

129 ENE 2016

AAO

Segunda instancia 2011-74512 [1.315]
GERMÁN DARÍO RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL
Homicidio agravado. Conexo

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA PENAL

Magistrado Ponente : Marco Antonio Rueda Soto
Radicación : 050016000206201174512 02 [1.315]
Procesado : Germán Darío Rodríguez Aristizábal
Delito : Homicidio agravado. Conexo
Decisión : Confirma con aclaración

Aprobada en acta 159. Leída en audiencia de enero 29/2016

Bogotá D.C., diciembre once (11) de dos mil quince (2015)

La Sala resuelve la apelación interpuesta contra la sentencia de julio 15 de 2015, mediante la cual el Juzgado 56 Penal del Circuito del programa de Descongestión O.I.T. condenó a *GERMÁN DARÍO RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL* a la pena principal de 412 meses de prisión, como autor del delito de homicidio agravado en concurso heterogéneo con el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

HECHOS

En la reseña contenida en el escrito de acusación se consigna que en la madrugada del 20 de noviembre de 2011, Joaquín Emilio Madrid Agudelo, quien laboraba en la empresa de textiles Fatelares y estaba adscrito como sindicalista a Sintrafatelares, murió al recibir varios disparos efectuados con un arma de fuego en el sector conocido como "el hatillo", ubicado sobre la vía que une a los municipios de Barbosa y Girardota, Antioquia.

Luego de haber sido impactada por las balas, la víctima pidió auxilio; y al escucharlo, su hijo, César Augusto Madrid Rodríguez, fue en su búsqueda y lo halló herido y tendido sobre el suelo. El último nombrado avistó al atacante, tomó el arma de fuego del progenitor e inició su persecución; después, cuando lo identificó como Germán, su primo, exclamó "*Germán, me las vas a pagar*".

Posteriormente, los vecinos que se percataron de los gritos solicitaron la presencia de los miembros de la Policía Nacional, quienes al llegar hallaron una motocicleta hurtada el día anterior en el municipio de Girardota que estaba estacionada en frente de una casa cercana a la residencia del agredido. En ese automotor, el autor de la embestida reseñada se transportó poco antes de dar muerte al ahora occiso y la abandonó en la fuga.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En audiencia preliminar celebrada el 1o de noviembre de 2014 ante el Juzgado 42 Penal Municipal de Control de Garantías de Medellín, la Fiscalía legalizó la captura del indiciado *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL*. En esa sesión le formuló imputación como autor del delito de homicidio agravado en concurso heterogéneo con la fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; infracciones previstas en los artículos 31, 103, 104, numeral 7, y 365, de la Ley 599 de 2000.

El procesado no se allanó a los cargos. En la misma diligencia fue afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

2. El 18 de diciembre de 2014 la Fiscalía radicó el escrito de acusación (fs. 1 a 5). Esta última fue formulada en audiencia realizada el 12 de febrero de 2015 bajo la dirección del Juzgado 56 del Circuito del Programa de Descongestión O.I.T. de Bogotá, por los delitos de homicidio agravado al tenor del artículo 104, numerales 4 y 7, de la Ley 599 de 2000, en concurso heterogéneo con el porte ilegal de armas, agravado por el artículo 365, numeral 1, *ibídem* (fs. 30 y 31).

3. Posteriormente, en la audiencia preparatoria agotada el 17 de marzo siguiente, las partes por vía de estipulación acordaron tener por probado que Joaquín Emilio Madrid Agudelo había muerto en el lugar y en la fecha consignada en la reseña de los hechos. Así mismo, la causa del deceso y las características del arma utilizada con ese fin, así como su condición de sindicalista y, además, que el acusado no tiene expedido permiso para portar armas (fs. 51 a 53).

En esa oportunidad se pronunció sobre las solicitudes probatorias de las partes; decisión recurrida en reposición por la Fiscalía, a la que no accedió la funcionaria de conocimiento.

4. El juicio oral, luego de los múltiples aplazamientos imputables a la defensa, se instaló el 20 de mayo de 2015. En esa ocasión, sin embargo, como en un inicio no compareció el representante judicial del procesado, la a quo impartió el trámite previsto en los artículos 141 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

En la misma data, reiniciada la audiencia, en esta oportunidad con el apoderado de *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL*, este último se declaró inocente. En consecuencia, las partes expusieron sus teorías del caso y seguidamente se agotó la práctica de las pruebas decretadas. Por último, aquellas expusieron los alegatos de conclusión (fs. 119 a 124).

Al día siguiente continuó la diligencia; fecha en la cual la funcionaria de conocimiento anunció el sentido del fallo, de carácter condenatorio (fs. 141 a 146). Así mismo, dispuso los traslados del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 e indicó que el fallo sería emitido el 15 de julio de la anualidad referida.

Proferida la sentencia, la defensa interpuso el recurso de apelación y lo sustentó en forma oral. Por lo tanto, agotada la intervención del mandatario judicial del procesado, la falladora negó la alzada con el argumento de que la fundamentación de la inconformidad había sido defectuosa e insuficiente.

Esta decisión fue objeto del recurso de queja, al cual se le dio trámite. No obstante, la Sala en pronunciamiento de agosto 6 pasado lo declaró improcedente, no sin precisar que el trámite correcto lo era, de resultar del caso, la declaratoria

de deserción de la alzada mediante auto susceptible de reposición, esta última que debía entenderse interpuesta (c. 2ª instancia; fs. 4 a 9).

En cumplimiento de lo ordenado, en providencia de octubre 27 último la funcionaria de primera instancia revocó la decisión y concedió la apelación que centra la atención del Tribunal (cd. 7, a partir del registro 00:02).

SENTENCIA APELADA

La a quo consideró que estaban reunidos los requisitos previstos en los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004 para proferir la sentencia condenatoria. En concreto, al encontrar probada más allá de toda duda razonable, no sólo la comisión de los ilícitos imputados en concurso de conductas punibles, sino también, la responsabilidad atribuible al procesado a título de autor.

Ello lo coligió, principalmente y en relación con el homicidio agravado por el motivo abyecto y el aprovechamiento de la indefensión, porque las partes tuvieron por acreditado el deceso violento de Joaquín Emilio Madrid Agudelo, causado con un arma de fuego, así como el lugar y la fecha de ocurrencia.

Adicionalmente, también por vía de estipulación, la a quo destacó la información contenida en el acta de inspección técnica al cadáver, en la que se especifica la constatación de tres heridas halladas en el cuerpo del occiso, ubicadas en la cabeza, el tórax y el brazo derecho, producidas con proyectil de arma de fuego. En relación con esto último, la juzgadora resaltó la ausencia de señales que permitieran inferir que Madrid Agudelo desplegó algún acto defensivo para repeler la agresión.

De otra parte, la sentenciadora reseñó en extenso la declaración de César Augusto Madrid Rodríguez, hijo del interfecto y con el que convivía, quien relató que en la madrugada de la fecha de los sucesos, mientras dormía, sintió que el progenitor se alistaba y salió de la residencia en dirección al trabajo; sin embargo, al escuchar un disparo, acudió al lugar de donde provino y vio a su padre tendido

en la calle. Así mismo, a un primo, no otro que *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL*, a quien le atribuyó la autoría de esa muerte.

En adición, el deponente sostuvo con idéntica contundencia, resaltó la a quo, que con posterioridad regresó a la habitación para recoger el arma de fuego de su padre y con ella emprendió la persecución del agresor, quien escapó por un cañaduzal. De igual modo, que integrantes de la Policía Nacional acudieron al sector luego de informados de los disparos efectuados, como lo confirmó Dairon Bañol Ladino, patrullero de dicha institución.

Para la a quo el deponente César Augusto Madrid Rodríguez no vaciló en momento alguno de ese recuento. Por el contrario, describió incluso las prendas del ejecutor del homicidio, el intento de éste dirigido a dispararle y el grito emitido al expresar: "*Germán, me las vas a pagar*"; circunstancias de las cuales extrajo, entonces, la certidumbre sobre la identidad del autor de la conducta punible.

En todo caso, precisó la sentenciadora, el declarante en cita también aludió al conflicto existente entre el procesado *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL* y la víctima, originado en el préstamo de dos millones de pesos garantizado por el ahora procesado con una motocicleta, que según se descubrió posteriormente, la obtuvo en la perpetración de un hurto.

La falladora explicó además que los hechos sobre los que declaró el deponente fueron reconstruidos. En lo específico, por éste, Jhon Darío Díaz Almanza y Yurgaqui Valdez, los dos últimos, fotógrafo y topógrafo adscritos a la policía judicial, respectivamente, con quienes la Fiscalía en sus recuentos procesales introdujo los documentos en los cuales se observan las condiciones existentes en el sitio de los acontecimientos.

En adición, planteó la juzgadora, esa versión halló firme respaldo en el testimonio de María Flor Marina Muñoz, quien declaró sobre la presencia de una motocicleta en frente del lugar de los episodios, cuyo propietario desconocía, bien que también resultó ser hurtado según las constataciones efectuadas por la Policía Nacional. En fin, ésta y Madrid Rodríguez coincidieron en varios de los aspectos de la ocurrencia del punible, entre ellos, el sitio de ocurrencia.

La a quo resumió además las declaraciones del investigador de la Fiscalía Jorge Alexander Álvarez González, quien afirmó que efectivamente la última motocicleta mencionada fue abandonada en las inmediaciones de la residencia de María Flor Marina Muñoz y pertenecía a Guillermo Alonso Gómez. En tanto que este último atestiguó que el 18 de noviembre de 2011, el acusado *RODRÍGUEZ ARISTIZABAL* lo despojó de ese automotor luego de apuntarle con un arma de fuego y fingir la condición de pasajero. Así las cosas, concluyó la a quo, en las diligencias se acreditó que ese medio de transporte fue el usado por el procesado en la fecha de perpetración de la conducta punible.

De acuerdo con lo argumentado, la falladora sostuvo que ninguna incertidumbre existe sobre la responsabilidad penal atribuible al enjuiciado en la condición de autor del homicidio objeto de las presentes diligencias; infracción en la cual concurren las circunstancias de agravación del aprovechamiento de la condición de indefensión de la víctima y del móvil abyecto que impulsó al ejecutor del ilícito, establecidas también con los medios suasorios analizados.

Lo anterior, conforme lo precisó en posterior acápite de la providencia, por cuanto el occiso fue atacado mientras estaba solo, desprevenido, en espera de un bus de servicio público, frente a su casa, en horas de la madrugada, desarmado y sin imaginar siquiera la posibilidad de los disparos sorpresivos que le fueron efectuados. Ello, motivado el enjuiciado además por un conflicto insignificante de naturaleza económica.

En relación con el punible definido el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, la funcionaria de primera instancia argumentó que las partes por vía de estipulación tuvieron por acreditado que el acusado no contaba con autorización para portar armas de fuego. De igual modo, que de acuerdo con la necropsia, el proyectil recuperado en el cuerpo del occiso fue disparado precisamente con un artefacto de tal naturaleza.

Así las cosas, la perpetración de ese otro ilícito surge también exenta de duda, lo que no puede atestarse, en cambio, de la circunstancia de intensificación punitiva. Ello, porque no fue probado que el procesado hubiese accionado el arma desde la motocicleta.

En armonía con lo expuesto, entonces, reiteró la satisfacción de las exigencias sustanciales del fallo de condena y, en punto a la individualización de la pena, con aplicación del artículo 31 de la Ley 599 de 2000, la sentenciadora indicó que estaba revestida de mayor gravedad la imponible por razón del homicidio. En este orden de ideas, partió de los límites contemplados en el artículo 103 ibídem, de 208 y 450 meses de prisión, incrementados ante la concurrencia de las causales de agravación del artículo 104, numerales 4 y 7, del estatuto en cita, por razón de las cuales los extremos de la sanción quedaron cifrados de 400 a 600 meses de prisión.

Por otra parte, como quiera que no fueron imputadas circunstancias de mayor punibilidad, la a quo coligió que la sanción debía fijarse en el primer cuarto de movilidad, que oscila de 400 a 500 meses de prisión. Dentro de él, conjugados los parámetros de que trata el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, afirmó que resultaba proporcionada y justa la imposición del mínimo acotado, que incrementó en 12 meses por razón del ilícito concursante, para la pena definitiva de 412 meses de prisión. Lo anterior, además de la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un término máximo legal de 20 años, de conformidad con los artículos 51 y 52 de la Ley 599 de 2000.

Finalmente, la sentenciadora negó la prisión domiciliaria y la "*condena de ejecución condicional*", pues el monto de la pena prevista en la infracción infringida y la impuesta determinan la ausencia del requisito objetivo, que normativamente, al tenor de los artículos 63 y 38 de la Ley 599 de 2000, respectivamente, supeditan tales mecanismos sustitutivos.

LA APELACIÓN

La defensa solicita del Tribunal la revocatoria de la sentencia de primera instancia. En su lugar, la absolución del procesado (cd. 6, segundo corte, récords 21:44 en adelante). Esta pretensión la soporta en los argumentos que se puntualizan y reseñan seguidamente, no sólo en aras de mayor claridad, sino también con el propósito de brindarles una respuesta explícita y completa.

(i) El opugnador sostiene que sólo fue probada plenamente la muerte de Joaquín Emilio Madrid Agudelo, pues se desconoce "a ciencia cierta" la identidad del autor del hecho. Lo anterior, porque el testimonio de César Augusto Madrid Rodríguez fue "inconsistente", esto es, contiene contradicciones, en lo específico, en cuanto afirmó, de una parte, que el progenitor portaba un arma de fuego sin que se conozca si tenía autorización de la autoridad competente para detentarla; de otra, que el ahora occiso no tenía "problemas" con nadie.

Estas dos afirmaciones, según el recurrente, comportan una contradicción insalvable, puesto que no existe razón para que una persona disponga de un arma de fuego si no tiene desavenencias con terceros. Lo anterior, sin que pueda soslayarse que tampoco coinciden con lo relatado por el deponente en la entrevista rendida el 20 de febrero de 2012, en la que explicó que el padre tenía conflictos con varias personas por razón de las condiciones de sindicalista y prestamista, uno de ellos, el derivado de la deuda por 280 millones de pesos de la que era acreedor, suma que debía pagar Olga Patricia Morales Escobar.

Esta entrevista, aclara el recurrente, fue introducida en el juicio oral aunque no fue utilizada para impugnar credibilidad o refrescar memoria; además, fue descubierta en forma previa.

El opugnador alega la configuración de otra inconsistencia. En concreto, en la afirmación del testigo de que reconoció al atacante, a quien incluso llamó por su nombre. Ello, porque conforme a "las reglas de la experiencia y la sana crítica", de ser verdad dicha circunstancia, el victimario no habría dejado al testigo presencial con vida.

Lo mismo sucede, destaca el opugnador, con el aserto del declarante de cargo según el cual el ahora procesado no tenía motivos para abatir al progenitor, pero que a pesar de ello le dio muerte.

(ii) En relación con lo manifestado durante el juicio oral por John Darío Díaz Almanzar, perito fotógrafo adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación, la defensa plantea que se trata de un testigo de referencia. Esto último, porque la versión del nombrado está soportada en las manifestaciones previas,

inconsistentes, contrarias a la realidad y a las reglas de la experiencia así como a la sana crítica obtenidas precisamente de César Augusto Madrid Rodríguez.

(iii) En el análisis del testimonio rendido por María Flor Marina Muñoz, el recurrente considera que la a quo erró al señalar que la citada identificó al ejecutor material del ilícito. La deponente en cita en realidad expuso que no vio ni conocía al ahora procesado *RODRÍGUEZ ARISTIZABAL*, como también, que observó una motocicleta, cuya propiedad no le atribuyó a aquel.

(iv) Ahora bien, tratándose de la agravante contemplada en el artículo 104, numeral 4, de la Ley 599 de 2000, la defensa señaló que la sentencia de primera instancia no contiene motivaciones en torno a su configuración y, sin embargo, la a quo profirió la condena con inclusión o deducción de ella.

Esto contradice, atesta el impugnante, el entendimiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en cuanto exige que en las sentencias se expliquen las razones por las cuales se afirma la estructuración de cada uno de los elementos de los agravantes.

En todo caso, señala que César Augusto Madrid Rodríguez atestiguó que el motivo del homicidio fue el problema relacionado con una motocicleta. En lo específico, que él le había sugerido a un tercero propietario de una compraventa, de nombre Fernando que le prestara 500 mil pesos al sentenciado *RODRÍGUEZ ARISTIZABAL*, a cambio de una motocicleta. No obstante, resalta, el censor en ese negocio no intervino la víctima; pero además, en cualquier caso el declarante había dicho en otras de sus manifestaciones previas que el procesado carecía de motivos para ultimar al sindicalista Madrid Agudelo.

(v) La controversia la extiende la defensa a la circunstancia de agravación del artículo 104, numeral 7, de la Ley 599 de 2000. En este sentido señaló que la falladora no concretó siquiera si la víctima fue puesta en condición de inferioridad, o de indefensión, o si se trató del aprovechamiento de una de tales situaciones, ni existen medios de prueba que permitan una condena que incluya la reseñada causal de intensificación punitiva.

(vi) Por último, la defensa controvierte la condena por el porte ilegal de armas. Lo anterior, porque en la actuación sólo se acreditó que el acusado no tiene permiso para el porte o la tenencia de armas de fuego; sin embargo, no existen elementos de juicio que permitan aclarar las circunstancias en las cuales ocurrió la detención de un artefacto de dicha naturaleza, ni la del empleado como objeto material de la conducta punible.

En síntesis, concluye que resulta equivocado entender que cómo la víctima murió por disparos de un arma de fuego y el acusado no disponía de permiso para portar una de esa categoría, se le debe condenar entonces por ese ilícito.

NO RECURRENTE

El Delegado de la Fiscalía solicita que se confirme la decisión de primera instancia (cd. 6, segundo corte, réconds 39:55, en adelante). En la sustentación de esta pretensión expone que no existe ninguna duda sobre "*la ocurrencia de un hecho de trascendencia penal*", consistente en la muerte violenta de Joaquín Emilio Madrid Agudelo. Ello, por cuanto está acreditada con las estipulaciones probatorias que recayeron sobre la inspección judicial al cadáver, al igual que respecto del lugar de los hechos y las causas del deceso, que encontró causalidad en las heridas mortales ocasionadas con proyectil de arma de fuego calibre 0.38; y, así las cosas, consecuentemente, idéntica contundencia ofrece la "*afectación al bien jurídico como fue la vida*".

En adición, el no recurrente destacó que las partes también pactaron estipulaciones probatorias atinentes a las identidades de la víctima y del ahora procesado.

En punto a la responsabilidad penal atribuible al enjuiciado *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL*, el titular de la acusación indica está probada con el testimonio de César Augusto Madrid Agudelo, hijo del occiso y presencial de los sucesos, quien identificó al autor del homicidio. En este sentido el no recurrente reseña el contenido de esa versión para resaltar que el deponente conocía al procesado, no

sólo por el nexo de parentesco, sino también porque se criaron juntos en el municipio de Yolombó, sin que pueda soslayarse tampoco que lo observó cuando el atacante de progenitor le apuntó también con el arma de fuego.

En adición, el representante de la Fiscalía pone de presente que en la inspección judicial fue constatada la credibilidad de ese testigo de cargo. En lo específico, por cuanto se comprobó la visibilidad que tenía desde el lugar donde se encontraba; deponente respecto de quien la defensa no logró restarle credibilidad, pues reconstruyó los sucesos sin dubitaciones, no demostró ánimo de venganza e identificó en forma inequívoca al autor del homicidio del progenitor.

En cuanto al testimonio de María Flor Marina Muñoz, el no apelante admite que no identificó al ejecutor del delito; sin embargo, la citada declaró el hallazgo en frente de su vivienda de una motocicleta que no era suya, ni de nadie automotor proveniente del hurto perpetrado el día anterior, como lo esclarecieron los miembros de la Policía Nacional.

Esa situación converge con el testimonio rendido por la persona a quien despojaron de dicho, pues le atribuyó el acto de apoderamiento ilícito al ahora procesado, de manera que esos afianzan, sin remisión a duda, la autoría del homicidio imputada a aquél.

El no impugnante aduce, además y, en relación con las agravantes del homicidio, en primer término, que en las diligencias quedó probado que el enjuiciado en un inicio se aprovechó del estado de indefensión de la víctima. En concreto, al arribar al lugar de los sucesos poco antes en una motocicleta para sorprender a Madrid Agudelo cuando saliera de la residencia; como también, que el perpetrador puso al citado en estado de indefensión cuando lo atacó sorpresivamente con un arma de fuego. En segundo lugar, que la misma contundencia ofrece el motivo afirmado para el homicidio, porque se estableció que el hijo del occiso y el acusado tenían negocios y que en virtud de la buena relación que el primero tenía con su padre, éste fue atacado.

Finalmente, el representante de la acusación plantea que en las diligencias quedó esclarecido, con no menor contundencia, que el enjuiciado no dispone de

permiso para portar armas de fuego, como consta en el oficio proveniente de la 4a brigada del Ejército Nacional. Por consiguiente, ante su utilización en la comisión del homicidio, ninguna incertidumbre ofrece tampoco el delito concursante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Al tenor del artículo 8 del Acuerdo 4082 de 2007, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, en armonía con el artículo 34, numeral 1, de la Ley 906 de 2004, el Tribunal tiene competencia para resolver la apelación interpuesta en este asunto, pues el fallo objeto de la alzada fue proferido por uno de los Juzgados creados en el acto administrativo referido, respecto de los cuales le fue asignada también a esta Corporación la condición de superior funcional.

En todo caso, no sobra indicar con idéntica orientación argumentativa, esta atribución se consolida, en lo específico, con el criterio acuñado en forma pacífica y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal¹, de conformidad con el cual basta la condición de sindicalista en la víctima del delito para que se activen las disposiciones especiales aludidas en precedencia.

Ahora bien, esta competencia por virtud del principio de limitación, inherente a los medios de impugnación de las decisiones judiciales, se entiende restringida a los aspectos objeto del ataque y a los que le estén vinculados de manera inescindible. Lo anterior, sin perjuicio desde luego, de conformidad con el artículo 10 ibídem, en armonía con el artículo 457 del estatuto en referencia, del control de oficio o a petición de parte de la legalidad del pronunciamiento confutado y de la actuación que le brinda soporte en aras de preservar las garantías fundamentales.

¹ Ente otros, el auto de agosto 21 de 2012, radicado 39.650.

En esta comprensión, la Sala sólo revisará la sentencia de primera instancia en las temáticas involucradas en las censuras; pero además, con respeto de la prohibición de la reforma en peor de que tratan los artículos 20 de la Ley 906 de 2004 y 31 de la Carta Política, porque ante la inconformidad exclusiva del titular de la defensa técnica, en el acusado *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL* converge la condición de apelante único.

2. En relación con la legalidad de lo actuado.

El opugnador sostiene en los reparos elevados a la sentencia de primera instancia, que la providencia carece de consideraciones en relación con la configuración de las circunstancias de agravación específicas definidas en el artículo 104, numerales 4 y 7, de la Ley 599 de 2000; ataque que aunque no lo hubiese precisado así el mandatario judicial del enjuiciado, envuelve de trasfondo la controversia sobre la legalidad del fallo confutado, del que se plantea de esta manera la ausencia de fundamentación.

Efectuada la anterior precisión y en la explícita réplica a esta censura, el Tribunal destaca que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tiene discernido, que se estructura la nulidad de que trata el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, en lo específico, por desconocimiento de la garantía fundamental al debido proceso, cuando la sentencia adolece de motivación.

La irregularidad de esa naturaleza, pero además, con entidad para invalidar el fallo se predica, de acuerdo con el pacífico entendimiento de la Corporación² en cita, "*a. Cuando carece totalmente de motivación, por omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que sustenten la decisión. b. Cuando la motivación es incompleta, esto es, el análisis que contiene es deficiente, hasta el punto de que no permite su determinación; c. Cuando la argumentación que contiene es dilógica o ambivalente; es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes, las cuales impiden*

² En este sentido, las sentencias del 11 de febrero de 2004, radicación 17.795 y del 25 de febrero de 2015, radicación 43768, M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

conocer su verdadero sentido; y d. Cuando la motivación es aparente y sofisticada, de modo que socava la estructura fáctica y jurídica del fallo' (Subrayado del Tribunal).

En el presente caso, sin embargo, la providencia recurrida, contrario a lo alegado por el recurrente, contiene los argumentos que sustentaron en forma explícita, incluso, la conclusión a la que arribó la a quo en relación con los supuestos de intensificación punitiva del homicidio.

Así se colige, frente al contemplado en el artículo 104, numeral 4, de la Ley 599 de 2000, de la reseña del testimonio de César Augusto Madrid Rodríguez, incluida en la decisión de primera instancia para resaltar la credibilidad que concitan las atestaciones en torno al único problema, que según el deponente referido, existía entre su padre Madrid Agudelo y el acusado **RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL**. Este elemento de convicción, conviene enfatizar, fue retomado en otro aparte del fallo, en lo específico, en punto a la individualización de la pena, para justificar precisamente el aumento de los límites establecidos para ella mediante la aplicación de la norma referida.

La Corporación aduce lo mismo tratándose del supuesto previsto en el numeral 7 ejusdem, también imputado en la acusación y en el pedido de condena elevado por la Fiscalía en las alegaciones finales. En concreto, porque también en la fijación de la sanción la juzgadora coligió su configuración ante las circunstancias en las cuales se acreditó que fue perpetrado el homicidio, esto es, cuando la víctima se encontraba sola, desprevenida, en espera de un vehículo de servicio público en frente del inmueble donde residía, en horas de la madrugada, pero además, desarmada.

La funcionaria de conocimiento, a partir del contenido de una de las estipulaciones probatorias resaltó con idéntica orientación argumentativa, esto es, en orden a sustentar el agravante de la indefensión, que el cuerpo del occiso fue hallado sin rastros o huellas físicas que permitieran deducir que existió oposición a la agresión en la que recibió las heridas vinculadas causalmente con el deceso.

Por las razones que anteceden, para la Sala la legalidad del fallo es irrefutable. En consecuencia, la decisión en esta instancia será de fondo o mérito,

en la cual responderá los ataques de la defensa mediante las cuales se cuestiona el acierto de la proferida en la primera instancia.

3. En relación con la responsabilidad del acusado.

Efectuadas las precisiones anteriores y con el propósito de resolver la impugnación interpuesta, resulta imperativo partir de la presunción erigida en el artículo 29 de la Carta Política en garantía que integra el derecho fundamental al debido proceso y encuentra desarrollo legal en los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004; normas de conformidad con las cuales el fallo de carácter condenatorio sólo es viable cuando los medios suasorios acopiados con satisfacción de las exigencias contempladas en el artículo 16 del estatuto en referencia, conducen al conocimiento más allá de toda duda sobre la comisión de la conducta punible y la responsabilidad penal.

En esa comprensión, la Corporación aborda el análisis conjunto de la prueba practicada e introducida en el juicio oral y público, pero además con norte en los parámetros de la sana crítica, como lo reivindica el artículo 380 ibídem, con el propósito de determinar la satisfacción o no y en esta actuación, esto es, en concreto, de las exigencias sustanciales precisadas atrás. Por lo tanto, la viabilidad de la confirmación de la condena, o en contraste, de su revocatoria para disponer en su lugar la absolución del enjuiciado *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL* de conformidad con la pretensión de la defensa.

3.1 En este cometido, sea lo primero señalar, como en forma acertada lo expuso el Delegado de la Fiscalía en la intervención en la condición de no recurrente, que en este asunto no existe controversia en torno a la existencia del hecho investigado, ni respecto de su adecuación típica. Lo anterior, básicamente, como consecuencia de las estipulaciones probatorias acordadas entre la Fiscalía y la defensa.

Ciertamente, en oportunidad las partes excluyeron del debate probatorio no sólo la comprobación de las identidades plena del acusado *GERMÁN DARÍO*

RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL y de la víctima Joaquín Emilio Madrid Agudelo, sino también y, primordialmente, que este último, de quien se aceptó también la condición de miembro de una asociación sindical, falleció en forma violenta el 20 de noviembre de 2011 (cd. 3, segundo corte, récords 10:03; c. estipulación). En lo específico, al ser impactado por proyectiles disparados con arma de fuego y, así las cosas, la conducta plenamente probada en estas diligencias se subsume, sin remisión a duda, en el artículo 103 de la Ley 599 de 2000, se insiste, en cuanto reprime al "*que matare a otro...*"..

El recurrente discute, entonces y, en primer término, la autoría imputada al acusado en esos hechos objeto del presente juzgamiento. Y, en este sentido arguye, principalmente, que persiste una duda en dicho ámbito, de obligada resolución a favor de aquél y determinante de la revocatoria del fallo de la quo y, en su lugar, la decisión de carácter absolutorio. Esta conclusión, sin embargo, anticipa la Sala, no resulta acertada.

Lo anterior, de una parte, porque el hijo del occiso, César Augusto Madrid Rodríguez (Cd 3, segundo corte, récords 21:34), señaló por medio de un relato detallado y carente de contradicciones internas, que despertó cuando su padre lo llamó desde la calle, y al salir, lo halló sobre el suelo, mientras veía al procesado *RODRÍGUEZ ARISTIZABAL* correr. El testigo también sostuvo que luego de gritarle que habría vindicta por dicho ataque, éste se devolvió para enfrentarlo, motivo por el cual César Augusto Madrid Rodríguez regresó a la vivienda en búsqueda del arma de fuego del progenitor.

Así mismo, el deponente atestó haber identificado al perpetrador del homicidio, de una parte, porque lo conoce desde la infancia, de otra, por cuanto pocos días antes éste lo visitó en el domicilio. De igual modo, porque el agresor vestía la misma ropa que usó en esa ocasión, esto es, un jean color azul, un calzado deportivo blanco y gris, y un buzo negro y otro azul.

En fin, destaca el Tribunal, César Augusto Madrid Rodríguez aseveró con soporte en sus propias percepciones, además en forma inequívoca e insistente, esto es, en condiciones determinantes de la veracidad de su dicho al tenor del artículo 404 de la Ley 906 de 2004, que fue su familiar en el cuarto grado de

consanguineidad, no otro que el ahora procesado *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL*, el autor de los disparos que produjeron las heridas vinculadas causalmente con el deceso de su padre.

Ahora bien, con el fin de derruir la credibilidad de la declaración del testigo en mención, el opugnador sostiene que aquel, en la entrevista que le fue recibida el 20 de febrero de 2012, relató en contrariedad con el recuento efectuado en el juicio oral, que el progenitor tenía conflictos con varias personas como consecuencia de las actividades que desarrollaba en la doble condición de prestamista y sindicalista.

La entrevista referida, no obstante, no puede ser objeto de valoración probatoria alguna, esto es, ni aun para demeritar la eficacia del testimonio de cargo. Ello, porque conforme al principio de inmediación probatoria que rige el sistema procesal penal de tendencia acusatoria de actual vigencia, por mandato del artículo 250, numeral 4, de la Carta Política, desarrollado por los artículos 8, literal k), 16, 379 y 437 de la Ley 906 de 2004, las manifestaciones previas al juicio oral no constituyen, en principio, medio de conocimiento admisible por tratarse de prueba de referencia³, que sólo es viable en alguno de los supuestos contenidos en el artículo 438 *ibídem*.

La regla aludida, conviene señalar, tiene por objeto garantizar con contenido de realidad el derecho de contradicción de las partes. Por tal razón, en términos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, es *"cierto que el citado artículo 347 señala que la información contenida en las exposiciones o declaraciones "no puede tomarse como una prueba", pero esa prohibición parte del presupuesto de que sobre ellas las partes no hayan ejercido el derecho de contrainterrogar, facultad que al tenor del artículo 393 tiene por finalidad "refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado", como clara expresión del derecho de contradicción."*⁴.

Desde luego, conforme lo ha discernido también la Corporación en cita, las entrevistas, *"a condición de su descubrimiento en el momento procesal*

³ En este sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de marzo de 2015, radicación 44.024, M.P. María del Rosario González Muñoz.

⁴ Sentencia del 9 de noviembre de 2006, radicación 25.738; y sentencia del 25 de febrero de 2015, radicación 43.269, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

oportuno, pueden utilizarse en el juicio para refrescar la memoria del testigo o impugnar credibilidad'. En consecuencia, para ese propósito es imprescindible que su contenido se haga público, de manera que "superada la posibilidad natural de controversia a partir del interrogatorio y del conainterrogatorio al declarante... se entiende incorporada la entrevista al testimonio"⁵.

En el presente asunto, sin embargo, durante la práctica del testimonio de César Augusto Madrid Rodríguez no se utilizó la entrevista aludida; más aún, ello no ocurrió para ninguno de los fines previstos en los artículos 403, numeral 4, y 392, literal d), de la Ley 906 de 2004. Esta situación procesal de manera indefectible impide entender que el contenido de la misma quedó integrada a la versión del citado deponente en el juicio oral, por consiguiente, con soporte en ella tampoco es viable plantear siquiera la posible existencia de una contradicción interna en dicha declaración.

Por otra parte, el opugnador arguye también que el mérito suasorio del testigo César Augusto Madrid Rodríguez está menguado porque incluyó en su reconstrucción de los sucesos afirmaciones que resultan divergentes. En concreto, de una parte (i), que Madrid Agudelo era propietario de un arma de fuego y sin embargo admitió en forma paralela que no tenía problemas con ninguna persona; de otra (ii), que el presunto agresor tuvo la oportunidad de atentar contra la vida del deponente cuando emprendió la persecución de aquél y a pesar de ello no abatió al único presencial del ilícito.

Al respecto, la Sala indica, en cuanto a lo primero, que no existen reglas de la lógica, ni máximas de la experiencia común, menos aún, principios de la ciencia, componentes todos de la sana crítica⁶, según los cuales quien detenta armas de fuego es porque necesaria o fatalmente tiene conflictos con terceras personas. En fin, que accede a tales artefactos como medio defensivo frente a posibles y futuros ataques.

Lo mismo afirma el Tribunal en réplica al segundo reparo, en apego al cual se afirma en últimas y con soporte en una mera especulación de la defensa,

⁵ En este sentido la sentencia del 21 de enero de 2015, radicación 40835, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-202 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

que todo autor de un homicidio propende por la simultánea eliminación de cualquier testigo presencial del crimen.

En todo caso, en este ámbito mal puede soslayarse en respuesta adicional a la censura examinada, que de acuerdo con la versión del deponente de cargo Madrid Rodríguez, luego de salir de la vivienda e identificar sin hesitación alguna al ejecutor de la embestida de la cual fue víctima el progenitor, regresó al inmueble, precisamente, en búsqueda del arma de este último. Por lo tanto, en esa reacción se advierte una circunstancia que le habría impedido al ahora enjuiciado la acción que su mandatario judicial echa de menos.

En adición, plantea la Corporación con el propósito de abundar en consideraciones, la distancia mínima que existió entre el deponente aludido y *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL* en ese específico momento de los episodios, constituyó otro factor que explicaría la ausencia en el procesado de una similar embestida orientada a abatir a Madrid Rodríguez.

Lo anterior, desde luego, de admitirse en gracia de discusión que nada desplegó el enjuiciado con esa finalidad, pues debe tenerse presente, en contraste de lo alegado por el impugnante, que el referido testigo de cargo fue contundente en sostener también que luego de reclamarle al victimario por el ataque, éste conforme lo describió el declarante en sus propios términos, *"intentó como devolverse a matarme"*. En síntesis, bien puede colegirse que existió por lo menos una exteriorización del procesado que Agudelo Rodríguez interpretó que tuvo la finalidad de atacarlo, a tal punto, de generarle *"temor"*, pero además, que lo determinó a procurarse del arma de fuego en cuya detentación inició la persecución, como lo reconstruyó en la versión procesal.

Ahora bien, retoma el Tribunal la secuencia argumentativa, la distancia entre el atacante y el hijo del occiso lo fue de 44,5 metros. Así consta en el plano topográfico (f. 17; c. pruebas) incorporado con el deponente Junier Ferley Yurlaqui Valdés (cd 3, segundo corte, records 01:26:02), quien lo elaboró con los datos suministrados por el segundo. En consecuencia, de ese hecho objetivo resulta forzoso colegir que no era una distancia corta que garantizara la efectividad de un eventual ataque contra el único presencial del homicidio y proveniente del

autor material de éste, de quien bien puede inferirse, ante las circunstancias expuestas por Agudelo Rodríguez, que estaba más preocupado en ese instante por evadir el seguimiento del cual fue objeto.

Por último y con el propósito también de menguar el mérito suasorio otorgado al testimonio de César Augusto Madrid Rodríguez, la defensa sostiene que no es creíble que *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL* sea el autor del deceso violento de Joaquín Emilio Madrid Agudelo. Ello, porque no tenía ningún móvil para la perpetración del crimen, como lo declaró el hijo del ahora occiso.

En la réplica de este argumento el Tribunal señala, en primer término, que el recurrente parte de un entendimiento ajeno a la estructura del tipo penal imputado, definido en el artículo 103 de la Ley 599 de 2000, se insiste, para cuya configuración no es necesario la existencia en el autor o partícipe de la conducta punible una finalidad distinta del dolo en el sentido previsto en el artículo 20 *ibídem*, menos aún, un designio especial constitutivo de algún ingrediente de carácter subjetivo.

En segundo lugar y, en todo caso, que en el reparo aludido el recurrente cercena el contenido material del testimonio de Madrid Rodríguez. En efecto, aunque el declarante indicó, en forma enfática además en el interrogatorio, que no existió ningún conflicto personal o directo entre el acusado y el progenitor, también atestiguó con idéntica contundencia, sobre la indisposición de *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL*, que la hizo extensiva precisamente al padre del declarante, por haber revelado a las autoridades de policía judicial, en concreto, en la URI de Copacabana, que Fernando Bedoya le entregó en mutuo al acusado un dinero y recibió en garantía una moto que se constató después era de procedencia ilícita.

En la resolución de ese incidente, por virtud del cual el deponente de cargo tuvo que asumir el pago de la suma prestada, como lo expuso también en la reconstrucción de los sucesos, acudió entonces al progenitor del enjuiciado, quien en términos de Madrid Rodríguez le indicó que *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL* "*estaba muy ofendido*" por haberlo denunciado. De igual modo y, aún más significativamente, que los iba "*a matar*".

En adición y en contraste de las alegaciones del apelante, la Sala resalta que los señalamientos de Madrid Rodríguez encuentran respaldo, de una parte, en el indicio de las manifestaciones posteriores. Ciertamente, con soporte en la versión del juicio oral del nombrado, cuya credibilidad y mérito suasorio ha sido esclarecida en precedencia, en la actuación se tiene por probado que con posterioridad al homicidio, el procesado en comunicación vía celular, amenazó al deponente y a los integrantes de su núcleo familiar. Esta intimidación estuvo orientada, sin éxito, a obtener que el primero no rindiera declaración que lo comprometiera como autor del deceso violento objeto de estas diligencias.

La misma consecuencia, esto es, de apoyo a las acusaciones provenientes del deponente de cargo, se extrae de las declaraciones de Jorge Alexander Álvarez González y del investigador fotógrafo John Dairo Díaz Almanzar (cd. 3, segundo corte, récords 02:07:06 y 55:00, respectivamente), quienes se refirieron a las manifestaciones previas a la audiencia pública obtenidas de Madrid Rodríguez, coincidentes en los aspectos sustanciales con el recuento procesal de éste. De igual modo, porque con el segundo relacionado fue introducido el álbum fotográfico del lugar de los sucesos.

Ese medio de conocimiento, explicado con suficiencia por el mencionado funcionario de policía judicial, conduce a sostener que el presencial del ilícito, Madrid Rodríguez, se encontraba en condiciones objetivas que le permitían identificar, sin remisión a duda y como lo atesta con insistencia, al autor de la conducta punible imputada (fs. 6 y 7; c. pruebas). Ello, mientras éste se ubicaba cerca de un poste del alumbrado público (f. 17; c. pruebas).

De acuerdo con lo argumentado, responde la Corporación en forma explícita a la defensa, la exposición del citado Díaz Almanzar no es prueba de referencia, que como lo tiene esclarecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal⁷, constituye una *“una excepción al principio de inmediación, en cuanto se trata de una declaración realizada por fuera del juicio, y su incorporación al proceso responde a la necesidad de probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión*

⁷ Sentencia del 25 de febrero de 2015, radicación 43.173, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, tal como lo estipula el artículo 437 de la Ley 906 de 2004'.

En fin, en palabras de la Corporación en cita, la prueba de referencia tiene por propósito "*dar a conocer un testimonio practicado por fuera del juicio, en orden a demostrar que es verdadero cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley*"⁸; situación distinta de la acontecida con el deponente John Dairo Díaz Almanzar.

La Sala arriba a esta conclusión, de una parte, porque el testigo se limitó a detallar las circunstancias y el contenido de las manifestaciones previas al juicio oral de César Augusto Madrid Rodríguez efectuadas en su presencia, más no la veracidad de las mismas. De otra y, principalmente, por cuanto con soporte en sus propias y directas percepciones aludió a las condiciones de visibilidad en el sector y hora de ocurrencia de los sucesos.

Finalmente, la imputación del resultado antijurídico al enjuiciado *RODRÍGUEZ ARISTIZABAL* encuentra corroboración adicional en otra inferencia, esto es, en prueba indiciaria, que advertido sea y como lo tiene discernido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante criterio al cual baste simplemente remitirse, no está proscrita en el estatuto instrumental penal de tendencia acusatoria⁹.

En efecto, en las presentes diligencias fue probado con el testimonio de Guillermo Alonso Gómez Vanegas que en la fecha anterior a la de perpetración del homicidio, eso es, de 8 a 9 de la noche, a aquel le fue hurtada la motocicleta Boxer de placas IXB-63B. Así mismo, que el autor de ese despojo patrimonial cometido además con violencia, fue precisamente el acusado, a quien la víctima señaló en la audiencia de juicio oral (cd 3, segundo corte, a partir del minuto 02:28:30).

Por otra parte, en la actuación fue acreditado también, en lo específico, con el recuento del antes nombrado y del policial Jorge Alexander Álvarez

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de septiembre de 2011, radicación 37.182, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de marzo de 2015, radicación 44.553, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

González (cd. 3, segundo corte, a partir del minuto 02:07:06), que dicho vehículo fue encontrado abandonado en inmediaciones del sitio de los hechos. En concreto, frente a la residencia de la deponente María Flor Marina Muñoz Sierra, quien lo atestiguó (cd. 3, segundo corte, récords 01:42:38 en adelante); más aún, ese hallazgo fue verificado inmediatamente después del homicidio, como lo afirmó la última citada, no en forma insular o única, resalta la Sala, sino en concordancia con el relato del patrullero Dairon Bañol Ladino (cd. 3, segundo corte, récords 01:57:40).

En fin, lo esclarecido sin hesitación alguna es que la motocicleta que *RODRÍGUEZ ARISTIZABAL* hurtó el día anterior al de los hechos apareció frente al lugar donde Joaquín Emilio Madrid Agudelo fue abatido. En consecuencia, a partir de ese hecho indicador puede inferirse que éste estuvo en el lugar y en el momento de perpetración de la conducta punible, máxime ante el exiguo lapso transcurrido entre uno y otro suceso, de unas pocas horas, de manera que excusada la redundancia, la Corporación afirma que en su detrimento concurre el indicio de la presencia en el sitio de comisión de la conducta punible.

En síntesis, el análisis consignado en precedencia, que integra unidad jurídica con el vertido en el fallo recurrido, conduce a reiterar la satisfacción de los requisitos contemplados en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, esto es, a sostener que está probada, más allá de toda duda, tanto la comisión del delito de homicidio imputado, como la responsabilidad atribuible a *RODRÍGUEZ ARISTIZABAL* en su comisión a título de autor.

3.2 El recurrente afirma, de otra parte, insiste la Sala, que la providencia confutada no contiene consideraciones en torno a la demostración de los hechos que se adecúan a los supuestos contenidos en el artículo 104, numerales 4 y 7, de la Ley 599 de 2000, por los cuales se emitió condena; lo que desde su perspectiva, determina el desacierto del fallo de primera instancia.

En cuanto a lo anterior, el testigo César Augusto Madrid Rodríguez adujo durante el juicio oral, que el padre del acusado, en una conversación previa a los hechos, le indicó que su hijo quería matarlo, a él y al ahora occiso, porque éstos habían denunciado a las autoridades que *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL* en garantía del préstamo de dinero que le efectuó Fernando Bedoya entregó una moto que

comprobaron después, ante la incautación por parte de las autoridades policiales, que había sido hurtada.

Esa afirmación, que resulta ser además la única prueba relativa al motivo de la comisión de los delitos objeto de la acusación, sin embargo, sí es de referencia, en tanto se trata, al tenor del artículo 437 de la Ley 906 de 2004, de una "*declaración realizada por fuera del juicio oral*", en este asunto emitida por el padre del procesado, que además, es "*utilizada para probar... las circunstancias de... agravación punitivas... cuando no sea posible practicarla en el juicio*"; empero inadmisibile, porque no se comprobó que la prueba del testimonio de aquel no habría sido "*posible practicarla en el juicio*", ni el cumplimiento de alguno de los supuestos previstos en el artículo 438 *ibídem*.

En fin, la declaración del padre del acusado, sobre la que recae la afirmación del testigo César Augusto Madrid Rodríguez, es un contenido de referencia que, por tener esa condición, según lo especificó la Corte Suprema de Justicia en conocida jurisprudencia, a la que también baste remitirse¹⁰, tiene un mérito suasorio mermado, que impide construir con base en él una prueba indiciaria, en este caso, de la existencia de un móvil de carácter fútil¹¹.

En esta línea argumentativa y ante la falta de prueba en punto al motivo del autor del punible descrito en el artículo 103 de la Ley 599 de 2000, el Tribunal lo tendrá por no configurado.

De otra parte, con respecto a la causal de intensificación punitiva del artículo 104, numeral 7, de la Ley 599 de 2000, se debe señalar que éste contempla dos comportamientos alternativos y compuestos, cualquiera de los cuales la actualiza en un caso concreto. El primero, consiste en colocar a la víctima en estado de indefensión o inferioridad; hipótesis descartada en el presente asunto, en el cual no se le atribuyó siquiera al enjuiciado alguna conducta que hubiese producido ese efecto al ocasionarle a Joaquín Emilio Madrid Agudelo las heridas mortales.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicación 25.920, M.P. Javier Zapata Ortiz.

¹¹ Según la Real Academia de la Lengua Española, "Fútil: 1. adj. De poco aprecio o importancia".

No obstante, la agravante de ninguna manera reivindica indefectiblemente que el victimario haya generado tales situaciones, es decir, de colocación del ofendido en la carencia de medios o elementos para repeler el ataque, porque también se estructura cuando el agente se aprovecha de tales condiciones; hipótesis esta última que es la afirmada por la a quo, pero que la defensa excluye en los hechos objeto del juzgamiento.

En este ámbito, la Corporación plantea que ninguna razón le asiste al recurrente al sostener que ese supuesto no se evidenció en este asunto, pues el testigo César Augusto Madrid Rodríguez afirmó que el acusado le dio muerte a la víctima mientras éste esperaba, en la madrugada, un transporte público para ir a trabajar (Cd 3, segundo corte, récords 21:34). Este deceso efectivamente y de acuerdo con las estipulaciones probatorias No. 3 y 4 (c. estipulaciones), fue consecuencia del impacto de proyectiles accionados con un arma de fuego sobre la humanidad del occiso; inclusive, el sonido del arma activada fue escuchado por la testigo María Flor Marina Muñoz, quien adujo haber percibido el sonido de "*mucha pólvora*" en la calle, a las 4 de la mañana (Cd 3, segundo corte, 01:42:38).

De tal manera que la utilización de un arma de fuego como medio para perpetrar un homicidio, de una persona que difícilmente habría podido anticipar la agresión, en razón al momento y lugar en el que se cometió el punible, y que mucho menos habría podido defenderse, constituye un hecho que se adecúa al aprovechamiento de la indefensión, al tenor del artículo 104, numeral 7, de la Ley 599 de 2000.

3.3 El opugnador de igual manera formuló reparos sobre la sentencia rebatida porque en su entender no hay sustento en los medios de prueba de la configuración de la conducta descrita en el artículo 365 *ibídem*. En concreto, pues el hecho sobre el que versó la estipulación probatoria No. 6, a saber, que el enjuiciado *RODRÍGUEZ ARISTIZÁBAL* no está autorizado para portar armas, no es suficiente. En cambio, era requerido, en adición y en su opinión, que se demostraran las circunstancias del porte y las características del arma de fuego.

Al respecto, la Sala concuerda en que al tenor del artículo 365 de la Ley 599 de 2000, es necesario demostrar, no sólo la falta de autorización para portar

armas, sino también, la comisión de al menos alguno de los verbos rectores contenidos en dicha disposición, a saber "*que... importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, **porte** o tenga en un lugar **armas de fuego de defensa personal, sus partes, esenciales, accesorios esenciales o municiones***". No obstante, como lo indica el no recurrente, en el presente evento esa carga fue cumplida por el titular de la acción penal.

Es así como por medio del testimonio de César Augusto Madrid Rodríguez, éste hizo saber que vio al perpetrador del homicidio en el porte de un arma de fuego, que identifica como la usada en la comisión del punible. Esta atestación resulta creíble, de una parte, porque el mismo deponente afirmó que aquel pretendió utilizarla igualmente en su contra; de otra, por cuanto un artefacto de tal naturaleza fue el empleado para ocasionarle a Madrid Agudelo las heridas que determinaron el deceso, como se tuvo por acreditado por vía de estipulación probatoria.

En cambio, se equivoca el apelante cuando extraña la prueba del tipo de arma de fuego, toda vez que, como se evidencia en descripción típica, no existe un elemento que exija una cualificación especial de ésta; únicamente, se insiste, que se trate, en este caso, de un arma de fuego de defensa personal. Por ello, resultan intrascendentes las calidades accidentales de aquella. Ello significa, acepta el Tribunal, que aunque no obra prueba alguna en torno a las características del arma de fuego, su ausencia no impide adecuar la conducta descrita en el supuesto contenido en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000.

Por lo argumentado, en armonía con lo concluido por la funcionaria de conocimiento en relación con el porte ilegal del arma de fuego, la Sala encuentra configurada la responsabilidad penal del acusado como autor del punible en referencia; desde luego, en su forma simple, no agravada, pues la causal de intensificación punitiva de la que se prescindió en la providencia revisada, no fue objeto de inconformidad de las partes e intervinientes.

3.4 Finalmente, resta añadir que se mantendrá la dosificación punitiva efectuada en el fallo de la quo. Lo anterior, por cuanto a pesar de lo colegido en punto a la no configuración del agravante contenido en el artículo 104, numeral 4,

de la Ley 599 de 2000, respecto del cual se impone la aclaración de la sentencia, ante la concurrencia en cambio de la contemplada en el numeral 7, ibídem, en atención además de lo establecido en el artículo 60 ejusdem, los extremos de la pena atendidos para los efectos indicados se mantienen incólumes.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR el fallo de fecha, naturaleza y origen indicados con la **ACLARACIÓN** en el sentido indicado en las motivaciones que anteceden, de no concurrir la circunstancia de agravación del homicidio prevista en el artículo 104, numeral 7, de la Ley 599 de 2000.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación en los términos y condiciones previstas en la Ley 1395 de 2010. La notificación queda surtida en estrados sin perjuicio de la que deba intentarse en forma personal en apego al artículo 169 de la Ley 906 de 2004.

Devuélvase la actuación en forma oportuna al Juzgado de origen y cúmplase.

MARCO ANTONIO RUEDA SOTO

Magistrado

CARLOS HÉCTOR TAMAYO MEDINA

Magistrado

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

Magistrado