



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

SP651-2022

Radicación # 57079

Acta 54

Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de dos mil veintidós (2022).

VISTOS:

La Sala se pronuncia sobre la demanda de casación presentada por el defensor de JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó el 23 de octubre de 2019, mediante la cual confirmó la condena que le impuso el Juzgado 2° Penal del Circuito de Quibdó con Función de Conocimiento el 15 de junio de 2018 como autor del delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones* y revocó la absolución emitida en su favor por el delito de *homicidio agravado* para, en su lugar, condenarlo, por primera vez, como autor de dicha conducta.

HECHOS:

En la noche del 29 de noviembre de 2014 se originó un altercado entre Leison Antonio Caicedo Córdoba y JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA en el establecimiento de comercio *Carbonay*, ubicado en el barrio *El Jardín*, sector *Las Camelias* de Quibdó. La discusión terminó cuando Caicedo Córdoba salió hacia su residencia, seguido lo cual BOTERO ARBOLEDA se alejó del lugar.

Sin embargo, entre las 12:30 y la 1:00 de la mañana del día siguiente, luego de que Leison Antonio Caicedo Córdoba regresara a *Carbonay*, fue abordado por JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA, quien sin mediar palabra le disparó en repetidas oportunidades para, inmediatamente, emprender la huida a bordo de una motocicleta. Producto de las heridas ocasionadas Leison Antonio Caicedo Córdoba falleció.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El 6 de noviembre de 2015, ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Quibdó con Función de Control de Garantías, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA como presunto autor de los delitos de *homicidio agravado por la indefensión* –Arts. 103 y 104-7 de la Ley 599 de 2000–, en concurso con *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones* –Art. 365–. El implicado no aceptó los cargos.

El 4 de enero de 2016 la Fiscalía 2ª Seccional de Quibdó radicó escrito de acusación contra el procesado, en el que adicionó al cargo de homicidio la causal de agravación concerniente a la futilidad —Art. 104-4—, cuya verbalización se agotó el 29 de enero siguiente ante el Juzgado 2º Penal del Circuito de Quibdó con Función de Conocimiento.

La audiencia preparatoria se realizó el 7 de julio de 2016 y la de juicio oral en sesiones del 3 de noviembre de ese año, 29 de marzo y 5 y 14 de junio de 2017. El 7 de diciembre próximo el juzgado de primera instancia anunció el sentido condenatorio del fallo únicamente respecto del delito contra la seguridad pública y absolvió al implicado por el de *homicidio agravado*.

Finalmente, el 15 de junio de 2018 dictó sentencia contra JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA como autor de la conducta de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones*. En consecuencia, le impuso la pena principal de 117 meses de prisión, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años. El despacho le negó la suspensión condicional de la pena y el sustituto de prisión domiciliaria.

En desacuerdo, la Fiscalía 2ª Seccional de Quibdó impugnó la anterior determinación y el 23 de octubre de 2019 la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad la revocó parcialmente. En su lugar, condenó a JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA a la pena principal de 415 meses de

prisión como autor del delito de *homicidio agravado por la posición de indefensión en que se situó a la víctima* —Arts. 103 y 104-7— en concurso con *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones* —Art. 365— e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad.

La segunda instancia desechó la configuración de la causal de agravación contenida en el numeral 4° del artículo 104 de la Ley 599 de 2000. Por otra parte, señaló que contra su decisión sólo procedía «*el recurso extraordinario de casación*», lo que motivó al defensor a su interposición el 25 de noviembre de 2019. Sin embargo, en la sustentación radicada el 20 de enero siguiente cuestionó dicha actuación y requirió que se emitiera una decisión de *segunda instancia* a partir de los argumentos desarrollados en la demanda de casación.

El 11 de agosto de 2021 la Sala admitió el cargo propuesto por la defensa de JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA exclusivamente por el delito de *homicidio agravado* por el que fue condenado, por primera vez y en segunda instancia, en el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó el 23 de octubre de 2019. Asimismo, a fin de garantizar el derecho a la doble conformidad, se dispuso aplicar al presente asunto el trámite descrito en el artículo 3.1 del Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020.

Cumplido lo anterior, el 26 de octubre del mismo año el asunto quedó a disposición de la Sala para su resolución.

SENTENCIA IMPUGNADA:

Contrario a lo indicado por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Quibdó con Función de Conocimiento, la Sala Penal del Tribunal Superior de ese distrito judicial encontró, de una parte, que en el caso examinado se incumplen las condiciones necesarias para admitir la estructuración de la legítima defensa y, de otra, que no está dado aplicar la teoría de la autopuesta en peligro de la víctima.

Sobre el *primer aspecto*, resaltó que de la valoración conjunta de las pruebas practicadas durante el juicio se infiere que no existió un ataque sorpresivo o inminente por parte de Leison Antonio Caicedo Córdoba hacia JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA más allá de las provocaciones e insultos mutuos mediados por la desmedida ingesta de licor. Asimismo, advirtió que la personalidad violenta que se le atribuye a la víctima en el fallo de primer nivel no tiene sustento probatorio.

Por otra parte, consideró que el actuar del procesado no se corresponde con el de una persona prudente, pues luego de una acalorada discusión con la víctima que lo llevó a abandonar el establecimiento de comercio en el que se encontraban, decidió regresar, portando un arma sin el permiso pertinente y visiblemente alicorado.

Además, refirió que el dictamen de medicina legal reseña más de un orificio de entrada, lo cual demuestra que BOTERO ARBOLEDA le propinó un primer disparo a Caicedo Córdoba con el fin de dejarlo en estado de indefensión y, sin mediar necesidad ni proporcionalidad, le disparó nuevamente para causarle la muerte, con lo cual desdibujó que actuó para proteger el bien jurídico de la vida.

Sumado a lo anterior, subrayó que si bien algunos testimonios dan cuenta de que Leison Caicedo Córdoba portaba un arma de fuego, ninguno de los deponentes declaró que lo vio desenfundarla o apuntarla contra el procesado, *«nadie, ni siquiera el acusado explicó qué clase de agresión existió, solamente que lo vio con un arma, sin precisar en qué punto, si lejos o cerca, si era inminente la necesidad de defenderse, entonces nada se aseguró sobre la actualidad y menos de la entidad de dicha agresión»*.

En este punto, el Tribunal cuestionó que el procesado, pese a situar su defensa en que actuó en legítima salvaguarda de su integridad, huyó del lugar de los hechos inmediatamente, evadió a las autoridades durante casi un año y le disparó a la víctima por la espalda, acorde con los hallazgos del médico legista.

Finalmente, en torno a la teoría de la autopuesta en peligro, expuso que *«tal situación no se configuró en la cadena de hechos que tuvieron como consecuencia final la muerte violenta del señor Leison Antonio Caicedo Córdoba. Y es que no puede endilgársele culpa a la víctima, cuando ésta decide regresar a un sitio público, pues más*

allá de la riña que previamente tuvo con el hoy procesado, tal acto per se no tenía la vocación suficiente para insertar en la psiquis del señor Leison que debía protegerse del ataque del cual fue víctima (...)».

Colmados los presupuestos para emitir condena contra BOTERO ARBOLEDA como autor del delito de *homicidio*, se ocupó el Tribunal de las causales de agravación esgrimidas por la Fiscalía.

Así, concluyó que la prevista en el numeral 4° del artículo 104 de la Ley 599 de 2000 no se halla configurada, en razón a que la agresión fue producto de la riña que previamente habían sostenido los involucrados y no por otro motivo. Determinó que la causal de que trata el numeral 7° sí se estructuró, por cuanto el procesado, después de propinarle el primer impacto dejó a Caicedo Córdoba en situación de indefensión y, sin mediar justificación, le volvió a disparar, ocasionándole la muerte.

Entonces, ubicado entre los extremos de movilidad punitiva para el delito de *homicidio agravado*, esto es, de 400 a 600 meses, el Tribunal condenó a JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA a la sanción mínima prevista aumentada en 15 meses por el concurso con el delito de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, para un total de 415 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. En todo lo demás, confirmó el fallo del Juzgado 2° Penal del Circuito de Quibdó con Función de Conocimiento.

LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL:

El defensor solicitó la revocatoria del fallo condenatorio y la absolución de su asistido, para lo cual formuló cinco cargos contra el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó.

Cargo primero: Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

Con fundamento en el numeral 2° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 acusó el proveído de segunda instancia de carecer de motivación respecto de la agravante descrita en el numeral 7° del artículo 104 de la Ley 599 de 2000 y violentar el principio de congruencia.

En sustento, destacó que el fallo controvertido incurrió en una motivación incompleta, por cuanto no expuso adecuadamente la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica necesaria para soportar la configuración de la mencionada agravante. Propuso, además, que éste admite cuatro hipótesis disimiles que deben acreditarse en debida forma, a saber: *(i)* el procesado puso a la víctima en situación de indefensión o *(ii)* inferioridad o, estando el sujeto pasivo en alguno de estos escenarios, *(iii)* se aprovechó de su indefensión o *(iv)* inferioridad.

No obstante, afirmó que el Tribunal no desarrolló ninguna de las antedichas circunstancias. Simplemente se

limitó a manifestar «*que JUAN CARLOS había DEJADO a la víctima en ese estado, de forma premeditada, para poder ultimarla, cuando ese no fue el supuesto fáctico ni jurídico de dicha agravante desde el principio, por lo que es menester, utilizar el remedio extremo de la nulidad*».

En torno al desconocimiento del principio de congruencia, arguyó que durante la audiencia de formulación de imputación, la Fiscalía 2ª Seccional de Quibdó le comunicó al procesado la atribución de cargos como autor de las conductas de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y homicidio agravado por la futilidad*, acorde con el numeral 4º del artículo 104 de la Ley 599 de 2000. Aclaró, entonces, que la agravante de que trata el numeral 7º de dicha normativa fue *adicionada* de manera injustificada en el escrito de acusación y la audiencia en que se verbalizo éste.

Sumado a ello, precisó que durante la diligencia de imputación de cargos la Fiscalía no hizo referencia de manera clara y concisa a supuestos de hecho relacionados con la causal de agravación que sobrevino en la acusación, lo que, en su criterio, afectó el núcleo fáctico de la imputación. Esta incorrección, agregó el apoderado del recurrente, afectó gravemente los principios de congruencia y debido proceso, todo lo cual impone la invalidación de lo actuado.

Solicitó, por ende, que se case parcialmente la sentencia condenatoria y se emita una decisión de reemplazo que

modifique la pena impuesta sin tener en cuenta la agravante del artículo 104-7 del código de las penas.

Cargo segundo: *Violación directa de la ley por falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.*

Al amparo del numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el casacionista afirmó que el fallo de segunda instancia inaplicó el artículo 32-6 de la Ley 599 de 2000, que excluye la responsabilidad penal cuando el sujeto activo «*obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión*». En sustento, presentó los siguientes razonamientos:

1) La personalidad violenta y conflictiva de Leison Antonio Caicedo Córdoba constituye un hecho indicador que robustece la teoría de la defensa, acorde con la cual fue él quien inicialmente «*esgrimió un artefacto con las características de un arma de fuego*».

En otras palabras, explicó que si bien ello por sí sólo no probaría que el acusado actuó en legítima defensa, sí permite sostener que «*Leison Antonio, después de haber tenido un altercado con el procesado, de forma premeditada se dirige a su casa, y se regresa con lo que al parecer era un arma de fuego, al punto, que no tuvo pudor alguno, en que le fuera visible por terceros que se encontraban en dicho*

lugar», tal y como fue declarado en juicio, entre otros, por la testigo Olga Luz Molina.

2) Sí existió actualidad e inmediatez en el actuar defensivo del procesado. Señaló que debe tenerse en cuenta el momento en que JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA ingresó nuevamente al establecimiento de comercio, bajo la errada convicción de que Leison Antonio Caicedo Córdoba se había marchado, y éste *«le esgrime contra su humanidad, un artefacto, que como el mismo dijera en juicio, parecía un arma de fuego. Teniendo que reaccionar para preservar su vida antes que la de los demás»*.

3) Durante el juicio se probó que el sujeto pasivo portaba un *«juguete bélico o arma de juguete»*, no siéndole reprochable al procesado que haya reaccionado sin verificar que no era idónea para poner en riesgo su integridad.

4) El dictamen médico legal demuestra que el primer disparo tuvo lugar estando los implicados uno frente al otro, en tanto penetró el labio superior y no, como sugiere el Tribunal, la espalda. Agregó que el impacto obligó al cuerpo de Caicedo Córdoba a girar repentinamente de izquierda a derecha debido al impulso y potencia del proyectil, poniendo a la víctima de espaldas al procesado, lo cual explica porqué la segunda descarga impactó la parte izquierda dorsal, atravesando el corazón y saliendo por el tórax.

Este hecho, aseguró, demuestra que el procesado actuó bajo la necesidad de resguardar su vida.

Refutó que se considere desproporcionado que BOTERO ARBOLEDA haya efectuado dos disparos, cuando lo cierto es que no tenía como saber, en ese momento, si el primer disparo era suficiente para repeler el ataque a su integridad.

5) La actuación defensiva desplegada por el procesado no fue injusta, en razón a que trató de evitar la confrontación. Así lo sostiene el testigo Jhovanny Andrés Valencia Chalá, quien atestó que luego de marcharse del establecimiento de comercio donde habían tenido un altercado, JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA lo llamó con el propósito de establecer si Leison Antonio Caicedo Córdoba se encontraba allí. Fue así, que sólo al corroborar que se había ido regresó, con tal mala suerte que en el entretanto Leison volvió de manera repentina sin lograr ser puesto en sobre aviso por parte de sus amigos.

6) Al estar probado que el acusado actuó al amparo de la eximente de responsabilidad aludida debe ser absuelto por el delito de porte ilegal de armas *«ya que sería un exabrupto jurídico, como ocurrió con la primera instancia, que al reconocerle que existió el ejercicio de un derecho de rango constitucional, como la legítima defensa, que para ejercitarlo, se vio necesariamente valido de un arma de fuego, se le absuelva por lo principal y se le condene por lo accesorio»*.

Solicitó, por tanto, que se case la sentencia y se absuelva al procesado de los cargos atribuidos.

Cargo tercero: *Violación directa de la ley por falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.*

Soportado en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurrente señaló que la sentencia de segunda instancia inaplicó el principio de *in dubio pro reo*, dada la ausencia de prueba testimonial, técnica, médica o científica sobre el conocimiento y voluntad de JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA de acabar con la vida de Leison Antonio Caicedo Córdoba. Las dudas planteadas por la defensa se pueden resumir de la siguiente manera:

1) El testigo Alexánder Torres Moreno expuso en juicio que vio a la víctima portando un arma al momento de los hechos, evento que debió tenerse en favor de los intereses del condenado. Sin embargo, no fue objeto de valoración por parte del Tribunal. Por el contrario, afirmó el recurrente que *«no supo explicar el ad quem por qué el testigo estrella de la Fiscalía, termina siendo desechado por el mismo ente acusador, esto es, el señor Alexánder Torres Moreno, como lo sostuvo el juez de primera instancia, quien le cuestiona la falta de investigación integral en la escena del delito, al no incautar, embalar, rotular y someter a cadena de custodia el juguete bélico que encontró este testigo»*.

2) *«Varios testigos»* precisaron que Leison Antonio Caicedo Córdoba fue quien inició el altercado, dada su personalidad conflictiva, *«lo que deja un manto de dudas sobre en qué momento exacto se dio inicio a la contienda mortal»; cuándo*

Leison esgrimió el arma de juguete contra el procesado; dónde se ubicó éste cuando regresó al establecimiento de comercio, o quiénes estaban alrededor de los implicados cuando percutieron los disparos.

En conclusión, alegó que tales dudas coexistieron durante el juicio público, pero no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal en favor del procesado, sino que, contrariando mencionado principio de raigambre constitucional, fueron *rectificadas* a partir de apreciaciones personales. En consecuencia, solicitó casar la sentencia recurrida y, en su lugar, emitir un fallo de reemplazo.

Cargo cuarto: *Violación directa de la ley por falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitución o legal, llamada a regular el caso.*

También con apoyo en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 acusó el fallo del Tribunal Superior de Quibdó de indebida aplicación de los artículos 51 y 52 de la Ley 599 de 2000, por cuanto la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas excedió ostensiblemente el máximo de 20 años previsto por el legislador.

Reclamó, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia modificando la pena accesoria conforme la normativa pertinente.

Cargo quinto: *Violación indirecta de la ley por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.*

A partir del numeral 3° del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal vigente acusó a la providencia de segunda instancia de incurrir en dos falsos juicios de identidad, relacionados con las declaraciones de los testigos Óscar Alberto Molina Serna y Marlon Blandón Romana.

En lo tocante a lo expuesto por Óscar Alberto Molina Serna durante el juicio, aseguró que la Corporación judicial cercenó varios apartes de su dicho —que fueron profusamente transcritos en los folios 57 a 61 de la demanda—, los cuales resultan de vital importancia, pues sin asomo de duda el deponente refiere que vio al procesado con un arma de fuego y, mucho menos, accionándola contra la víctima. Esto, en criterio de la defensa, mantiene incólume la presunción de inocencia en cabeza de su prohijado.

Continuó disertando que *«no sirvió el esfuerzo del ad quem por edificar el juicio de reproche en contra del procesado por medio de este testigo, pues si bien es cierto al parecer en una entrevista que rindió con anterioridad, presentaría dudas significativas, éstas no pudieron haber sido valoradas por el ad quem, ya que el procedimiento para impugnar credibilidad fue todo un desacierto»*.

Respecto al testigo Marlon Blandón Romana señaló, igualmente, que el Tribunal cercenó su testimonio. Para la

demostración del cargo trasliteró apartes tanto del interrogatorio directo efectuado por la Fiscalía General de la Nación como del conainterrogatorio de la defensa —Fl. 62 a 69 de la demanda—, con el propósito de demostrar que de haberse valorado en su integridad y literalidad la única conclusión posible es *«que este testigo no pudo jamás haber observado lo que manifestó dentro del juicio público»*.

En primer lugar, porque sostuvo que el procesado hizo cuatro detonaciones, tres de ellas contra Leison Antonio Caicedo Córdoba, pese a que el dictamen de medicina legal sólo da cuenta de dos impactos por arma de fuego.

En segundo término, arguyó que el declarante no logró precisar aspectos fundamentales *«que debieron haber sido expuestos por cualquier persona que presencie esta clase de circunstancias, como haber dado claridad sobre las trayectorias de los disparos, y la forma en que se le disparó a la víctima»*. En oposición, aseguró que a Leison Antonio Caicedo Córdoba se le hirió inicialmente en la cabeza y, ya tendido en el piso, se le propinaron dos disparos más, luego de lo cual varió su versión e indicó que el procesado le disparó de frente en la cabeza. A partir de ello, refirió que el testigo constantemente intentó *«construir una hipótesis creíble y coherente, pero realmente raya con los demás medios de prueba. Sin dejar de decir que levanta suspicacias que hubiera sostenido su versión sólo meses después ante la fiscalía, cuando el mismo reconoce haber recibido “presiones” de los familiares»*.

En ese orden resaltó, a modo de ejemplo, que contrariando el sentido común el declarante aseveró que después de acaecidos los hechos la administradora del establecimiento de comercio siguió despachando con normalidad.

Por todo lo anterior, pidió que se case la determinación judicial de segunda instancia y se absuelva al procesado.

Petición especial.

Por cuanto se trata de la primera condena proferida en segunda instancia respecto al delito de homicidio agravado, el apoderado del procesado solicitó que se imprima al presente recurso el trámite de impugnación especial.

TRASLADO A LOS NO RECURRENTE:

1. Fiscalía General de la Nación:

La Fiscalía Séptima Delegada ante la Corte Suprema de Justicia efectuó las siguientes apreciaciones sobre los planteamientos del recurrente:

1.1. De las posibles nulidades por insuficiente motivación e incongruencia.

Respecto a la agravante descrita en el numeral 7° del artículo 104 de la Ley 599 de 2000 y en consonancia con lo resuelto por el Tribunal, indicó que el procesado se

aprovechó de la preexistente condición de indefensión en que se encontraba la víctima para dispararle de manera intempestiva y huir en su motocicleta.

Lo anterior, explicó, se deduce de la prueba pericial y testimonial acopiada en el juicio que da cuenta de los siguientes aspectos: «i) la premeditación del agresor que lo lleva de nuevo al establecimiento para ultimar a su víctima, con quien horas antes había discutido, y que descarta el posible dolo de ímpetu; ii) su irrupción sorpresiva en dicho lugar y solo para acometer tal acción homicida; iii) las amenazas de muerte previas y exhibición a la víctima del arma de fuego, mucho antes de la perpetración del homicidio; iv) el estado de ebriedad de la víctima reducía su capacidad de reacción y con ello sus posibilidades defensivas, y v) el que al momento del atentado homicida este se encontraba desprevenido departiendo con otras personas en el establecimiento comercial donde se realizó el ilícito».

Al margen, controvirtió que el juez plural haya desconocido la instantaneidad con que se perpetró el crimen y, en su lugar, haya fraccionado en dos momentos la comisión del ilícito, bajo la errada convicción de que el primer disparo propinado a Caicedo Córdoba buscaba ponerlo en condiciones de indefensión para luego, proceder a ultimararlo con la segunda detonación, cuando lo cierto es que, como se indicó, se aprovechó de que se encontraba indefenso.

Aseguró que el fallo recurrido resulta claro y atinado respecto de la argumentación, estructuración y condena, además de respetuoso de los derechos de defensa y contradicción. Por otra parte, rechazó la alegada afectación al principio de congruencia, pues si bien la agravante

discutida no fue incluida en la formulación de imputación «*sí se advierte sugerida en el núcleo fáctico de los hechos comunicados y fue objeto de adición en el escrito de acusación y en la vista pública de formulación de acusación, al igual que en las intervenciones subsiguientes del delegado acusado*». Concluyó, por tanto, que tal adición se acopla al concepto de «*ajustes de legalidad*» ampliamente admitido por la jurisprudencia de la Sala.

1.2. Sobre la posible auto-puesta en peligro de la víctima y la legítima defensa.

En consonancia con el riguroso examen adelantado por el Tribunal al inspeccionar los requisitos exigidos para la estructuración de dichos institutos jurídicos, la Fiscalía sostuvo que no se reúnen los elementos fácticos ni los presupuestos legales para reconocer su configuración. Incluso, resaltó que «*pese a negarlo durante casi toda la actuación*», BOTERO ARBOLEDA terminó por reconocer que fue la persona que accionó el arma contra la víctima.

1.3. De la aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Aclaró que el censor construyó las supuestas dudas o contradicciones que favorecen al procesado a partir de algunas referencias contenidas en el fallo recurrido respecto de los planteamientos del defensor y del juez de primera instancia. Sin embargo, omitió que el Tribunal abordó su estudio *en gracia de discusión*, lo cual de ninguna manera equivale a dar por cierto lo dicho.

Además, las pruebas acopiadas demuestran la responsabilidad del recurrente y desmienten que actuó amparado en una causal de ausencia de responsabilidad, pues, inclusive bajo la hipótesis de que la víctima se encontraba portando un arma al momento de los hechos, no hay evidencia de que la desenfundó.

Concluyó que para la resolución del caso concreto es indiferente quién inició la discusión la noche anterior o la personalidad conflictiva de la víctima, por cuanto ello en sí mismo no perturba el núcleo fáctico en que se perpetró la conducta. No así, consideró revelador que con anterioridad a los hechos el procesado trajera consigo un arma de fuego, no de juguete como se le achaca infundadamente a la víctima, sin permiso de la autoridad competente.

1.4. Sobre la errónea dosificación de la pena accesoria de inhabilidad en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Con sustento en los artículos 51, 52 y 59 del Código Penal, coadyuvó el cargo planteado y solicitó que se case parcialmente la sentencia atacada respecto de este cargo por desconocimiento del principio de legalidad de la pena en lo que comporta la sanción accesoria impuesta.

1.5. De los posibles falsos juicios de identidad.

En primer término, la Fiscalía advirtió que las alegaciones esbozadas como fundamento del cargo se

circunscriben al ámbito de la legítima defensa como eximente de responsabilidad. Específicamente, sobre el cumplimiento o no de los presupuestos legales requeridos para su estructuración en el presente caso.

En ese orden, exaltó el análisis probatorio propuesto por el Tribunal, dado que resalta la inexistencia de elementos de juicio respecto de algún acto de provocación o ataque previo por parte de la víctima contra el recurrente. Lo único probado, continuó señalando, es que tanto los involucrados como los testigos consumieron bebidas embriagantes y que JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA, tras haberse marchado luego de la discusión inicial, regresó al lugar de los hechos y accionó su arma contra Leison Antonio Caicedo Córdoba. Esto, pese a su intento de desvirtuar ese hecho a partir del testimonio de Jhovanny Andrés Valencia Chala.

Como elementos cruciales que sí están probados, enunció el porte ilegal de armas por parte del condenado y, especialmente, el hecho de que la llevara consigo mientras ingería licor sin tener en cuenta el riesgo que ello representaba para quienes departían con él, como la víctima. Aclaró que *«la certeza exigida para dictar sentencia condenatoria se ha de medir en términos relativos, que no absolutos, a partir de la recreación procesal y probatoria de los hechos, lo cual no riñe con la idea de que un testigo pueda incurrir en aparentes o leves contradicciones»*.

Defendió, a su turno, el análisis probatorio en que se soportó el proveído de segunda instancia y que permitió otorgarles credibilidad a las declaraciones de los testigos

Marlon Blandón Romaña y Óscar Alberto Molina Serna. Por último, resaltó que la controversia gira en torno a falsos raciocinios y no, como sugirió la defensa, en falsos juicios de identidad.

Demandó, por tanto, que se case parcialmente la sentencia condenatoria emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó, únicamente por el cuarto cargo propuesto relativo a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

2. Ministerio Público:

La Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal coadyuvó la prosperidad de los cargos *primero* y *cuarto* y se opuso a la prosperidad de los cargos *segundo*, *tercero* y *quinto*.

Frente al cargo *primero* razonó, tal como lo expuso la defensa, que la atribución de responsabilidad soportada en el numeral 7° del artículo 104 de la Ley 599 de 2000 no integró los aspectos fácticos y jurídicos enrostrados a BOTERO ARBOLEDA durante la audiencia de formulación de imputación. Esta circunstancia de intensificación punitiva, advirtió, sólo fue contemplada en el escrito de acusación y su verbalización. Por tanto, concluyó que el fallo atacado vulneró los principios de congruencia y debido proceso en cabeza del enjuiciado, resultando procedente emitir un fallo de reemplazo.

Asimismo, respecto del *segundo* cargo, resaltó que en la sentencia recurrida se estableció como pena accesoria imponible la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal de prisión, sanción que al haberse fijado en 34 años y 5 meses, supera ampliamente el tope máximo de 20 años contenido en el artículo 51 de la Ley 906 de 2004.

En lo tocante a los cargos *segundo* y *tercero*, destacó que, pese a gravitar su fundamentación en torno a la causal primera de casación contenida en el artículo 181 de la normativa procesal aplicable, su demostración se aparta del aspecto puramente jurídico y trasciende a la valoración personal del libelista sobre la forma como debieron justipreciarse los diversos medios de prueba practicados.

Al margen, señaló que el hecho de que el procesado haya dejado el lugar de los hechos para regresar portando un arma de fuego *«denota el premeditado ánimo conflictivo y violento que acompañaba al sujeto para ese específico momento. En tanto que, contrario a lo argüido por el demandante, de las diligencias no obra demostración del hecho principal conforme al cual, para el preciso momento de los acontecimientos, el señor CAICEDO CÓRDOBA portara arma de fuego alguna y que, en forma correlativa, hubiera desenfundado la misma en dirección al señor BOTERO ARBOLEDA»*, supuesto de hecho que impide sostener la tesis de legítima defensa y exceso en la legítima defensa, cuyo reconocimiento pretende el apoderado del condenado.

Por último, frente al cargo *quinto*, precisó que los errores denunciados se ofrecen intrascendentes, en razón a que la declaratoria de responsabilidad penal se edificó a partir de las pruebas que demuestran que «*el acusado ingresó al establecimiento de comercio en cuestión y, sin que mediara discusión alguna con el señor CAICEDO CÓRDOBA, procedió a obturar un arma de fuego en contra de tal. Ello con independencia del número de disparos realizados por el agresor, la trayectoria de esos proyectiles, la posición de la víctima, la cantidad de proyectiles que ingresaron al cuerpo de este o que los testigos puedan identificar o no el arma portada por el atacante*».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La Sala es competente para resolver la impugnación especial de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de la primera sentencia de condena proferida por el Tribunal Superior de Quibdó en contra de JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA como autor del delito de *homicidio agravado*.

Para el efecto, abordará los reproches enunciados por el apoderado del procesado a partir del examen de los siguientes aspectos: (i) configuración del instituto jurídico de legítima defensa, su aplicación como causal de ausencia de responsabilidad y viabilidad de reconocer en favor del procesado el principio rector de *in dubio pro reo*; (ii) vulneración del principio de congruencia y falta de motivación de la agravante atribuida al procesado y, (iii) legalidad de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta.

(i) Configuración de instituto jurídico de legítima defensa, su aplicabilidad al caso concreto y reconocimiento en favor del procesado del principio rector de *in dubio pro reo*.

El artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal, entre otros casos, cuando «*se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión*». Se trata, entonces, de un derecho que la ley confiere a las personas para proteger un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno, puesto en riesgo por causa de una agresión antijurídica, actual o inminente, no salvable de otro modo, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión.

Requiere para su configuración, por tanto, la existencia *i)* de una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional de puesta en peligro de algún bien jurídico individual; *ii)* de naturaleza actual o inminente, vale decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún exista la posibilidad de protegerlo; *iii)* que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice; *iv)* que la defensa sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como al tipo de agresión, y *v)* que ésta no haya sido provocada (SP1784-2019).

Con los testimonios vertidos durante el juicio oral, incluido el del procesado, se demostró que pasadas las 11:00 de la noche del 29 de noviembre de 2014 en el establecimiento comercial ubicado en la esquina de la carrera 16 con calle 24 de Quibdó, JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA y Leison Antonio Caicedo Córdoba sostuvieron una fuerte discusión, por virtud de la cual se retiraron y volvieron una hora después, momento en que el primero le propinó dos disparos al segundo, ocasionándole la muerte.

Bajo esas circunstancias, el debate probatorio demanda establecer si después del enfrentamiento verbal que sostuvieron JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA y Leison Antonio Caicedo Córdoba al interior del restaurante *Carbonay*, el primero se marchó en busca de un arma de fuego para regresar y ultimar a su contrincante, como afirma la Fiscalía, o si los disparos se produjeron como contestación al ataque con arma de fuego iniciado por la víctima contra el acusado, como sostuvo éste en su testimonio.

En sustento de esta última hipótesis, la defensa presentó los testimonios de Jhovanny Andrés Valencia Chalá y JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA. Éstos, al unísono, afirman que estaban sentados en una mesa aladaña a la víctima cuando ésta, sin motivo aparente, apuntó un arma contra el procesado. Valencia Chalá agregó que inmediatamente se incorporó, corrió hacia la parte baja de la calle y se detuvo tras percibir las detonaciones. Por su parte, el enjuiciado dice que Caicedo Córdoba accionó el arma en

su contra, con tan mala suerte que no percutió, lo que le dio tiempo de tomar la suya y dispararle dos veces.

En detalle, Jhovanny Andrés Valencia Chalá dijo que el 30 de noviembre de 2014 se encontraba «*rapimoteando*» cuando, pasadas las 8:00 de la noche pasó frente a *Carbonay*. En ese momento, JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA lo llamó y lo invitó a ver un partido de fútbol. Señaló que al entrar vio a Leison Antonio Caicedo Córdoba sentado con Óscar Molina Serna «*prácticamente borrachos*» y se situaron todos juntos. Al rato, se les unieron unos familiares de Molina Córdoba y, finalmente, decidieron seguir la fiesta en la casa de uno de ellos.

Indicó que, como Leison Antonio Caicedo Córdoba estaba repartiendo la botella de licor que BOTERO ARBOLEDA había comprado, éste le reclamó y se trabaron en una discusión acalorada. Testificó que en todo momento el afectado se mostró muy alterado, en tanto el acusado intentaba aplacar la situación, al punto que se va en su moto para ponerle fin, seguido de lo cual el occiso también sale rumbo a su casa.

Dio cuenta, además, de la personalidad problemática de la víctima, quien era conocido en el barrio por la agresividad mostrada cuando ingería alcohol.

Continuó relatando que JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA lo llamó para preguntarle si Caicedo Córdoba seguía en el lugar y él le informó que ya se había marchado,

por lo que quedaron de reencontrarse allí. Entre tanto, Leison Antonio Caicedo Córdoba regresó y se sentó junto a Óscar Molina Serna, quien estaba *«borracho, borracho (...) que se quedó hasta dormido ahí»*. Aseguró que no tuvo tiempo de avisarle a su amigo sobre el retorno de la víctima, porque inmediatamente llegó en su motocicleta.

Dijo que el enjuiciado ingresó al establecimiento y cuando estaba sacando la silla para sentarse *«el señor Leison llega y apunta con un revólver»*, por lo que instintivamente se incorporó y corrió hacia abajo aterrorizado, hasta cuando escuchó los disparos. Refirió que como había dejado su moto en la esquina subió y *«cuando llegó y veo que el muerto es Leison yo cojo mi moto y me voy, porque obviamente como yo estaba compartiendo con Juan Carlos, pues obviamente no se sabía que iba a pensar la gente»*.

Sobre su relación con el acusado, aclaró que trabajaron juntos en obra blanca.

El defensor interrogó a su testigo sobre las razones por las cuales, en una entrevista rendida a esa bancada el 12 de octubre de 2015 efectuó un relato diferente acerca de lo acontecido. Al respecto, dijo que no quería meterse en *«problemas»*, pero luego de hablar con su familia decidió exponer la verdad. Resaltó, asimismo, que dicha entrevista no la prestó bajo la gravedad de juramento, a diferencia de la practicada en el juicio oral.

Durante el contrainterrogatorio la Fiscalía General de la Nación impugnó la credibilidad del testigo con fundamento

en la referida declaración, pues en esa oportunidad expresó que no había estado en el lugar de los hechos. Por el contrario, dijo que se fue para la vivienda donde habían acordado seguir la fiesta, pero como no llegó nadie, pasada la media noche se fue a dormir a su casa. Al otro día, cuando fue al barrio *El Jardín*, tuvo conocimiento del homicidio, a lo que reaccionó con sorpresa porque la víctima era su amigo y porque se rumoraba que el autor era JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA, a quien él llevó la noche anterior.

El testigo insistió en que varió su versión, luego de discutir con su familia las implicaciones de testificar.

Dicha versión no guarda correspondencia con la entregada por los testigos de la Fiscalía Óscar Alberto Molina Serna y Marlon Blandón Romaña, quienes relataron que se encontraban con la víctima cuando el indiciado llegó en su motocicleta *Bwis*, desenfundó un arma y le disparó.

En concreto, Óscar Alberto Molina Serna relató que en horas de la noche del 29 de noviembre de 2014 se encontraba en el lugar de los hechos con sus hermanas, unas primas y su cuñado «*Mario*», cuando vio a la víctima llegar en compañía de unos amigos con quienes se ubicó en una mesa diferente a la suya. Enseguida, arribó BOTERO ARBOLEDA con Jhovanny Valencia Chalá, quienes sí se quedaron con su grupo porque eran conocidos.

Dijo que ante la idea de continuar la reunión en la casa de su hermana «*Gloria*» se gestó una discusión entre la

víctima y el acusado, porque éste se opuso a que Caicedo Córdoba los acompañara. Motivados por ese altercado, Leison Antonio Caicedo Córdoba se dirigió a su casa a buscar un arma y el procesado se fue. Aclaró que el afectado volvió, pero no percibió que efectivamente tuviera un arma.

Respecto a lo sucedido tras el retorno de Leison Antonio Caicedo Córdoba, precisó lo siguiente: *i)* no volvió a salir del local; *ii)* se ubicó en la mesa contigua junto a los amigos con quienes estuvo toda la noche, y *iii)* luego se le acercó y le manifestó que estaba preocupado porque BOTERO ARBOLEDA iba a regresar al establecimiento *Carbonay* para matarlo. Ante esta revelación le sugirió que se fuera a descansar, pues ya estaban bastante alicorados.

A continuación, narró que el acusado volvió en su moto y se dirigió hacia Leison Antonio Caicedo Córdoba. Instintivamente se inclinó y se recostó sobre él —pues estaban sentados a unos 10 centímetros de distancia— con el fin de evitar que lo golpeará y continuara la pelea, pues creyó que esa era la intención del acusado. Seguidamente vio a BOTERO ARBOLEDA llevarse la mano al cinto y estirar su brazo, luego de lo cual pudo escuchar un sonido compatible con el percutir fallido de un arma, «*un crac*», y, como acto reflejo, se tapó los oídos y volteó la cabeza. Dicha falla, continuó el testigo, le dio tiempo a Caicedo Córdoba para incorporarse. Instantes después percibió tres disparos más, vio a su amigo en el suelo y se percató de que estaba impregnado de sangre. Este es el último recuerdo que conserva porque el incidente

lo afectó tanto, que sólo recobró la consciencia plena cinco días después.

Adicionalmente, exteriorizó que en el barrio era de conocimiento público lo violento que se tornaba Caicedo Córdoba cuando bebía, pero que él nunca presenció ningún altercado.

En similares términos se pronunció Óscar Alberto Molina Serna ante la Fiscalía General de la Nación el 5 de diciembre de 2014, esto es, cinco días después de lo acontecido. Como detalle de importancia, en esa oportunidad expresó lo siguiente:

«(...) Como faltando un cuarto para las 7 de la noche llegó JUAN CARLOS (...) con otro joven que también es cercano a la familia que se llama Jhovanny, no recuerdo el apellido, pero creo que es Chalá. JUAN CARLOS saludó y se sentó en la mesa nuestra y pidió media de aguardiente. (...) Leison llegó como a las 7:30 de la noche, pero no se sentó con nosotros porque se hizo en otra mesa con dos amigos de él. Aunque Leison se tomó unos tragos de nuestra mesa. En el momento en que Leison llega ya estaba mi hermana Olga que es vecina directa de él, y mis sobrinos, los hijos de Olga, iban y venían. Como a las 11 pasadas llegaron mis primas (...) Luego surgió la idea de irnos para la casa de mi hermana Gloria y ella se fue con Jhovanny para la casa esperando que los demás nos fuéramos atrás.»

Entonces, es lógico deducir que el joven con quien llegó JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA no es otro que Jhovanny Andrés Valencia Chalá, pues además de la coincidencia con su primer nombre y segundo apellido, lo descrito por el joven Óscar Alberto Molina Serna en esa entrevista es semejante a lo que ese testigo le contó al

investigador de la defensa el 12 de octubre de 2015 y que sirvió a la Fiscalía para impugnar su credibilidad.

Sumado a lo anterior, no encuentra la Sala coherentes las razones expuestas por el testigo Jhovanny Andrés Valencia Chalá para variar su dicho, pues si bien justificó su falta a la verdad en el deseo de evitar *problemas*, no atinó a señalar cuáles, ni por qué cambió de parecer. Sólo da cuenta de que luego de una reunión familiar se resolvió a contar lo sucedido.

Y dichas motivaciones pierden más sentido tras establecer, como quedó visto, que su antiguo relato —del 12 oct. 2015— guarda correspondencia con lo aludido por otro declarante 5 días después del homicidio —5 dic. 2014—, el cual, dicho sea de paso, no tenía ninguna relación de amistad con él, pues así lo reconocieron los dos al rendir su declaración en el juicio oral. En ese orden de ideas, la única salida posible es restarle credibilidad al testigo de la defensa, pues además de las inconsistencias anunciadas, sólo él y el procesado percibieron el supuesto ataque de Caicedo Córdoba.

En efecto, JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA testificó que luego de regresar al local comercial se dirigió hacia la derecha, donde estaba sentado su amigo Jhovanny Andrés Valencia Chalá. Dijo que a la izquierda vio sentado al occiso en compañía de Óscar Alberto Molina Serna, pero no les prestó atención.

Continuó señalando que al momento en que se disponía a sacar una silla y sentarse, Valencia Chalá salió corriendo sin motivo aparente. Inmediatamente se percató de que Leison Antonio Caicedo Córdoba se estaba incorporando al tiempo que accionaba un «revólver» de frente, hacia él. Aseguró que escuchó «el martillar» del arma, pero que ésta no disparó, motivo por el cual, sin pensarlo, sacó su pistola del bolso que llevaba consigo y «gatilló», pero no sabe cuántas veces, ni hacia dónde.

No obstante, la veracidad de ese recuento pierde fuerza de cara al Informe Pericial de Necropsia 2014010127001000160 del 30 de noviembre de 2014, en tanto las dos lesiones con arma de fuego halladas en el cuerpo de Leison Antonio Caicedo Córdoba le fueron propinadas desde la izquierda y no de frente. Mírese que en dicho documento se reseñó que una entró por el «labio superior de la boca lado izquierdo» y salió por «la región lateral derecha del cuello». La otra, por su parte, ingresó desde la espalda, por la región «dorsal izquierda» y salió por la «región anterior derecha del tórax, a nivel del 4º espacio intercostal».

En otras palabras, conforme con el dictamen pericial, al menos una de las dos detonaciones fue propinada al afectado por la espalda. Se insiste, este hecho científicamente comprobado refuta la legítima defensa que se pretende estructurar, pues desvirtúa los supuestos fácticos aludidos por BOTERO ARBOLEDA en juicio, quien afirmó que se vio obligado a accionar su pistola cuando la víctima le apuntó de frente e intentó, sin éxito, dispararle.

A causa de lo anterior, resulta forzoso concluir que tales hallazgos no permiten corroborar el dicho del procesado, pues no son consistentes con los disparos defensivos que aseguró haber accionado contra Leison Antonio Caicedo Córdoba para repeler su ataque armado. En contraposición, el dictamen médico forense revalida las manifestaciones de Óscar Alberto Molina Serna y Marlon Blandón Romaña. Recuérdese que éste último afirmó que el acusado le propinó a Leison Antonio Caicedo Córdoba un disparo en la cabeza y, cuando ya estaba en el suelo, le volvió a disparar por la espalda.

Ante ese panorama, la Sala concluye que no está probado el elemento básico que el instituto de la legítima defensa demanda para su configuración: la existencia de una agresión ilegítima con la virtualidad de poner en peligro algún bien jurídico individual. Lo que imposibilita acceder a la pretensión de reconocimiento efectuada por la defensa.

Y es que si bien algunos testigos dan cuenta de que la víctima alardeó sobre su intención de recoger un arma que tenía guardada en su casa para protegerse, también lo es que ninguno de sus acompañantes esa noche percibió que efectivamente se encontrara armado al interior del local. Incluso, la versión generalizada entre los presentes es que Caicedo Córdoba fue por el arma, pero antes de llegar a *Carbonay* se devolvió a su casa y la guardó, arribando al restaurante desprovisto de dicho elemento.

Sólo Olga Luz Molina Serna dijo que vio ingresar a Caicedo Córdoba con un arma en la cintura. Sin embargo, también indicó que percibió ese hecho desde la esquina donde se encontraba con su hijo y sus primas, en abierta contradicción con lo testificado por todos aquellos que sí se encontraban dentro del local comercial, incluyendo a su hermano Óscar Alberto Molina Serna, quien estaba sentado al lado de la víctima y dijo, enfáticamente, que no lo vio portando nada que pareciera un arma de fuego.

En iguales términos se pronunció Marlon Blandón Romaña, quien estuvo todo el tiempo con el afectado.

Por otra parte, Jhon Fredy Caicedo Córdoba, hermano de la víctima, luego de aclarar que el establecimiento de comidas rápidas *Carbonay* quedaba ubicado en la esquina de la casa que cohabitaban con su mamá, narró que esa noche su hermano ingresó dos veces a la casa, se dirigió a su cuarto y salió rápidamente. La primera vez «eran las 12 (...)», la segunda «10 minutos después». Dice que a los 7 minutos de haber salido por última vez escuchó un disparo y luego otros dos, se incorporó y en la puerta de la casa «la señora Molina, que es la mujer del señor Mario» le dijo que Leison Antonio Caicedo Córdoba estaba muerto.

Alexánder Torres Moreno fortaleció lo antedicho por el testigo Jhon Fredy Caicedo Córdoba. Relató que el día de los hechos se tomó una cerveza en el establecimiento aledaño a *Carbonay*. Aseguró que al terminar se fue para su casa y, cuando se encontraba cerrando la reja, vio al afectado

dirigirse a su domicilio «*con un arma de juguete*». Asimismo, observó que cinco minutos después volvió a pasar en dirección contraria y ya no tenía nada en la mano. Aseguró que en ese momento intentó persuadir a Caicedo Córdoba para que se devolviera porque «*presintió que estaba peleando*», pero fue interceptado por alguien que identificó con el alias de «*Mi niño*» y otra persona, con quienes continuó caminando rumbo a *Carbonay*.

Entonces, es claro que ninguno de los testigos que se encontraban departiendo con el occiso en los momentos previos al ataque da cuenta de la existencia de un arma de fuego en su poder dentro del local comercial y, mucho menos, en el instante en que fue atacado por el procesado. Tampoco hay indicios de que esta haya sido encontrada con posterioridad al incidente, en tanto los únicos elementos incautados en el lugar de los hechos fueron dos casquillos percutidos.

Por otra parte, la defensa solicitó la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, respecto a la configuración de la aludida causal eximente de responsabilidad.

El artículo 29 de la Constitución Política prevé que «*toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla*». Este principio, acorde con la jurisprudencia vigente, también aplica a las causales de ausencia de responsabilidad:

«*(...) si no se puede dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la*

responsabilidad del acusado...no puede prohiarse la idea de que la duda sobre la antijuridicidad de la conducta es igual a la certeza exigida para condenar. Si la primera se presenta no hay lugar a la segunda y en casos así la ley dispone que la indefinición que produce la duda se resuelva a favor del procesado porque es la única manera de impedir que se condene a un inocente» (CSJ SP, 26 ene. 2005, rad. 15834).

En otras palabras, el mandato legal que impone resolver toda duda a favor del acusado no admite ningún tipo de excepción, porque la presunción opera en relación con todos los elementos del delito, motivo por el cual, *«al existir duda sobre una causal de justificación procede la absolución del procesado».*

Sin embargo, como se indicó y contrario al criterio expresado por la defensa, el análisis en conjunto de las probanzas practicadas durante el juicio oral permite desechar la configuración del mencionado instituto, pues ninguna de ellas da cuenta del presupuesto básico que éste requiere para su estructuración. Por ende, la inexistencia de duda inhabilita a la Sala para examinar el clamor que en tal sentido planteó el recurrente.

(ii) Vulneración del principio de congruencia y falta de motivación de la agravante atribuida al procesado —Art. 104-7 de la Ley 599 de 2000—.

De entrada, encuentra la Sala que el fundamento de las postulaciones relacionadas con la transgresión del principio de congruencia desconocen el principio de corrección material. Ello, por cuanto la simple verificación de los cargos comunicados al procesado durante la diligencia de formulación de imputación cumplida el 6 de noviembre de

2015 permite establecer que la Fiscalía General de la Nación sí le atribuyó a JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA la comisión del punible de homicidio agravado por la indefensión en que se encontraba la víctima al momento de la agresión —Art. 104-7 de la Ley 599 de 2000—¹.

Asimismo, en curso de dicho acto procesal la Fiscalía estructuró la mencionada causal de intensificación punitiva al señalar que *«la víctima se encontraba en una situación de indefensión de la cual se aprovechó el imputado, dado que se encontraba completamente desprevenido, lo que generó que no pudiera hacer nada para repeler el ataque (...)»*. Con ello, situó su configuración a partir de la hipótesis del *aprovechamiento* del estado de indefensión y la *alevosía* con que se ejecutó el asalto. Todo lo anterior, precisó, conforme con el proveído CSJ SP, 6 dic. 2012, rad. 32598. Igual argumentación empleó durante el acto de acusación y al solicitar la emisión del fallo condenatorio.

Ante ese panorama no hay duda de que el ataque, tal como fue planteado, falta a la verdad procesal, pues parte de dos supuestos ajenos a lo acontecido: la agravante relativa a la indefensión fue caprichosamente adicionada en el escrito de acusación y en su formulación no se presentaron de forma clara y concisa las circunstancias fácticas en que se sustenta.

Ahora bien, también afirma el apelante que en la decisión judicial atacada el Tribunal incurrió en una

¹ Minuto 29:55, CD audiencias concentradas.

motivación incompleta al reconocer la existencia de la agravante descrita en el numeral 7° del artículo 104 de la Ley 599 de 2000.

Sobre el particular, tiene dicho la Sala que tanto en la acusación como en la sentencia deben incluirse con precisión (i) el cimiento normativo de la circunstancia de agravación elegida y (ii) los hechos jurídicamente relevantes que admiten su conformación. La razón de tal exigencia no es de poca monta. De una parte, porque las causales de agravación aparejan una mayor desaprobación del comportamiento y una sanción punitiva más drástica y, de otra, porque frente a ellas también opera el principio de presunción de inocencia. Por último, pero no menos importante, la jurisprudencia ha enfatizado en que corresponde a la Fiscalía General de la Nación su demostración (CSJ SP, 12 ago. 2020, rad. 53596 y CSJ SP, 14 abr. 2021, rad. 48468).

El marco fáctico por el cual fue llamado a juicio JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA fue definido por la titular de la acción penal en la audiencia de formulación de imputación de la siguiente manera²:

El día 30 de noviembre de 2014, entre las 00:30 y las 01:00 de la madrugada, aproximadamente podemos decir que sucede el hecho a las 00:50 horas, cuando LEISON ANTONIO CAICEDO CORDOBA se encontraba departiendo en el establecimiento de comidas rápidas denominado CARBONAY, ubicado en el barrio el Jardín sector Las Camelias, en la carrera 16 con calle 24. El señor JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA esgrimió un arma de fuego con la cual disparó en repetidas oportunidades contra la humanidad de LEISON ANTONIO, quien como consecuencia de los impactos recibidos perdió la vida.

² Minuto 27:50, CD audiencias concentradas

Desde la noche anterior, es decir, desde el 29 de noviembre de 2014, estas dos personas se encontraban compartiendo en el mencionado lugar, y previo a este desenlace fatal, sostuvieron una acalorada discusión que se disolvió cuando LEISON ANTONIO se marchó hacia su residencia, momento en el cual también se alejó del establecimiento el señor JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA. Sin embargo, cuando se creía que el problema entre estas dos personas se había terminado, precisamente porque JUAN CARLOS ya (sic) había ido del sitio, parecía de manera definitiva; sorpresivamente éste regresa, desenfunda un arma y sin mediar palabra dispara en repetidas oportunidades contra LEISON ANTONIO, sin que este tuviera la oportunidad de repeler el ataque por lo sorpresivo del mismo. Luego de lo cual, el autor de los disparos se aleja del sitio a bordo de una motocicleta.

Por esos hechos, le atribuyó la autoría de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones —Arts. 103, 104-7 y 365 de la Ley 599 de 2000—.

La formulación de acusación replicó los hechos jurídicamente relevantes anotados. En cuanto al marco jurídico, se reiteró el ya expuesto y se adicionó la causal de agravación prevista en el numeral 4° del plurimencionado artículo 104, concerniente al motivo fútil de la agresión³.

Es por ello que, mediante este escrito, se acusa formalmente, ante los señores Jueces Penales del Circuito de Quibdó, con funciones de conocimiento, al señor JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA, como AUTOR del delito de Homicidio Agravado, tipificado en los arts. 103 y 104 numeral 4° (motivo fútil) y 7° (aprovechando las circunstancias de indefensión de la víctima) del C. Penal en armonía con el art. 14 de la Ley 890/04. Agravantes que se presentan en este caso, indiscutiblemente, en razón a que se cometió por motivo carente de importancia, insignificante y nimio; y porque la víctima se encontraba en situación de indefensión de la cual se aprovechó el imputado; dado que se encontraba ya completamente desprevenido lo que generó que no pudiera hacer nada para repeler el ataque. Además, si bien entre ellos se presentó una primera discusión, al alejarse JUAN CARLOS nunca

³ Minuto 12:00, CD audiencia de formulación de acusación

se pensó que regresaría al sitio precisamente armado a continuar la gresca.

Por su parte, la Corporación judicial de segunda instancia desechó la actualización del numeral 4° y admitió la configuración del 7°, para lo cual expuso:

«(...) en torno a la indefensión, fundado como argumento de la Fiscalía para acusar por homicidio agravado, teniendo claro, que jurisprudencialmente ésta ha sido determinada, en uno de los eventos, como aquella en la que es el agresor, que pone a la víctima, en una condición de falta de defensa, ubicarla en un lugar o grado, esta situación se configura en el caso bajo examen, y para acreditar tal afirmación, solo basta con remitirnos al dictamen Pericial del Médico Legal:

*"Orificio de entrada en región interescapular
Orificio de salida en región anterior derecha del tórax a nivel del 4° espacio intercostal.
Orificio de entrada en región dorsal izquierda Orificio de salida en región lateral derecha del tórax
Perforación de piel, tejido celular subcutáneo y músculos
Perforación de aurícula derecha del corazón Hemotórax de 2000 cc Fractura del 4° arco costal derecho"*

En la descripción de esta lesión, queda claro que el impacto lo recibe la víctima por la espalda, pues, marca el orificio de salida en la región derecha del tórax (parte anterior del cuerpo), y es una conclusión que permite colegir a la Sala la posición de indefensión en que ubicó el agresor a su víctima, quien no tuvo la oportunidad de huir de las acciones que le mostraban peligro hacia su vida.

(...)

Lo que permite colegir, que el procesado, después de propinarle el primer impacto dejó en estado de indefensión a la víctima, quien, de haber tenido un arma probablemente hubiera respondido a la agresión, pero no sucedió así, y sin mediar necesidad, ni proporcionalidad, procedió el encartado a impactarlo por segunda vez, desdibujando una necesidad de protección al bien jurídico tutelado (la vida) dando paso a un homicidio, pues cruzó esa línea.»

Entonces, es manifiesto que si bien la Fiscalía restringió el juicio de responsabilidad al *aprovechamiento* de la situación de indefensión de la víctima *«dado que se encontraba*

completamente desprevenido, lo que generó que no pudiera hacer nada para repeler el ataque (...)», el Tribunal se apartó de esa conjetura y ubicó jurídicamente lo acontecido en la tesis de la *indefensión ocasionada* por el sujeto activo. Con tal propósito, el juez plural fragmentó la agresión. Fue así que dedujo que con el primer disparo —sobre el cual, además, concluyó que fue propinado de manera sorpresiva y por la espalda— BOTERO ARBOLEDA puso a Leison Antonio Botero Córdoba en situación de indefensión y con el segundo —cuando ya se encontraba en el suelo— lo ultimó.

Sin embargo, la practica probatoria dentro del juicio oral no logra la demostración de las antepuestas teorías. Y es que, a partir del dicho de los testigos, se ofrece desacertado afirmar que el ataque fue inesperado, menos aún que fue completamente insospechado.

Recuérdese que, sin excepción, todos los testigos de la Fiscalía General de la Nación y la defensa dan cuenta del altercado que antecedió el ataque armado. Así, en similares términos, reseñaron que si bien la discusión no trascendió al plano físico, sí estuvo mediada por agresiones verbales fuertes, al punto que ameritó la intervención de todos los presentes para aplacar los ánimos.

Como elemento adicional, durante su declaración Óscar Alberto Molina Serna relató la manera en que la víctima vaticinó que BOTERO ARBOLEDA iba a regresar al establecimiento *Carbonay* para matarlo. Asimismo, Marlon Blandón Romaña indicó que el occiso le advirtió que el

acusado tenía un arma, pues se levantaba la camisa para que la viera, y temía que atentara contra su vida.

No hay duda, entonces, sobre el desamparo probatorio en que se encuentra la agravante por la que se emitió condena, en tanto está acreditado el acaecimiento del altercado previo que sostuvieron los involucrados, la presencia de armas en el lugar en que ocurrió el homicidio y la convicción que tenía la víctima de que su contrincante reapareciera para atentar contra su integridad.

Todo lo anterior conduce a la Sala a concluir que tanto Leison Antonio Caicedo Córdoba como sus acompañantes, vecinos y familiares ubicados en las inmediaciones del lugar de los hechos, anticiparon lo que iba a suceder, a la par de lo cual pudieron observar al imputado acercarse en su moto para atentar en su contra. Y es que no acechó a su objetivo de manera subrepticia o con sagacidad. Por el contrario, a la vista de todos, subió a la esquina donde se encontraba ubicado *Carbonay* a bordo de su motocicleta *Bwis*, descendió de ésta y caminó hasta donde se encontraba Leison Antonio Caicedo Córdoba para dispararle.

Es así que los acontecimientos previos al ataque y el contexto en que éste tuvo lugar, no dan cuenta de que la víctima se encontrara distraída, confiada y, menos aún, despreocupada. Por consiguiente, resultan insuficientes para dar por sentado que el acusado se aprovechó de la situación de indefensión preexistente en que se hallaba Leison Antonio Caicedo Córdoba, como dedujo la Fiscalía.

Tampoco está dado afirmar, como coligió el Tribunal, que la víctima fue puesta en indefensión con el primer disparo. Esta conclusión del fallo de segunda instancia, además de referirse a hechos no incluidos en la acusación y trasgredir el principio de congruencia, se ofrece desatinada.

En efecto, no resulta lógico seccionar la agresión para dar por sentado, sin sustento probatorio o circunstancial, que la pluralidad de disparos que recibió la víctima —dos en total— estuvo mediada por la doble intencionalidad de ponerla en situación de indefensión y ultimarla, cuando lo único que se puede inferir de ese hecho es la ejecución, por parte del procesado, de actos idóneos y voluntariamente dirigidos a causar la muerte de su oponente, ingredientes normativos propios del delito de homicidio doloso.

Ante tal panorama, es manifiesto que el Tribunal Superior de Quibdó tuvo por acreditada, sin estarlo, la causal de intensificación punitiva descrita en el artículo 104-7 de la Ley 599 de 2000, lo que impone ajustar la pena impuesta, observando los criterios de dosificación expuestos en la providencia judicial recurrida. Estos, en esencia, parten del primer cuarto, fijan la sanción en el extremo mínimo previsto para el delito de homicidio agravado y la incrementan en 15 meses por el concurso con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

Entonces, la Sala impondrá a JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA la pena de 208 meses de prisión en su condición de autor del punible de homicidio doloso —Art. 103 de la Ley 599 de 2004—, aumentada en 15 meses por el concurso de conductas punibles, para una pena definitiva de 223 meses de prisión. La sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se reducirá de igual modo.

(iii) Legalidad de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta.

Si bien el Tribunal Superior de Quibdó fijó la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas en el mismo término de la privativa de la libertad, esto es, 415 meses de prisión, con lo cual desconoció el máximo de 20 años previsto por el legislador — Art. 51 de la Ley 599 de 200—, se entiende que si la pena principal de prisión fue modificada y la accesoria fue tasada en un periodo igual al de aquella, no hace falta emitir pronunciamiento para declarar que tendrá una duración de 223 meses, como será precisado en la parte resolutive de esta providencia.

A causa de lo expuesto, se modificará el numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó.

(iv) La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.

Acorde con la actual posición de la Sala, la acreditación de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en los delitos de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal o de uso privativo de la Fuerzas Militares es razón suficiente que justifica la imposición, con estricta observancia de lo normado en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, la sanción accesoria de «privación del derecho a la tenencia y porte de arma» (CSJ SP, 5 jul. 2017, rad. 48659 y CSJ SP, 27 sep. 2017, rad. 49646).

Sin embargo, en guarda del principio de legalidad, la Corte se abstendrá en este caso de imponer tal pena accesoria, dada la prevalencia de la garantía y prohibición de reforma en peor cuando el procesado es apelante único, como aquí ocurre.

Se precisa que contra esta decisión —dictada por la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria— no procede recurso alguno.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó, en el sentido de condenar

a JUAN CARLOS BOTERO ARBOLEDA a la pena principal de 223 meses de prisión como autor de los delitos de homicidio simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, establecidos en los artículos 103 y 365 de la Ley 599 de 2000. La sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se fija en el mismo monto.

Segundo. Contra la presente decisión no proceden recursos.

Tercero. DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

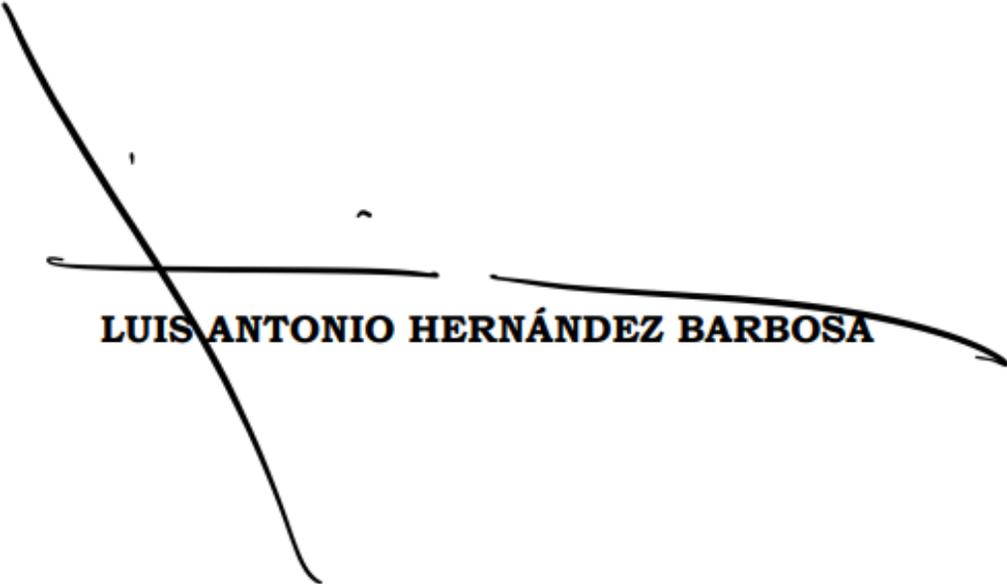
722



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

2022

Salva



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria