distinta, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión**. Requiere por tanto para su configuración, que en el proceso se encuentre acreditado la concurrencia de los siguientes elementos:

a). Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad). b). Que sea actual o inminente. Es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo. c). Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice. d). Que la entidad de la defensa, sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión. e). Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada. Es decir que de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado.¹⁵

En oportunidad reciente, la Corte expresó:

La causal de ausencia de responsabilidad del numeral 6º del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), de la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, permite a la persona proteger un bien jurídicamente tutelado sea propio o ajeno, siempre que medie proporcionalidad. Los elementos que informan son: 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.¹⁶

La jurisprudencia también ha tratado los requisitos que exige el reconocimiento de la legítima defensa, y en relación con la necesidad de la misma ha sostenido:

La necesidad de la defensa es una condición que deviene del análisis de un cúmulo de circunstancias que no es posible identificar de manera genérica, sino en relación con el caso concreto; así, entre otras, el modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, los bienes jurídicos en tensión, la entidad de la agresión e incluso los medios utilizados.^{17/18}

En el presente asunto el *A quo* negó la procedencia de la excluyente de responsabilidad en la sentencia que se revisa, básicamente porque del devenir probatorio no se deduce ninguno de estos elementos estructurales de la causal

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sent.*, junio 26 de 2002, rad. 11679.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sent.*, abril 9 de 2008, rad. 26400.

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sent.*, mayo 5 de 2004, rad. 19922.

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sent.*, febrero 19 de 2009, rad. 90794.

que se invoca, refiriendo como el propio acusado indicó que: *"con la ayuda de su hijo Daniel Velilla, logró ingresar a la casa luego de que se dio el enfrentamiento cuerpo a cuerpo con Darley Augusto, lo que daba a entender que el pugilato había concluido con un resultado lesivo -si se quiere- en detrimento de Jorge Iván, debido a la herida que recibió en una de sus extremidades superiores. Entre tanto su contendor también hizo lo propio, emprendió su retirada a donde se encontraban sus amigos departiendo en la fiesta realizada sobre la calle 19D"*.

Y continua diciendo el fallador que: *"Lo que vino luego, no fue producto de estar el acusado en presencia de una acción ilegítima, tampoco fue actual y menos inminente. Fue como consecuencia de un acto de retaliación al verse vencido en el enfrentamiento que había sostenido momentos antes con Darley Augusto, y para ello se hizo al arma de fuego que tenía guardada en su casa de habitación, emprendiendo de manera descontrolada un nuevo ataque contra su rival. De manera que la vida de Jorge Iván no estuvo en ningún momento en peligro como para que actuara como lo hizo, y bien pudo haber ingresado a su vivienda junto con su familia de manera tranquila y pacífica, y así haber finiquitado aquel problema nacido de la intolerancia."*

Descenlazo

Frente a la configuración de la legítima defensa, arguye el impugnante se configuran los presupuestos que decanta la jurisprudencia, los cuales se concluyen para él en los siguientes términos: *a) Existió una agresión ilegítima que fue la puesta en peligro de la integridad física del hoy sentenciado y su familia, pues un siendo discapacitado, fue objeto de una agresión física por Caro Ardila, quien lo hirió con una navaja. b) La agresión fue actual e inminente, por cuanto apenas instantes después de la riña, se inició un ataque a bala, piedra y palos en contra del inculpado y su familia, quienes eran miembros de la banda delincuencia denominada "Los Pájaros". c) La forma de defensa resultó necesaria y proporcionada, para impedir que el ataque injusto se materializara, el fin era de ahuyentar a los atacantes, que eran la banda de los "pájaros". d) La agresión no fue intencional, ni suficientemente provocada, por cuanto todo desenlazo de reclamo de su*

prohijado, que ocasionó que Caro Ardila, se le fue encima aprovechándose de su condición de discapacitado.

En sentir del togado, la legítima defensa debería incluso extenderse hacia los demás resultados producidos por la conducta del procesado y así lo solicita, lo que traería como resultado la absolución del mismo por todos los cargos por los que fuera acusado.

Ahora bien, lo primero que deba decirse es que frente al argumento del defensor impugnante respecto de que su prohijado tiene dificultad en su desplazamiento por el problema que presenta en sus extremidades inferiores desde hace varios años, por lo cual usa muletas, lo cual además entorpece su capacidad de defensa y lo puso en estado de inferioridad respecto de sus atacantes; es claro para la Sala, así como lo fue para el fallador, que la discapacidad que presenta el inculpado desde hace 24 años y por lo cual ha sido sometido a varias cirugías, no impide su locomoción y realizar actividades, aún más es claro que esto no le impidió la utilización del arma, tal como se dejó ver de su propio dicho.

En el debate probatorio se sobrepusieron unas hipótesis respecto de otras que fueron descartadas por falta de comprobación, fue así como se adoptó, acogido por la Sala, el hecho de que todo inició por un acto contrario a la moralidad, como lo fue que el señor Darley Augusto Caro Ardila se orinara en el antejardín de la casa del condenado, lo que llevó al reclamo airado por parte de éste, entabándose la discusión verbal que trascendió al lesionamiento físico de VELILLA CABALLERO en una mano con el arma blanca que tenía su contendor; luego de superado el suceso éste entró a su residencia y se aprovisionó del arma de fuego tipo revolver calibre 38, la cual disparó en contra de la humanidad de su rival y una multitud de personas, con los resultados conocidos.

No tuvo acogida en el fallo que se revisa la hipótesis del defensor y las declaraciones de VELILLA CABALLERO y su grupo familiar (Daniel y María

Mercedes), en cuanto a que el actuar de éste al accionar el arma de fuego se debió a que quería ahuyentar a sus supuestos atacantes, miembros de la banda “los pajaros”, tampoco en esta instancia el apelante trae fundamentos novedosos con los cuales se establezca que erró el fallador al deducir que no se acreditó la existencia de otras armas de fuego distintas a la utilizada por el inculpado, ni de enfrentamiento diferente al inicialmente presentado como consecuencia del acto inmoral.

Lo anterior, nos lleva a concluir que en el ataque del señor VELILLA CABALLERO no se muestra como actual o inminente, si atendemos a que ya había cesado la lucha entre el inculpado y su contendor Caro Ardila, tan fue así que le dio tiempo para que enardecido ingresará a su residencia y sacara el arma que guardaba en el closet. La entidad de la defensa tampoco se muestra como proporcionada atendiendo a los medios utilizados, esto es el arma de fuego, pues como se viene de indicar no quedó acreditado probatoriamente que se utilizó estos tipos de artefactos por persona diferente al condenado, tanto es así que el otro esgrimió fue arma blanca, incluso con ella alcanzó a causar la lesión en la mano del acusado.

En este orden de ideas, no existen elementos que permitan deducir que en este caso se da el eximente de responsabilidad de la legítima defensa.

Ahora bien, solicita también el defensor de JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO que de no reconocerse la legítima defensa se reconozca la circunstancia de ira e intenso dolor contemplada en el artículo 57 del C.P., que señala una rebaja de la sanción para quien realice “*la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor causados por comportamiento ajeno, grave e injustificado*”. Frente a la figura que se examina, ha sido reiterada la doctrina y jurisprudencia, que “*para que sea procedente la aminorante punitiva por ira se exige la demostración de todos y cada uno de los elementos que la estructuran, toda vez que así como no toda conducta que causa encono puede ser calificada de agresiva, tampoco toda*

provocación es necesariamente grave e injusta, ni mucho menos su existencia supone el desencadenamiento del estado de ira, ni todo estado irascible o de dolor por sí solo da lugar a la aplicación de esta específica atenuante, pues bien se ha clarificado ser requisito indispensable que cualquiera de estos estados hayan tenido su origen directo en un comportamiento grave e injusto.”¹⁹

Consecuente con lo anterior, concuerda esta Sala con la hipótesis acogida por el fallador y decantada por la Fiscalía, y es que se trató en este caso de un asunto de intolerancia, como lo indicó el señor Quiroga Palacios, testigo presencial, no se discute que todo comenzó por el actual inmoral de Darley Augusto, quien se orinó al lado de la cañada, donde se encuentra ubicada una cerca de palo y lo cual no fue del agrado del condenado y produjo que éste lo increpara con palabras soeces, lo que dio origen a un intercambio en iguales términos y razón para que se calentaran los ánimos y finalmente se fueron a los puños, con la lesión con arma blanca producida a VELILLA CABALLERO, sin que esto sea óbice, como lo alega el impugnante, a que el estado de alteración se produjo en el condenado por su condición de indefensión, pues con sus limitaciones de locomoción agredió no solo a Darley Augusto, sino que también a varios de los concurrentes; además tampoco es de recibo que la eximente se presente por el dolor moral padecido por el sentimiento que le embargaba de ver a su familia expuesta ante un inminente peligro, pues éste último no se acreditó en el juicio. Respecto de la lesión padecida con arma blanca y la disputa no se estableció probatoriamente, ni siquiera por inferencia, que al condenado se le haya afectado la capacidad de concluir y valorar sus actos y recordarlos al momento en que ejecutó la conducta punible, si atendemos a que el estado emotivo lo constituye la alteración aguda e intempestiva del ánimo, que produce ofuscación y enojo intenso, y que llama impulsivamente a la acción²⁰.

Se descarta entonces, el reconocerse la circunstancia de ira e intenso dolor, como eximente de responsabilidad, por no confluir los presupuestos para ello.

¹⁹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de octubre de 2008, radicado 29338

²⁰ Sentencia del 27 de agosto de 2003. M. P. Dr. Mauro Solarte Portilla. Rad. 17160.

Al margen de lo anterior, lo que sí se vislumbra por la Sala es la posibilidad de dar aplicación al artículo 55, numeral 3º del Código Penal, que establece "*3. El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso*", porque no se exhibe diligencia alguna que demuestre que el procesado actuó movido por un enfado de suficiente entidad que lo llevase a disminuir el equilibrio sobre sí mismo o por un sentimiento aflitivo, sensación de ira o padecimiento de tal magnitud, desencadenado por un acto ajeno, grave e injusto, aspectos constitutivos de la emoción.

IV. REDOSIFICACIÓN DE LA PENA.

Con esas advertencias se procede a redosificar la pena para el condenado JORGE IVÁN VELILLA CABALLERO, atendiendo a que se acogieron los planteamiento del representante de víctimas y se concluyó que el homicidio de la menor Marianella Quintero Valderrama se produjo con dolo eventual, además que se aceptó la reparación de la señora Luz Marina Guisao Ardila, por lo cual resulta procedente precluir por esta conducta.

De una vez se dirá que estamos ante un concurso de conductas punibles, por lo cual ha de atenderse los criterios que demanda el artículo 31 del C.P., debiendo partirse del delito más grave, sin superar la suma aritmética de las penas, para lo que debe individualizarse cada uno de los punibles por los cuales se condena.

En este sentido, como la pena por el homicidio de la menor Marianella Quintero Valderrama, como quedó sentado se produjo con dolo eventual, indica entonces el "*Artículo 103. Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años*". Este precepto tiene el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, por lo cual la pena principal es de doscientos ocho (208) meses a cuatrocientos cincuenta (450) meses de prisión.

Homicidio de Marianella Quintero Valderrama		
CUARTO MÍNIMO	CUARTOS MEDIOS	CUARTO MAXIMOS
208 _____ 268.5 meses	268.5 _____ 389.5 meses	389.5 _____ 450 meses

Como lo consideró en su momento el fallador, no concurren circunstancias de mayor punibilidad, pero sí la de menor contemplada en el artículo 55 numeral 1° del C.P., esto es la carencia de antecedentes penales, así como la del numeral 3° “*El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso*” reconocida por la Sala. Por lo que atendiendo los criterios señalados en el artículo 61 de la misma obra, la pena se debe ubicar en el primer cuarto, esto es entre 208 y 268.5 meses de prisión.

En este orden de ideas, se impondrá el mínimo de la pena establecido para la conducta de homicidio con dolo eventual, esto es **doscientos (208) meses de prisión**, pues resulta reprochable la conducta de VELILLA CABALLERO al proveerse de un arma de fuego e iniciar en contra de Darley Augusto una serie de disparos, sin sopesar las terribles consecuencias que podría llegar a desencadenar con su actuar, lo cual hizo directamente contra un gran número de personas que allí departían, originando el desenlace fatal de cegar la vida de la menor de 14 años y poniendo en peligro varias más.

En lo que respecta a la tentativa de homicidio de la cual fue víctima Darley Augusto Caro Ardila, como esto no fue modificado en esta instancia, ha de entenderse que se acoge los planteamientos del *A quo*, en ese sentido se tiene que el artículo 103 del Código Penal, tiene una sanción de doscientos ocho (208) meses a cuatrocientos cincuenta (450) meses de prisión. Por tratarse de una tentativa, artículo 27 *ibídem*, la pena será no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada en el inciso anterior, por lo tanto los extremos punitivos corresponden a ciento cuatro (104) meses el mínimo y el máximo de trescientos treinta y siete punto cinco (337.5) meses de prisión.

Homicidio en modalidad de tentativa de Darley Augusto Caro		
CUARTO MÍNIMO	CUARTOS MEDIOS	CUARTO MAXIMOS
104 ___ 162.37 meses	162.37 ___ 279.11 meses	279.11 __ 337.5 meses

Como lo consideró el *A quo*, en el presente caso para el señor JORGE IVAN VELILLA CABALLERO concurre la circunstancia de menor punibilidad de que trata el 55 numeral 1º del Código Penal y la del numeral 3º que reconoció la Sala, lo que de acuerdo al artículo 61 ibídem, permite que nos movamos dentro del cuarto mínimo, esto es de ciento cuatro (104) meses a ciento sesenta y dos meses y treinta y siete (162.37) meses de prisión, imponiendo el mínimo de este pues se muestra censurable atentar contra la vida de un ser humano, como consecuencia de un hecho de intolerancia, como ya quedó establecido.

En definitiva como se trata de un concurso, se partirá de la pena para el homicidio con dolo eventual que es de doscientos ocho meses (208) meses de prisión, que es la pena más grave y en razón de la tentativa de homicidio se incrementará doce meses (12) meses más, quedando la pena definitiva a imponer en **DOSCIENTOS VEINTE (220) MESES DE PRISIÓN**, en igual lapso será la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Se revoca la pena accesoria de prohibición de tener o portar armas fuego, pues esta es una cuestión que se debió atender en la decisión que por la aceptación a cargos inicial se emitió en el proceso que se siguió por el punible de porte de arma de fuego.

Se precluye la actuación respecto de las lesiones sufridas por la señora Luz Marina Guisao Ardila, por los argumentos expuestos en el numeral 2º de la parte motiva de esta decisión, por lo cual no habrá lugar a imponer ni pena de prisión ni multa por esta conducta.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE: I. Modificarla** sentencia proferida el 7 de abril de la presente anualidad, por el Juzgado 26 Penal del Circuito de esta ciudad, en cuanto a que el

homicidio de la menor Marianella Quintero Valderrama por el cual fue condenado el señor Jorge Iván Velilla Caballero, se produjo con dolo eventual. **II.Revocar** la condena por las lesiones que sufrió la señora Luz Marina Guisao Ardila, en su lugar se precluye por indemnización integral a la víctima, así como la pena accesoria de prohibición de tener o portar armas fuego por el lapso de cincuenta (50) meses. **III.Modificar** la pena a imponer en la sentencia, señalando como pena principal la de **doscientos veinte (220) meses de prisión**, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por el mismo término. **IV.**En lo demás se confirma la sentencia recurrida. Decisión aprobada por los Magistrados que integran la Sala y leída en audiencia celebrada para tal efecto, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva. Este fallo queda notificado en estrados y contra el mismo procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado Ponente

SANTIAGO APRAÉZ VILLOTA

Magistrado

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

RELEVANTE SALA DE DECISION PENAL

M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
ACTA DE APROBACION:	063 (25 DE NOVIEMBRE DE 2016)
RADICADO:	05-001-60-00206-2014-30482
CLASE DE ACTUACION:	APELACION
TIPO DE PROVIDENCIA:	SENTENCIA
FECHA:	29 DE NOVIEMBRE DE 2016
DECISION:	CONFIRMA Y MODIFICA
DELITO:	HURTO CALIFICADO AGRAVADO TENTADO

RADICADO: 2014-30482
PROCESADO: JORGE IVAN VELILLA CABALLERO
DELITOS: HOMICIDIO Y OTROS
ORIGEN: JUZGADO 26 PENAL CTO DE MEDELLÍN
DECISIÓN: CONFIRMA Y MODIFICA
MAGISTRADO P.: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA