

DOLO. Clasificación. Incidencia en la tasación punitiva.

"De los confusos argumentos del Juez de Instancia lo que indica en su sentencia es que el procesado actuó con dolo eventual respecto del homicidio de RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ (Ocupante de atrás en la motocicleta), y dolo de segundo grado respecto de la tentativa de homicidio de que fue víctima RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA (Conductor de la motocicleta)."

Consideramos que tal apreciación además de errada es equivocada frente a la dogmática jurídica penal, toda vez que se trató de un dolo directo de primer grado, intencional o inmediato respecto del resultado producido - Homicidio y tentativa de homicidio-, esta clasificación del dolo es definida por la doctrina como "...aquel que se presenta cuando la realización del tipo ha sido perseguida de manera directa por la voluntad del agente; así verbigracia, el autor quiere hurtar y lo lleva a cabo, quiere matar y lo ejecuta. Como se ve, en esta especie de dolo directo predomina el componente volitivo sobre el cognoscitivo, y a él se refiere el artículo 22 en su primera parte: "la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización", con lo que no queda ninguna duda en el sentido de que esta modalidad de dolo requiere tanto un componente intelectual como volitivo".

(...)

"De lo anterior se infiere que en el escenario de los hechos el procesado tenía un conocimiento actual y real de lo que estaba haciendo al cargar, desasegurar y apuntar con su fusil al blanco que tenía de frente, incluso en la selección de la parte del blanco a dónde apuntó, el procesado actuó con una finalidad directa motivada más por la voluntad (querer) que sobre el mismo conocimiento que es lo que caracteriza esta modalidad de dolo, voluntad que se evidencia cuando éste se decide a disparar contra los ocupantes de la motocicleta y así exteriorizar sus intenciones, lo que de plano descarta el dolo en segundo grado, pues en esta última predomina el componente cognoscitivo.

No podemos hablar de un dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias respecto de la tentativa de homicidio de la que fue víctima RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA tal y como lo planteó el fallador de primera instancia en su providencia, esta clasificación está definida por la doctrina de la siguiente manera *"... que se presenta cuando el actor- para la realización del fin propuesto- asume los efectos concomitantes derivados de modo inevitable de la puesta en marcha de la acción; así por ejemplo, el homicida que para lograr la muerte de la víctima, a la que pretende eliminar con el estallido de una bomba del vehículo, asume el deceso del conductor que lo acompaña a diario, por lo cual este último resultado (verdadero efecto concomitante de la acción) aparece ligado en la conciencia del autor con el fin querido por él, de una manera necesaria..."*¹.

¹ Ibid, pág 625.

La intencionalidad del procesado no tenía como fin único y específico dar muerte al ocupante de atrás de la motocicleta asumiendo como probable la muerte del conductor que estaba adelante para llegar a su objetivo, pues esto sería un contrasentido desde el punto de vista dogmático, pues claro es que el disparo fue dirigido con la intencionalidad (Voluntad) de impactar a los dos ocupantes de la moto que formaban un solo blanco a corta distancia del procesado, solo que por circunstancias ajenas a la voluntad del agente el conductor no murió pero si resultó gravemente lesionado como se describe en el dictamen de medicina legal (...).

Tampoco podemos aceptar la teoría del dolo eventual respecto de la muerte del ocupante de atrás de la motocicleta, es decir, RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ, figura definida por la doctrina como *"... mal llamado condicionado, porque, sin duda, la voluntad de realización del tipo es incondicional- cuando el agente asume como probable la realización del tipo penal, con el consiguiente menoscabo para el bien jurídico tutelado, y, a pesar de ello, actúa para alcanzar el fin perseguido. Así sucede, por ejemplo cuando el autor al disparar en la vía pública sobre su víctima, a la que le da muerte, deja librada la suerte de la lesión- que también se produce - del peatón ocasional..."*²

Frente a este punto, la muerte de RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ (ocupante de atrás de la motocicleta) no encuadra en la definición del dolo eventual donde predomina el conocimiento sobre una voluntad

² Ibid, págs. 625-626.

disminuida en el autor que se traduce en la aceptación del resultado no querido, en este estadio del dolo el autor deja librado al azar el curso causal y lo hace no interviniendo en lo absoluto, adoptando la indiferencia porque acepta la probable producción del resultado que no quiere, por el contrario, lo que se evidencia es la intencionalidad del procesado de agredir tanto al conductor como al ocupante, intención que fue contemplada por el agente y a la vez ejecutada por éste dadas las circunstancias en que se dieron los hechos ya explicados, pues en este evento en particular que calificó el juzgador primario como dolo eventual, es donde se evidencia de manera clara el dolo de primer grado.

Como corolario de lo anterior se puede colegir que el procesado sabía que su obrar resultaba idóneo para atentar contra la vida de RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ y RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, razón suficiente para afirmar que su proceder fue intencional, atentado de manera inequívoca contra las víctimas referidas, permitiendo afirmar que respecto del resultado, éste se concretó en un dolo directo de primer grado."

PUNIBILIDAD: "Al momento de tasar la pena deben tenerse en cuenta aspectos como la intensidad del dolo y la culpa, así como el mayor o menor grado de

aproximación al momento consumativo en la tentativa de los demás delitos concurrentes”.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

SALA : CUARTA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE : CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA
RADICADO : 157204-7890-XIII-169-194-PONAL
PROCEDENCIA : JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
POLICIA METROPOLITANA DEL VALLE
DE ABURRÁ
PROCESADO : PT ®. DÍAZ URBANO ADRIÁN
DELITO : HOMICIDIO- TENTATIVA DE HOMICIDIO
MOTIVO : APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN : CONFIRMA

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

I. ASUNTO POR TRATAR

Concita a la Cuarta Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, el recurso de apelación interpuesto por el abogado RAFAEL ZULUAGA RAMÍREZ, contra la providencia del 4 de septiembre de 2015, por medio de la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de

Aburrá con sede en la ciudad de Medellín (Antioquia), condenó al PT ® ADRIÁN DÍAZ URBANO como autor de los delitos de homicidio y tentativa de homicidio, a la pena principal de trece (13) años y seis (06) meses de prisión, las accesorias de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por el término de tres (3) años, separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal.

Así mismo, el A Quo le negó al procesado el beneficio de la condena de ejecución condicional por considerar que no se reúnen los requisitos del artículo 71 del Código Penal Militar, y se abstuvo de tasar perjuicios en favor de las víctimas.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

De la sentencia apelada se extrae que el 4 de diciembre de 2004, en la carrera 62 con calle 91, en el sector denominado "Curva del Diablo" en la ciudad de Medellín, aproximadamente a las 17:00 horas, los señores RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA (Padre) y RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ (Hijo), se movilizaban en una motocicleta marca Kawasaki 175, placa GRC-88 y fueron lesionados con arma de fuego cuando intentaban evadir un retén de la Policía Nacional, hecho que le fue atribuido al Patrullero ADRIÁN DÍAZ URBANO, quien manifestó que las

mencionadas personas lo arrollaron con la motocicleta y que cuando éste cayó sobre suelo se accionó el fusil que portaba y las lesionó, produciéndose la muerte de RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ en la Policlínica Municipal y quedando lesionado gravemente el señor RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

La investigación previa por los hechos antes relatados fue ordenada por la Fiscalía Local 250, URI de Medellín³, despacho que mediante auto del 16 de diciembre de 2004 las remitió a los Jueces Penales Militares de Medellín por competencia⁴.

Le correspondió por reparto al Juzgado 154 de Instrucción Penal Militar, quien el 3 de enero de 2005 ordenó la apertura formal de la investigación penal contra el Patrullero ADRIÁN DÍAZ URBANO por el punible de homicidio y lesiones Personales⁵ y posteriormente por reparto extraordinario le fue asignado al Juzgado 145 de Instrucción Penal Militar a partir del 12 de enero de 2005, quien avocó el conocimiento de la investigación⁶ disponiendo vincular mediante indagatoria al PT. ADRIÁN DÍAZ URBANO⁷ el 2 de noviembre de ese mismo año y resolviéndole la situación jurídica

³ Folio 26 C.O. 1

⁴ Folio 39 C.O. 1

⁵ Folio 41 C.O. 1

⁶ Folio 274 C.O. 2

⁷ Folios 275-279 C.O. 2

provisional el 28 de julio de 2006, profiriendo medida de aseguramiento de detención preventiva por el punible de lesiones personales dolosas y homicidio culposo, otorgándole el beneficio de libertad provisional mediante caución juratoria⁸.

El Ministerio Público insistió en repetidas oportunidades ante el Director Seccional de Fiscalías de Medellín, para efectos que se propusiera conflicto positivo de competencia ante la Justicia Penal Militar, en consideración a que los hechos fueron perpetrados en circunstancias ajenas a los actos del servicio de la Policía Nacional y por ello debía asumirla la jurisdicción ordinaria⁹.

Concluido el ciclo investigativo¹⁰ la Fiscalía 143 Penal Militar decretó nulidad del auto de cierre de la investigación¹¹ y cuatro años después de asumir la competencia¹² ordena devolver el proceso a la justicia ordinaria, al indicar que existen dudas razonables en cuanto al proceder del Patrullero DÍAZ URBANO ya que existen dentro del plenario dos posturas sobre el epílogo de los hechos, sin que ninguna se encuentre debidamente apoyada probatoriamente y que según la sentencia C-358 de 1997 cuando no haya certeza sobre la forma como

⁸ Folios 462-475 C.O. 3

⁹ Folios 454-456 y 555-571 C.O. 3

¹⁰ Folio 491 C.O. 3

¹¹ Folios 577-580 C.O. 3

¹² Folios 594-596 C.O. 3

ocurrieron los sucesos y no se tenga claridad acerca de la relación de estos con el servicio, la investigación debe ser de conocimiento de la justicia ordinaria ya que el fuero militar tiene carácter excepcional y es de aplicación eminentemente restrictiva.

El expediente fue reasignado a la Fiscalía 132 Seccional de Medellín, quien avocó la investigación a partir del 17 de septiembre de 2008¹³ y mediante auto del 24 de abril de 2009 ordenó la apertura de la instrucción¹⁴ contra el PT. ADRIÁN DÍAZ URBANO, escuchándolo en indagatoria por los cargos de homicidio culposo y lesiones personales en la misma modalidad, resolviendo la situación jurídica provisional, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento el 28 de enero de 2011.¹⁵.

Posteriormente, el 11 de marzo de 2011 se dispone la ampliación de la injurada y se le impone por parte de la Fiscalía 132 Seccional de Medellín, medida de aseguramiento de detención preventiva al Patrullero ADRIÁN DÍAZ URBANO el 21 de abril de 2004, esta vez por los reatos de homicidio simple y lesiones personales dolosas¹⁶, emitiendo orden de captura en su contra¹⁷, la cual se hizo efectiva el 11 de mayo de 2011 en Mocoa (Putumayo) por

¹³ Folio 676 C.O. 4

¹⁴ Folios 687-688 C.O. 4

¹⁵ Folios 937-956 C.O. 5

¹⁶ Folios 970-1000 C.O. 5

¹⁷ Folio 1006 C.O. 6

presentación voluntaria que hiciera éste ante las instalaciones de la Policía Nacional de Putumayo, quedando privado de la libertad en el Centro Carcelario y Penitenciario de Bellavista en Medellín (Antioquia).

La Fiscalía 132 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Medellín el 30 de mayo de 2011 llevó a cabo audiencia de formulación de cargos para sentencia anticipada¹⁸, con la asistencia del PT. ADRIÁN DÍAZ URBANO, al tiempo que determinó remitir el proceso a los Jueces Penales del Circuito de Medellín para que se profiriera la correspondiente sentencia¹⁹.

El Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, al cual le fue asignado por reparto el proceso el 8 de junio de 2011, decreta nulidad del acta de formulación de cargos para sentencia anticipada, considerando que los hechos ameritaban una adecuación típica distinta, toda vez que la conducta del Patrullero DÍAZ URBANO no se enmarcaba en un homicidio simple y unas lesiones personales, sino en un homicidio agravado por el estado de indefensión de las víctimas y tentativa de homicidio agravado por las indicadas circunstancias²⁰.

¹⁸ Folios 1072-1093 C.O.6

¹⁹ Folio 1094 C.O. 4

²⁰ Folios 1102-1105 C.O. 6

Una vez más la Fiscalía Delegada 132 de Medellín lo escucha en indagatoria²¹ y readecua la calificación de las lesiones personales dolosas por homicidio en la modalidad de tentativa y teniendo en cuenta que en diligencia del 16 de agosto del presente año el procesado aceptó los cargos de homicidio simple y homicidio en la modalidad de tentativa²², regresó el expediente al Juzgado 21 Penal del Circuito para emitir la sentencia.

Nuevamente el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín decreta nulidad del acta de formulación de cargos de fecha 16 de agosto de 2011 por considerar que la Fiscalía Delegada 132 solo había resuelto parcialmente la adecuación típica de la conducta, pues no había impuesto la agravante contenida en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal, debido al estado de indefensión de los particulares RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ y RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA²³, decisión contra la cual la Fiscalía Delegada 132 en calidad de sujeto procesal, interpuso recurso de apelación²⁴ por argumentar que no concurre la calificante a la que ha venido haciendo referencia el Juez 21 Penal del Circuito.

Enviado el proceso penal ante el Tribunal Superior de Medellín, de manera inicial niega el beneficio

²¹ Folios 1116-1118 C.O.6

²² Folios 1119-1143 C.O. 5

²³ Folios 1179-1183 C.O. 6

²⁴ Folios 1192- 1200 C.O.5 y 1201- 1205 C.O. 6

de libertad provisional por improcedente²⁵ y posteriormente con providencia del 17 de noviembre de 2011 dispone remitir las diligencias a la Justicia Penal Militar, en consideración a que es la competente para conocer del caso, proponiendo la colisión negativa de competencias en caso de no aceptarse sus argumentos²⁶.

Correspondió por reparto a la Sala Tercera de Decisión pronunciarse sobre el presente asunto, donde quien hoy funge como ponente, en providencia de fecha 15 de diciembre de 2011²⁷ determinó acoger los planteamientos del Honorable Tribunal Superior de Medellín respecto a la competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de este asunto.

Por otra parte, en la misma providencia se decretó la nulidad de lo actuado por la Justicia Ordinaria en contra del procesado, Patrullero ADRIÁN DÍAZ URBANO por las conductas punibles de homicidio y lesiones personales, a partir del auto de fecha 17 de septiembre de 2008²⁸ mediante el cual la Fiscalía 132 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Medellín avocó conocimiento de la actuación, con excepción de las siguientes pruebas las cuales no fueron objeto de nulidad:

²⁵ Folios 1218-1221 C.O. 7

²⁶ Folios 1241-1249 C.O. 7

²⁷ Folios 1263 – 1291 C.O.7

²⁸ Folios 676 C.O. 4

1.- Informe No. 055 realizado por el CTI Seccional Antioquia de fecha 4 de mayo de 2009²⁹.

2.- Extracto de la hoja de vida del Patrullero DIAZ URBANO ADRIAN³⁰.

3.- Fotocopia de la investigación disciplinaria No. 019 adelantada en contra del PT. DIAZ URBANO ADRIAN³¹.

4.- Material fotográfico de la necropsia al cadáver de quien en vida se llamó RUBEN DARIO CORTES LÓPEZ³².

5.- Informe de balística No. DRNC-LABF-1038-2005 de fecha 2010-07-06, realizado a las prendas de vestir del occiso y a dos chalecos reflectivos³³.

6.- Informe de balística No. LBAF-DRNC-0332-2009 de fecha 06-07-10³⁴.

7.- Informe técnico de balística No. DRNC-LBAF-0237-2010 de fecha 22-09-10³⁵.

Así mismo, en la referida providencia se dispuso ordenar la libertad inmediata del procesado de manera provisional en virtud del auto de fecha 28 de julio de 2006 proferido por el Juzgado 145 de

²⁹ Folios 689-692 C. O. 4

³⁰ Folios 697-698 C.O. 4

³¹ Folios 718-800 C.O.4 y 801-847 C.O. 5

³² Folios 869- 870 C.O.5

³³ Folios 877C.O.5

³⁴ Folios 885-894 C.O.5

³⁵ Folios 931- 935 C.O. 5

Instrucción Penal Militar³⁶, ello teniendo en cuenta que el referido auto no fue objeto de nulidad.

El Juzgado 155 de Instrucción Penal Militar con sede en Medellín (Antioquia), por reparto realizado a través del Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá avoca el conocimiento de las diligencias mediante auto de 28 de marzo de 2012³⁷, y con proveído de 8 de febrero de 2013³⁸ dispone ampliar el testimonio del señor RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARIA³⁹, así como la indagatoria del procesado la cual se recaudó a través de comisión al Juzgado 184 de Instrucción Penal Militar con sede en Mocoa (Putumayo)⁴⁰, y dispone que una vez sean practicadas dichas diligencias la investigación sea remitida a la Fiscalía 148 Penal Militar con sede en Medellín (Antioquia) para lo de su competencia.

La Fiscalía 148 Penal Militar con auto de 26 de marzo de 2013, dispone devolver la investigación al Juzgado 155 de Instrucción Penal Militar por considerar que no se encuentra perfeccionada en su etapa instructiva, por lo que en el referido auto dispone que el Juzgado instructor practique nuevas pruebas⁴¹.

³⁶ Folios 660- 672 C.O. 4.

³⁷ Folio 1331 C.O.7

³⁸ Folio 1332 C.O.7

³⁹ Folio 1342 C.O.7

⁴⁰ Folio 1346 – 1348 C.O.7

⁴¹ Folio 1350 C.O.7

El Juzgado 155 de Instrucción Penal Militar con auto de 26 de marzo de 2013⁴² recibe nuevamente la investigación y dispone la práctica de las pruebas ordenadas por la Fiscalía 148 Penal Militar, así como el envío del expediente nuevamente a la referida Fiscalía una vez sean practicadas éstas.

Perfeccionada la investigación, la Fiscalía 148 Penal Militar decretó el cierre de la misma con auto del 5 de noviembre de 2013⁴³ para posteriormente el 11 de febrero de 2014 proferir resolución de acusación en contra del PT ® ADRIÁN DÍAZ URBANO como autor de los delitos de homicidio y lesiones personales en modalidad dolosa⁴⁴.

Realizada la audiencia de Corte Marcial para juzgar la conducta del PT ® ADRIÁN DÍAZ URBANO⁴⁵, el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, mediante Sentencia de fecha 26 de mayo de 2014 condenó al procesado por los delitos de homicidio y lesiones personales en modalidad dolosa⁴⁶, y a las penas accesorias de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas.

⁴² Folio 1355 C.O.7

⁴³ Folio 1572 C.O.8

⁴⁴ Folios 1601-1618 C.O.9

⁴⁵ Folios 1655- 1679

⁴⁶ Folio 1681-1715 C.O. 9

EL abogado RAFAEL ZULUAGA RAMÍREZ obrando como defensor del procesado, interpuso recurso de apelación contra la Sentencia condenatoria de fecha 26 de mayo de 2014 proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá⁴⁷, en consecuencia la Sala Tercera de Decisión con ponencia de quien hoy funge en igual condición, en providencia de fecha 26 de noviembre de 2014⁴⁸ se abstuvo de pronunciarse respecto del recurso de la defensa, y procedió a decretar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación de la Fiscalía 148 Penal Militar⁴⁹ por errada calificación de una de las conductas por las cuales se llamó a juicio al procesado, indicando que se deberá llamar a juicio nuevamente por los delitos de homicidio doloso y tentativa de homicidio.

Por su parte la Fiscalía 148 Penal Militar con proveído de fecha 15 de enero de dos mil quince revocó el cierre de la investigación⁵⁰ y dispuso la ampliación de la indagatoria del procesado respecto del cargo de tentativa de homicidio, para lo cual regresó el expediente al Juzgado 155 de Instrucción Penal Militar, Despacho que practicó la diligencia judicial el 24 de febrero de 2015⁵¹.

⁴⁷ Folios 1744- 1762 C.O.9

⁴⁸ Folios

⁴⁹ Folio 1601-1618 C.O.9

⁵⁰ Folios 1834-1836 CO10

⁵¹ Folios 1855 CO10.

Seguidamente la Fiscalía Penal Militar decretó nuevamente el cierre de la investigación⁵² y el 23 de abril de 2015 profiere nuevamente resolución de acusación en contra del procesado por los delitos de homicidio simple respecto de RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ y tentativa de homicidio respecto de RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA⁵³.

La audiencia de Corte Marcial fue realizada el 28 de agosto de 2015⁵⁴ y el 4 de septiembre de 2015 el Juzgado de Instancia profirió sentencia condenatoria contra el procesado declarándolo autor responsable de los delitos de homicidio y tentativa de homicidio⁵⁵.

Contra la decisión del Juzgado de Instancia la defensa del procesado presentó recurso de apelación, lo cual es objeto de pronunciamiento por la Sala Cuarta de Decisión.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Señala el A Quo que descarta el pedimento del Ministerio Público durante la audiencia de Corte Marcial referente a que el actuar del procesado debe encuadrarse en un error invencible como eximente de responsabilidad penal, por cuanto el procesado al estar frente a un actuar imprudente de

⁵² Folio 1859 CO10.

⁵³ Folios 1872-1893 CO10.

⁵⁴ Folios 1966-1981 CO10

⁵⁵ Folios 1982- 2000 CO10 y 2001-2017 CO11.

las víctimas, quienes pretendían evadir el puesto de control, fue llevado por el temor en razón a las circunstancias de alteración del orden público que en ese momento se vivían en la ciudad, afectándose su siquis, accionando su arma de fuego, lo que descarta un actuar doloso de parte del procesado.

En el mismo sentido, no acogió la tesis de la defensa del procesado quien se adhirió al planteamiento del Ministerio Público y además señaló que su prohijado actuó en legítima defensa para repeler una lesión aleve, inminente e injusta por parte de las víctimas, planteamiento opuesto a la tesis de la Fiscalía Penal Militar.

El A Quo concluye en grado de certeza que se descarta una legítima defensa por parte del procesado, toda vez que no se observa en las víctimas que éstas representaran una amenaza actual, inminente o presunta que lo hubiese motivado a reaccionar en la forma en que lo hizo disparando contra los ocupantes de la motocicleta, justificando su actuar en la existencia de una defensa putativa conocida como un error de prohibición, pues las pruebas y el testimonio de RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA desmienten tal planteamiento, al igual el hecho de que el procesado a causa de la situación presentada, hubiese tenido una alteración de su siquis, y

consecuentemente procediera a agredir a las víctimas en la forma en que lo hizo.

Agrega que le da plena credibilidad al testimonio de RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, quien afirmó que el procesado disparó contra él sin ninguna justificación, hecho respaldado por los demás medios probatorios y la misma versión del procesado, además evidencias físicas dejadas en el cuerpo de las víctimas como el proyectil disparado por el procesado que las impactó, con lo que se demuestran las afirmaciones de RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, quien refirió que se regresó en contravía haciendo un giro en "U" para evitar atropellar al procesado, y que en esa maniobra quedó junto con su hijo RUBÉN DARIO CORTÉS LÓPEZ ubicado hacia el sur, estando los dos de pie y con las manos levantadas de frente al procesado, quien sin ninguna justificación les apuntó y les disparó con su fusil.

Acto seguido hace referencia a los informes de necropsia practicados al occiso RUBÉN DARIO CORTÉS LÓPEZ, al informe de balística realizado con el fin de determinar la trayectoria del proyectil que impactó a éste y a su padre RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, quien resultó lesionado gravemente, así como del historial clínico y demás pruebas periciales practicadas a las víctimas, de lo cual concluye que éstas se encontraban de pie, en

posición vertical y frente al procesado cuando éste disparó el proyectil que las impactó, y no como lo afirmó el policial en su testimonio, cuando refirió que el disparo se produjo cuando las víctimas estaban en pleno movimiento sobre la motocicleta y en posición inclinada, pues de aceptar su versión que es la misma que plantea el defensor, la zona de impacto no sería la que se detalla en la prueba pericial sino en una parte superior del cuerpo, distinta a la que arrojan los dictámenes periciales.

Adiciona que por el instinto de conservación si se observa que una motocicleta se dirige contra una persona y no se detiene, la reacción no es esperar a que el automotor golpee a la persona sin que ésta se haga a un lado o trate de esquivar el golpe, lo que hubiera arrojado una trayectoria del disparo distinta a la consignada en el dictamen de balística. Agrega además que los mismos compañeros del procesado afirman que observaron al policial sobre el suelo y con el pantalón roto y otros dicen que el procesado disparó contra las personas porque se iban a escapar del puesto de control, sin embargo no hay evidencia que ratifique o desmienta tales afirmaciones de los policiales.

Por otra parte, precisa que en la prueba pericial no se registraron hallazgos que den cuenta de una posible colisión de la motocicleta donde se

movilizaban las víctimas con el procesado para de esa forma darle credibilidad a su versión sobre los hechos, y adiciona que el informe balístico arroja que el disparo se realizó a una distancia de 2.5 e inferior a 4.0 metros de las víctimas, hecho que desmiente la versión del Patrullero cuando manifestó que el arma se le disparó, que el disparo fue a quemarropa y que la trompetilla del fusil quedó impregnada de sangre procediendo a limpiarla con un papel.

Refiere con certeza que el actuar del procesado se dio con el conocimiento pleno y la voluntad de que accionaría su arma de dotación oficial sin que las víctimas, que se movilizaban en la motocicleta, lo hubiesen agredido, atropellado o embestido, es así que considera la conducta como típicamente dolosa, pues el agente conocía los hechos constitutivos de la infracción penal y quiso su realización; por otro lado el dolo eventual donde el agente no quiere el resultado típico, pero lo acepta o lo consiente, o carga con el, no obstante habérselo representado como posible o probable, por ello la conducta del procesado encuadra en el delito de homicidio con dolo eventual y también el delito de tentativa de homicidio con dolo de segundo grado, como quiera que el procesado disparó su arma de fuego contra dos personas que se encontraban de frente a éste, previendo que podía lesionarlas de muerte, tal y como sucedió con uno de ellos.

Añade a lo anterior que el procesado no se detuvo en su actuar y disparó con la intención de dar muerte a RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA y además con la probabilidad de lesionar a RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ al azar o a la suerte, así que el procesado conocía los hechos constitutivos de la infracción penal y procedió a consumarla.

Precisa que la tipicidad de las conductas penales endilgadas al procesado se encuentran demostradas con los medios probatorios allegados al expediente, en primer lugar el homicidio de RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ cometido el 14 de diciembre de 2004 se acredita con la necropsia realizada a éste donde se registró que la muerte fue producto de las heridas producidas por el proyectil de arma de fuego que lo impactó, así como la inspección realizada al cadáver y el registro de defunción del occiso expedido por la Notaría Tercera de Medellín, por lo que la conducta del procesado se adecua al tipo penal de homicidio regulado en el artículo 103 de la Ley 599 de 2000.

Respecto al tipo penal de tentativa de homicidio del que fue objeto RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, este se acredita con el dictamen pericial practicado a ésta persona y donde se le otorgaron 180 días de incapacidad con secuelas medico legales, deformidad física y perturbación funcional

del órgano del sistema muscular de carácter permanente, perturbación funcional del órgano de la excreción urinaria por pérdida de uno de sus riñones, lesiones de las cuales se infiere que los actos ejecutivos del procesado estaban dirigidos a ejecutar el verbo matar de la descripción típica respecto de RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, pero que no se dio la muerte del referenciado por la atención médica oportuna que recibió, así que lo ocurrido encuadra en la figura de la tentativa regulada en el artículo 24 de la Ley 522 de 1999, aplicable al tipo penal de homicidio con una atenuación de pena no menor de la mitad en el mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo, pues está demostrado que la muerte de CORTÉS SANTAMARÍA no se produjo a causa de circunstancias ajenas a la voluntad del procesado.

Así mismo precisa que respecto de la autoría de los tipos penales antes referenciados, se tiene el testimonio de CORTÉS SANTAMARÍA el cual es creíble y concluyente, cuando afirmó que quien disparó contra él y su hijo fue el PT ® ADRIÁN DÍAZ URBANO cuando ellos se movilizaban en una motocicleta de placa GRC88 en el sector denominado " Alto la Virgen -La Curva del Diablo", y que como resultado de ello CORTÉS SANTAMARÍA resultó lesionado gravemente y su hijo RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ murió posteriormente, manifestaciones que son corroboradas en los testimonios de los demás

policiales compañeros del procesado que si bien no observaron los hechos, son contestes en el hecho de haber escuchado un disparo y que al llegar al lugar de los hechos comprobaron que el causante de las heridas a los ocupantes de la motocicleta fue el PT. DÍAZ URBANO, quien pese a su confesión cualificada para atenuar su responsabilidad penal, aceptó en su versión libre e indagatoria que fue él quien disparó su arma de dotación lesionando a RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA y causando la muerte de RUBÉN DARIO CORTÉS LÓPEZ.

Refiere nuevamente que la conducta del procesado es dolosa, pues tuvo la oportunidad de conocer y de actualizar el conocimiento respecto de los efectos necesarios y concomitantes como lo fue el disparo, las lesiones causadas y la muerte de una de las víctimas, inclusive conocía que el arma de dotación estaba desasegurada y cargada, y que en la motocicleta se movilizaban dos personas, sabiendo además la letalidad de un disparo de fusil del calibre que portaba, así que tuvo que representarse como probable las lesiones de RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ al disparar en contra de su padre RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, sin que esas personas trataran de agredir al procesado por lo que no hay causa de justificación de su actuar, por ende el proceder del policial no encuadra en la legitimidad, proporcionalidad y necesidad con las cuales se deben emplear las armas de fuego

asignadas a la Fuerza Pública, así que el argumento de la defensa del procesado cuando alega la justificante de legítima defensa queda descartado, y en el mismo sentido el argumento del Ministerio Público cuando expuso un error invencible al disparar contra las víctimas.

Agrega que hubo violación al deber objetivo de cuidado por parte del procesado al cargar y desasegurar el fusil galil que tenía asignado como dotación, y ello va en contravía de las normas de seguridad con las armas de fuego y también de las consignas que le habían impartido, lo cual constituyó en principio una conducta imprudente por parte del procesado que luego fue relevante para el derecho penal cuando se produjo el resultado conocido en autos, es decir las lesiones causadas y la muerte de una de las víctimas, igualmente indica que la violación al deber objetivo de cuidado respecto a su arma de dotación no fue el factor determinante del resultado, sino el hecho de que el mismo procesado en un actuar ilegítimo y desproporcionado produjo el disparo que causó los resultados conocidos.

También adiciona que el policial tenía capacidad de comprender su conducta y determinarse de acuerdo con esa comprensión, así que su actuar fue voluntario e inequívoco al disparar contra RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA y con la probabilidad de

lesionar a RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ; indica también que la conducta del procesado es antijurídica, pues sin justa causa atentó contra la vida de las víctimas sin evidenciarse ninguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32 del Código Penal.

Respecto de la culpabilidad, señala que el procesado no se inhibió de su capacidad para comprender la ilicitud de su conducta, ni de determinarse voluntariamente de conformidad con esa comprensión, y que adicionalmente dejó librado al azar el resultado de la persona que iba como acompañante en la motocicleta conducida por CORTÉS SANTAMARÍA con la probabilidad de que si lesionaba al conductor muy seguramente lesionaría a su acompañante, como en efecto ocurrió.

Es así que concluye que se encuentran reunidos los requisitos del artículo 396 del Código Penal Militar para emitir sentencia condenatoria en contra del procesado por los delitos endilgados de homicidio y tentativa de homicidio.

Respecto a la dosificación punitiva indica que para la tasación de la pena a imponer solo se advierten circunstancias de atenuación punitiva, la buena conducta anterior y la ausencia de antecedentes penales, y por otro lado que en la resolución de acusación no se contemplaron circunstancias de

agravación punitiva, igualmente ciñéndose a los criterios de la gravedad y modalidad de la conducta, la personalidad del procesado y el grado de culpabilidad de éste, le impone la pena prevista para el tipo penal de homicidio que oscila de 13 a 25 años, tasándola inicialmente en la pena mínima, es decir 13 años de prisión, teniendo en cuenta que se trata de un concurso homogéneo de tipos penales donde el procesado con una misma acción infringió dos disposiciones de la ley penal que se encuadran en un homicidio y una tentativa de homicidio, pero que atendiendo lo normado en el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010 similar al artículo 30 de la Ley 522 de 1999, para efectos de dosificación punitiva en caso de concurso se impondrá la pena de mayor gravedad, y que en el caso estudiado es la que corresponde al delito de homicidio.

En el mismo sentido, dispone aumentar la pena de 13 años de prisión en otro tanto por motivo de la intensidad del dolo con la que el procesado cometió el delito de tentativa de homicidio, adicionando 6 meses de prisión, es decir, que finalmente la pena a imponer al procesado es de 13 años y 6 meses de prisión por la comisión de los delitos de homicidio y tentativa de homicidio.

Así mismo, le impone las penas accesorias de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por el término de 3 años, la

separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal.

También le niega el beneficio de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición legal, y no tasa perjuicios por los daños materiales causados toda vez que no se promovió la acción civil dentro de la actuación.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El Abogado RAFAEL ZULUAGA RAMÍREZ recurrió por vía de apelación la sentencia condenatoria en contra del PT ® ADRIÁN DÍAZ URBANO, manifestando desacuerdo con la valoración de la tipicidad subjetiva de las conductas por las cuales fue condenado su defendido, y adicionando que en la actuación se presentan una serie de dudas no absueltas, y por ende el juzgador debió resolverlas a favor del procesado absolviéndolo de los cargos endilgados.

Para la defensa es clara la materialidad de las conductas típicas, toda vez que está probado en el plenario que el procesado fue el causante del resultado, pero no está de acuerdo con la calificación dolosa que se le dio a su actuar.

Para soportar tal planteamiento refiere lo siguiente:

En primer lugar se refiere a la materialidad del ilícito y a la responsabilidad de la conducta, manifestando que las pruebas obrantes en el sumario y que fueron examinadas por el Juez de Primera Instancia no han conducido a la certeza de la responsabilidad del procesado, quien ha planteado inconsistencias, dudas e incoherencias en algunos planteamientos expuestos por su defendido y por la defensa, que no se han podido aclarar, y permanecen dentro de la investigación, lo que necesariamente debió resolverse a favor del procesado.

Señala que el Juez de conocimiento para subsanar las dudas planteadas le dio plena credibilidad a la víctima, a quien considera no puede mentir como los demás seres humanos, olvidando que su testimonio se ha ido perfeccionando con el paso del tiempo y que éste se encontraba tanto o más asustado que el PT. DÍAZ URBANO, y que por ello no le es posible darle plena claridad de cómo y por qué sucedieron los hechos, por lo que debe cobijársele con la presunción de inocencia y la buena fe.

Añade que se han violado los derechos y garantías fundamentales por el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, refiere que el proceso se sustentó básicamente sobre las

versiones del procesado y de la víctima, las cuales son contradictorias, pero que las manifestaciones de la víctima son dudosas y que ello permite darle fuerza a la versión del procesado, es así que no se logra el grado de certeza requerido para condenar, pues aun con las dudas que se extraen de lo dicho por la víctima se le dio plena credibilidad a su testimonio, y este fue utilizado como uno de los elementos para imponer la condena en contra de su defendido.

En el mismo sentido cuestiona el testimonio de la víctima que sufrió las lesiones, refiriéndose al señor RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA cuando afirmó que hizo un giro en "U" para evitar atropellar al policial que le sale por el lado izquierdo, lo cual es falso porque si alcanzaba a girar con mayor facilidad hubiese frenado, igualmente el procesado estaba de seguridad del retén y no era visible, y además la lógica enseña que quien pretende evadir un retén, lo hace cuando cree que no lo observan, así que el procesado solo aparece luego de que la víctima hace el giro.

Adiciona que hay una errada interpretación del juez de instancia cuando indicó en su sentencia que al momento del disparo la moto estaba detenida, con sus ocupantes sobre ella pero de pie y con las manos en alto, y que esa apreciación es corroborada por las trayectorias del disparo, lo cual no es

real puesto que la defensa insiste en que la trayectoria del disparo registrada no puede darse con las víctimas de pie, toda vez que se exige que quien dispara tenga el arma arriba de su cabeza y que si coincide con un arma disparada desde el hombro estando las víctimas sobre la moto, sentadas y levemente inclinadas hacia adelante, apreciación última que es creíble como quiera que cuando se pretende frenar ante una orden de alto se sostiene fuerte el manillar de la moto para oprimir el freno, y ello obliga a que el cuerpo se incline hacia adelante, así que se le debe dar mayor credibilidad a la versión del procesado que a la del señor CORTÉS SANTAMARÍA.

Refiere que el fallador de primera instancia obvió las acciones realizadas en contra de la Fuerza Pública sobre el sector donde ocurrieron los hechos y que infundieron temor sobre el procesado al momento de actuar, igualmente la duda respecto si el procesado fue atropellado o sintió que iba a serlo.

En segundo lugar se refiere a la necesidad de la prueba, frente a ello señala el apelante que la intención del procesado fue presumida de la manera más gravosa, que ningún elemento pudo señalar su intención más allá de las presunciones y que no existe razón para concluir que el querer del procesado era matar, que la sentencia se estructuró

sobre una serie de ratiocinios *in malam partem*, presunciones de responsabilidad e interpretaciones desfavorables de las pruebas, y que todo ello conduce a la duda la cual debe favorecer al procesado.

En tercer lugar se refiere a la presunción de inocencia, para ello cita apartes de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A continuación, el apelante se refiere al hecho de que solo se realizó un disparo, que fue un hecho repentino y sin planeamiento, que si el procesado tuviese la intención de matar en ese momento, hubiese realizado más disparos, pero como fue un solo disparo ello confirma que fue accidental e imprudente.

Finalmente insiste en que hay ausencia de certeza para condenar, y también ausencia de intención en herir y dar muerte a las víctimas, que tal vez el procesado omitió las reglas por la errada apreciación de que iba a ser arrollado.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Por su parte, el Ministerio público considera que el recurso de apelación de la defensa del procesado

no tiene vocación de éxito, así que la sentencia condenatoria de primera instancia debe ser confirmada, para soportar tal concepto indica lo siguiente:

Refiere que de acuerdo a las actuaciones obrantes en el proceso se tiene que para el 14 de diciembre de 2004 el procesado estaba designado para realizar puesto de control en el sector denominado Curva del Diablo en la ciudad de Medellín, que estando allí percibió la presencia de la motocicleta donde se movilizaban las víctimas, quienes al ver el retén tratan de evadirlo y quedan de frente suyo, luego se escucha un disparo realizado por el procesado que impacta a los dos ocupantes de la motocicleta quienes caen al suelo, y luego se establece que eran padre e hijo, quedando lesionado el primero y muerto el segundo.

Indica que el autor del homicidio y la tentativa de homicidio de las personas antes referenciadas fue el PT ® DÍAZ URBANO, quien ejecutó tales conductas en forma dolosa.

Por otra parte, señala que luego de verificadas las pruebas obrantes en el plenario ello permite afirmar que el actuar desplegado por el procesado fue apresurado respecto al uso de su arma de dotación excediendo el uso de la fuerza, que las víctimas que se movilizaban en la motocicleta no

representaban ningún peligro para el procesado, y que el hecho de evadir el retén dando vuelta y volviendo por dónde venían no daba pie para que el procesado accionara su arma de dotación contra las víctimas.

Señala que el actuar además de apresurado fue innecesario y que las víctimas no representaban un peligro inminente y concreto para los demás uniformados, que por la formación del uniformado y tratarse de un puesto de control, éste tenía toda la capacidad para detener y controlar la posible huida de las víctimas sin necesidad de hacer uso de arma de fuego.

Respecto a la versión de los hechos por parte del procesado, señala que no es cierta puesto que la misma prueba pericial obrante en el plenario desmiente tal versión, que de llegar a ser aceptado lo manifestado por el encartado respecto a que el arma se disparó cuando la motocicleta chocó con éste, es claro que la distancia hubiese sido mínima y no de 2.5 metros tal como lo establecen las pruebas periciales obrantes en el expediente, para lo cual hace transcripciones textuales del peritaje de balística y del realizado a las prendas de vestir de las víctimas.

Precisa que las probanzas arrojan que el procesado actuó de manera voluntaria y consciente, que su intención era impactar a los sujetos que huían,

teniendo claro que su arma era de largo alcance y por tanto los resultados graves y además que la misma estaba desasegurada y lista para disparar, que el PT. DÍAZ URBANO tenía claro que al apuntar el arma y accionar el disparador podían ocurrir resultados concretos como lesiones y muerte, que lo hizo asumiendo como posible los mismos, no haciendo nada para evitarlo, y que desplegó todos los actos externos para que fuera demostrada su intención de impactar a las víctimas.

Estima que el procesado no usó de manera adecuada la fuerza, pues sabía que como miembro de la Fuerza Pública solo podía hacer uso ésta dentro del marco de la necesidad, racionalidad y proporcionalidad, pero que desconoció tales presupuestos causando la muerte a una de las víctimas y lesionando a la otra, configurándose los punibles en modalidad dolosa. Luego Continúa transcribiendo apartes de una decisión proferida por esta sala de decisión donde se hizo referencia a la misión constitucional que cumple la Policía Nacional en lo que tiene que ver con la prevención y el uso de la fuerza⁵⁶.

Para concluir su intervención termina afirmando que la conducta del procesado encuadra en un homicidio de carácter doloso respecto de RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ y una tentativa de homicidio respecto de RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, conducta última que

⁵⁶ Tribunal Superior Militar, decisión de 28 de noviembre de 2011, MP. CN, Carlos Alberto Dulce Pereira. Rad. 157114.

no se materializó por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, y añade que en el caso concreto se dieron los elementos volitivo y cognitivo constitutivos del dolo en el actuar del procesado respecto de las conductas endilgadas.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer de la apelación de conformidad con el Artículo 283-3 de la Ley 522 de 1999, la que se desarrolla con las limitaciones que impone el artículo 583 de la misma obra, de tal suerte que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el impugnante, salvo la nulidad y los aspectos inescindiblemente vinculados a la investigación.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurrente plantea varios cuestionamientos para atacar la sentencia del a quo en aras de lograr la absolución de su defendido; el principal de ellos tiene que ver con la tipicidad subjetiva de las conductas penales por las cuales fue condenado el procesado y que en la sentencia apelada fueron calificadas por el Juez de Instancia como dolosas, específicamente dolo eventual respecto del homicidio de RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ (Ocupante de atrás en la motocicleta), y dolo de segundo grado respecto de la tentativa de homicidio de que fue víctima RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA (Conductor de la motocicleta).

Frente a lo anterior, el recurrente manifiesta que no hubo dolo por parte del procesado en la ejecución de los delitos por los cuales fue condenado en primera instancia, que su actuar fue imprudente y a la vez motivado por las circunstancias de orden público registradas en la zona donde ocurrieron los hechos, las cuales generaron temor en el procesado, y además que existe duda respecto a si éste fue atropellado por la motocicleta donde se movilizaban las víctimas o si solamente sintió que sería atropellado por esta, adicionando que se le dio plena credibilidad a la versión de los hechos de RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, cuando en realidad su testimonio genera varias dudas.

Pues bien, frente a tales cuestionamientos considera la Sala que no le asiste razón al apelante, puesto que la razón está de parte del Juzgado de Instancia, de la Fiscalía Penal Militar y del concepto emitido por el Ministerio Público que actúa ante la Corporación, como se explicará a continuación.

No podemos hablar de un actuar imprudente por parte del procesado, y los argumentos en ese sentido fueron expuestos en pretérita oportunidad por la Sala Tercera de Decisión mediante proveído del 26 de noviembre de 2014, cuando se decretó la nulidad

de lo actuado dentro de las presentes sumarias a partir de la resolución de acusación por error en la calificación de una de las conductas por las cuales fue llamado a juicio el procesado⁵⁷.

Así las cosas se reitera que en la actuación solo se evidencian dos versiones contradictorias de lo ocurrido, las cuales fueron rendidas por el procesado y la víctima que no falleció, toda vez que no hubo más testigos presenciales de los hechos ocurridos, por un lado tenemos la versión del procesado, PT ® ADRIÁN DÍAZ URBANO quien refirió lo siguiente:

"...Para ese día yo me encontraba de puesto de control, antes de llegar al puesto de control yo estaba de seguridad previo a la parte de abajo, cuando los señores pasan por mi lado a alta velocidad en una motocicleta, cuando ven el puesto de control, inmediatamente dan la vuelta y se regresan en contravía, cuando ellos regresan es donde yo salgo a hacerles el pare, yo llevaba el fusil en la mano derecha y con la mano izquierda les hice la señal de alto, a lo que ellos hicieron caso omiso, fue donde me tiraron la moto sobre mi cuerpo, en el momento del impacto se acciona mi arma de dotación tipo fusil 5.56 y es donde se produce el impacto sobre los dos ciudadanos, en el impacto caigo al piso, posición de espalda, el fusil al lado y los señores quedaron a un lado..."⁵⁸.

Y por otra parte, la versión de RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, quien manifestó lo siguiente:

"...Yo salí de San Lucas con mi hijo en la moto a las dos y treinta de la tarde aproximadamente cogí la avenida del Río, antes de llegar a la curva me sale un agente de la Policía de la manga que se

⁵⁷ Folios 1778-1800 CO9 y 1801-1826 CO10

⁵⁸ Folio 1358 C.O.7

ubica a mano izquierda en la curva del diablo, al salir él yo freno y hago la U, el policía este no me dice absolutamente nada, me da la vuelta por detrás y se me para de frente, yo inmediatamente levanto las manos y le grito que no dispare, y eso es lo que hace él, me dispara, yo caigo al piso, en el piso lo veo que coge el fusil lo descarga al piso y se arrodilla, el hijo mío herido me monto al taxi, llegamos a la unidad intermedia de Santa Cruz y de ahí me pasaron para el hospital general, esos fueron los hechos que ocurrieron ese día..”⁵⁹.

Es evidente la contradicción en ambas versiones como se ha dicho en precedencia, aspecto en que se apoya la defensa del procesado para exponer un manto de duda y buscar la absolución de su defendido, sin embargo olvida que lo que determina en últimas la forma como realmente ocurrieron los hechos, es la prueba técnica que al analizarse con detenimiento encuentra respaldo en la versión expuesta por RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, y no en las exposiciones del procesado.

Es así que nuevamente se hace necesario hacer referencia a las resultas de todas las pruebas periciales practicadas en el proceso, empezando por el protocolo de necropsia del occiso RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ, en el cual se registró que:

“...proyectil de arma de fuego que ingresa en la parte anterior del abdomen y que sigue un trayecto hacia atrás y abajo”⁶⁰.

⁵⁹ Folio 314 C.O.2

⁶⁰ Folio 290 C.O.2

El referido dictamen es coherente con el informe de balística de trayectorias de disparo No. LBAF-DRNC-0332-2009 donde se registró lo siguiente:

"...De acuerdo a lo consignado en el protocolo de necropsia y en el diagrama de lesiones, es claro que el proyectil del arma de fuego que ocasiono las lesiones en la humanidad de RUBEN DARIO CORTEZ LOPEZ llevaba una trayectoria de adelante hacia atrás, de arriba hacia abajo y de izquierda a derecha, realizando una trayectoria interna que lesiona órganos y se aloja en flanco posterior derecho, el cual fue recuperado..."⁶¹.

El Citado informe respecto de RAÚL ANTONIO CORTÉS contiene que:

"...De acuerdo a lo consignado en historias clínicas, reconocimiento médico legal e inspección ocular, es claro que el proyectil de arma de fuego que ocasiono las lesiones en la humanidad de RAUL ANTONIO CORTEZ llevaba una trayectoria de adelante hacia atrás, de arriba hacia abajo y de izquierda a derecha realizando unas trayectoria interna que lesiona órganos y genera salida en la parte posterior (espalda)..."⁶².

(...)

"...Que la trayectoria que llevaba el proyectil en el momento de impactar la humanidad del hoy occiso RUBEN DARÍO CORTEZ LOPEZ y al lesionado RAUL ANTONIO CORTEZ fue de adelante hacia atrás y ligeramente de izquierda a derecha; teniendo en cuenta la altura 1.74 metros, la ubicación del orificio de entrada, el orificio de salida y la ubicación del proyectil recuperado, uniendo estos con una línea forman una misma trayectoria, por lo cual para que este mismo proyectil realizara las trayectorias descritas, las dos personas estaban uno adelante del otro, en posición vertical, ligeramente hacia la izquierda de frente al victimario..."⁶³.

Parte entonces de un hecho cierto el dictamen:

⁶¹ Folios 885-894 C.O.5

⁶² Ibidem

⁶³ Ibidem.

"Los dos (2) cuerpos fueron impactados por un mismo proyectil que llevaba una trayectoria lineal en dirección de izquierda a derecha, de arriba hacia abajo y de adelante hacia atrás..."⁶⁴.

De esta manera llegan a la siguiente conclusión:

"Teniendo en cuenta la inclinación, dirección de las trayectorias, las cuales son lineales con inclinación de arriba hacia abajo, trayectorias que están constituidas con respecto a la prolongación del eje del cañón alienado con los orificios de entrada, salida y zona anatómica donde fue recuperado un proyectil, indica que los cuerpos en el momento de recibir los impactos se encontraban en posición vertical (de pie) uno detrás de otro ligeramente hacia la izquierda y de frente al victimario. (El subrayado es nuestro)."

El Patrullero DÍAZ URBANO ADRIÁN debió haberse encontrado posición vertical, y ligeramente al lado izquierdo de las víctimas cuando se efectuó el disparo; lo que indica que el arma de fuego que portaba el patrullero se encontraba en posición horizontal, levemente inclinada hacia abajo y la boca del cañón alineada con las zonas impactadas..."⁶⁵.

Lo antes anotado es posteriormente reiterado en la ampliación del mismo dictamen de balística a solicitud de la defensa del procesado, donde se consignó lo siguiente:

"...15. **Lo preguntado:** En qué se fundamenta para decir que los cuerpos que recibieron el impacto estaban en forma vertical, es decir, ambos de pie, conclusión que es contra la evidencia porque tanto procesado como víctimas y en las misma reconstrucción de hechos quedo establecido que tanto occiso como herido se conducían al momento de recibir en impacto en una moto, es decir, estaban sentadas en dicho aparato.

Respuesta: A partir de los hallazgos de los elementos y la información aportada como material de referencia (Dos cuadernos con 299 y 608 folios), se realizan reconstrucción virtual, teniendo en cuentas los datos antropométricos de los dos cuerpos impactados, y a la altura del implicado"⁶⁶.

⁶⁴ Ibídem.

⁶⁵ Folio 893 C.O.5

⁶⁶ Folio 933 C.O. 5

Además de lo anterior, es importante referenciar la distancia en que se realizó el disparo que impactó a ambas víctimas, y que fue establecida de la siguiente manera en el informe pericial No. DRNC-LBAF-1038-2005 obrante en el plenario:

"...Los hallazgos físicos y químicos realizados a las prendas de vestir se encontraron residuos de disparo, lo que permite establecer que el disparo que ocasionó los orificios de entrada en las prendas enumeradas con 1/3 y 2/3 analizadas, motivo del presente informe, fueron originados a una distancia con un rango aproximado mayor o igual de 2.5 metros y menor de 4.0 metros, entre la boca de fuego de arma y las superficies impactadas..."⁶⁷".

En el mismo sentido, y continuando con el análisis respecto a la distancia entre víctimas y procesado cuando se produjo el disparo, en la ampliación del testimonio de RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA hizo mención a que en ningún momento colisionó con el procesado, lo que indica es que se ubicó a una distancia de 3 a 4 metros del procesado, y que cuando éste disparó, la motocicleta estaba detenida y no en movimiento⁶⁸.

Sobre estas consideraciones, la Sala de Decisión se había detenido luego de analizar la prueba técnica allegada al plenario, concluyendo lo siguiente frente a este mismo caso:

"De la prueba técnica antes transcrita y de las afirmaciones de RAÚL ANTONIO CORTES SANTAMARIA, se

⁶⁷ Folio 883-884 C.O.5

⁶⁸ Folios 1432 -1433 C.O.7

establece claramente cuál fue la posición que dice haber tenido el procesado frente a las víctimas, así como la forma en que éste realizó el disparo y cómo impactó a los dos ocupantes de la motocicleta, lo que tiene como corolario que efectivamente el orificio de entrada como lo indica la prueba técnica forense fue ocasionado por proyectil disparado por arma de fuego, descartando que este se hubiese producido a una distancia aproximada de un metro o menos, pues si bien efectivamente el conductor de la moto decide girar 180 grados para regresar, bien hubiese sido por eludir el retén o por haber visto al policial DÍAZ URBANO cuando este salió a su encuentro, lo cierto es que ninguno de los dos llevaba consigo armas de fuego o de otro tipo que representasen un peligro para el policial, menos que apuntándoles tratasen de arrollarlo cuando el arma que portaba era un fusil.

Teniendo en cuenta el disparo, la zona corporal en la que impactó a RAÚL ANTONIO CORTES SANTAMARIA, la forma como el mismo proyectil atravesó esta persona para luego impactar también a su hijo RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ, quien luego murió como consecuencia de la lesión sufrida, y además de tener en cuenta la distancia del disparo que arroja la prueba técnica que como se ha dicho oscila entre los 2.5 a 4.0 metros, donde a esa distancia para un tirador con poca experiencia inclusive, el blanco es totalmente visible y no necesita alinear perfectamente el punto de mira trasero con el delantero de su fusil para impactar en el blanco, por ello es clara la intencionalidad del autor material del hecho.

(...)

"... Así las cosas, con los dictámenes referidos, teniendo en cuenta la valoración de las pruebas que han hecho tanto el ente fiscal como el juzgador, lo que se evidencia es la materialización de una agresión, con un resultado objetivo que refleja en la actuación procesal la intencionalidad y la forma como tuvieron ocurrencia los hechos, lo que permite inferir cual fue el designio de quien llevó a cabo la conducta, y dicho designio se refleja a través de los actos externos ejecutados; el arma que utilizó el PT. (R) DÍAZ URBANO que era nada más y nada menos que un fusil tipo Galil, arma de largo alcance, previamente cargada y desasegurada, la forma como la empleó y la localización de la herida en el cuerpo y humanidad de la víctima RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, con las consecuencias por demás de grave consideración y que obran en el dictamen médico legal por lesiones las cuales le generaron una incapacidad laboral definitiva de 180 días y secuelas por deformidad física que afectan el cuerpo por múltiples cicatrices en el tórax y abdomen, perturbación funcional del órgano del sistema muscular por las hernias de la pared abdominal, perturbación funcional de órgano de la excreción urinaria por la pérdida del riñón izquierdo,

perturbación funcional del órgano del sistema digestivo por la colostomía, todas de carácter permanente.

A su vez, no se puede pasar por alto que al primero que le apuntó el policial con su arma de fuego fue al señor RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, quien conducía el velocípedo, persona a quien encañó con su arma y sobre la cual accionó su arma de dotación...”⁶⁹

Es así que tal criterio se mantiene en esta decisión, pues con todo lo dicho hasta el momento se establece que el procesado actuó en forma dolosa frente a la realización de las conductas punibles por las cuales fue llamado a juicio, pues es claro para la Sala que el disparo lo hizo cuando la motocicleta donde se movilizaban las víctimas ya se había detenido frente al procesado a una distancia considerable de éste (2.5 metros y menor de 4.0 metros según la prueba pericial), y sus ocupantes seguían sobre ella en posición de pie, lo que indica que el procesado tuvo tiempo suficiente de analizar la situación teniendo el arma cargada y desasegurada, lo que había realizado previamente, así como percatarse tanto de la presencia del conductor de la motocicleta como del ocupante de atrás, empero se decidió a accionar su arma (Fusil Galil calibre 5.56 mm) contra el conductor que estaba frente a él, lo que en efecto ocurrió produciéndose los resultados ya conocidos en autos, y para que ello fuese posible el procesado actuó con conciencia y voluntad que son los elementos constitutivos del dolo, pues de lo contrario se habría abstenido de disparar en dirección al abdomen

⁶⁹ Folios 1822 y 1823 CO10.

del conductor de la motocicleta logrando impactar no solo a éste sino también al acompañante.

Lo anterior para reafirmar que el debate se centra en el tema de la modalidad de la conducta punible, en este evento la conducta dolosa que se le imputa al policial procesado.

Hoy en día, con la nueva legislación (Ley 599/2000 y Ley 1407 de 2010) el dolo o mejor, la conducta dolosa no implica el conocimiento de un simple hecho, sino que se requiere conocer los hechos constitutivos de la infracción penal y querer su realización, por ende el conocimiento exigido para la estructuración del dolo (Tipo subjetivo), es el relacionado con el hecho que tenga relevancia típica.

Así las cosas, queda claro que el derecho penal y en particular la Constitución establece un derecho penal de acto como principio rector, siendo conducta humana (Artículo 9 del Ley 599 de 2000), lo que incluye un desvalor de acción y de resultado.

Como se ha dicho en precedencia, fue clara la intención de dar muerte del procesado, en ningún momento el fallador de primera instancia ha presumido el dolo, tal y como lo argumenta el recurrente, pues nótese que a la distancia en que

se produce el disparo el tirador tiene plena visibilidad del blanco, es decir, la motocicleta y sus dos ocupantes en frente de él a corta distancia, el blanco era evidente por su tamaño, y por otro lado el policial tenía conocimiento de la forma como se operaba el fusil y de la letalidad de un disparo producido a corta distancia contra un blanco que no está en movimiento, es más, tuvo tiempo incluso de seleccionar la parte del blanco a donde dirigiría el disparo, que para el caso fue el abdomen del conductor de la motocicleta RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARIA, además se percató de la presencia del ocupante que estaba detrás del conductor previendo que su disparo también lo alcanzaría, pues no podemos pasar por alto la capacidad de alcance del fusil galil calibre 5.56 milímetros, hecho del cual era conocedor el procesado.

Si la intención del procesado fuera otra, éste hubiese dirigido el disparo a una parte menos vital del cuerpo humano de las víctimas, a la misma motocicleta o al aire, o simplemente no utiliza su arma de dotación y controla la situación de otro modo, pero ello no ocurrió, lo que hizo fue optar por disparar intencionalmente contra los ocupantes de la motocicleta, cuando el procedimiento policial le señalaba cuál era su proceder frente a dos personas que no representaban en ese momento riesgo alguno para su vida.

Tampoco puede aceptarse la alegación de la defensa que corresponde a lo dicho por el procesado en su versión de los hechos, refiriendo que la motocicleta se le fue encima y fue atropellado, y que según la misma defensa, frente a tal afirmación persiste la duda en cómo ocurrieron los hechos realmente, puesto que si el procesado fue atropellado por la motocicleta tal y como lo manifestó que iba a ser arrollado, por ende y ante la presencia de tal duda no se debió condenar, toda vez que se trató de un momento confuso en el que el encartado vio una motocicleta que se dirigía hacia él y se defendió como le era posible.

Para dar solución al cuestionamiento del impugnante nos apoyamos una vez más en los resultados de la prueba pericial que claramente descartan tal apreciación, especialmente por la distancia del disparo, la trayectoria del mismo que impactó a ambas víctimas, y lo consignado en el peritaje de balística DRNC-LBAF-0237-2010 de fecha 22 de septiembre de 2010, que corresponde a aclaración de dictámenes periciales solicitada por la defensa del procesado, donde se precisó lo siguiente:

*"16. **Lo preguntado:** Teniendo en cuenta el no cumplimiento del protocolo de embalaje, rotulación y fijación de las evidencias y la manipulación de las mismas, si resulta viable que el desarrollo de los hechos correspondieran con lo relatado por el policía Díaz Urbano, esto es, que las víctimas se chocaron contra la boquilla del fusil y esto activó el mismo.*

Respuesta: es poco probable que esto sucediera, ya que para la realización de un disparo es necesario 1. Cargar un cartucho en la recámara, 2. Quitar los seguros del arma para quedar en posición de fuego, 3. Oprimir el disparador; por ende para que se produzca el disparo, se debe cumplir con los pasos antes anotados, es de anotar que las armas de fuego no se disparan haciendo presión sobre el cañón⁷⁰.

Adicionalmente, en la prueba pericial se estableció que el procesado debió haberse encontrado en posición vertical y ligeramente al lado izquierdo de la víctimas cuando realizó el disparo, y que el fusil que llevaba estaba en posición horizontal levemente inclinado hacia abajo y con la boca del cañón alineando al blanco.⁷¹".

Ahora, no se evidencia ningún tipo de agresión de la que presuntamente se defendió el procesado, pues nótese que con lo dicho anteriormente éste no fue arrollado por la motocicleta donde se movilizaban las víctimas, ni se registra algún tipo de hostilidad de éstas contra el procesado, ni siquiera portaban armas de fuego.

De acuerdo a los criterios señalados, queda descartado el actuar imprudente del procesado, toda vez que no aflora en el decurso procesal y en particular en las probanzas arrimadas, responsabilidad a título de culpa, de un actuar imprudente donde se indique una falta al deber objetivo de cuidado o un actuar por negligencia,

⁷⁰ Folio 933

⁷¹ Folio 893 C.O.5

impericia, imprudencia, o violación a los reglamentos, basta incluso ver las actuaciones que en su momento se surtieron en la justicia ordinaria, lo que ratifica que su actuar en realidad fue doloso, sin embargo el fallador de primera instancia ha errado en la calificación específica respecto del tipo de dolo con el que actuó el procesado al producir los resultados ya conocidos, factor de suma importancia a abordar en una decisión como la que hoy se cuestiona, pues tal aspecto influye notablemente en la dosificación punitiva de la pena impuesta al procesado en la sentencia apelada.

Pues bien, tenemos que el fallador de primera instancia inicialmente refirió un dolo directo de segundo grado para el delito de tentativa de homicidio, y luego aclaró que respecto de este delito se trataba era de un dolo eventual tal y como lo presentó la Fiscalía Penal Militar, para luego decir que el procesado disparó con la intención de lesionar de muerte a RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA (Conductor de la motocicleta) dejando la probabilidad de lesionar a RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ (Ocupante de atrás) al azar o a la suerte (Dolo eventual).

De los confusos argumentos del Juez de Instancia lo que indica en su sentencia es que el procesado actuó con dolo eventual respecto del homicidio de

RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ (Ocupante de atrás en la motocicleta), y dolo de segundo grado respecto de la tentativa de homicidio de que fue víctima RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA (Conductor de la motocicleta).

Consideramos que tal apreciación además de errada es equivocada frente a la dogmática jurídica penal, toda vez que se trató de un dolo directo de primer grado, intencional o inmediato respecto del resultado producido - Homicidio y tentativa de homicidio-, esta clasificación del dolo es definida por la doctrina como *"...aquel que se presenta cuando la realización del tipo ha sido perseguida de manera directa por la voluntad del agente; así verbigracia, el autor quiere hurtar y lo lleva a cabo, quiere matar y lo ejecuta. Como se ve, en esta especie de dolo directo predomina el componente volitivo sobre el cognoscitivo, y a él se refiere el artículo 22 en su primera parte: "la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización", con lo que no queda ninguna duda en el sentido de que esta modalidad de dolo requiere tanto un componente intelectual como volitivo."*⁷²

La misma Corte Suprema de Justicia frente al dolo de primer grado ha precisado que:

"...tres clases de dolo: El directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual.

"El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se

⁷² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ FERNANDO, Manual de derecho penal parte general, Carta edición 2009, Librería jurídica Comlibros, pág 625.

presenta como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consciente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.

En todos los eventos es necesario que concurran los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo...”⁷³

En el caso bajo examen se dan los presupuestos legales, doctrinales y jurisprudenciales antes transcritos, toda vez que el disparo fue realizado por el procesado cuando la motocicleta estaba estática frente a él, con los dos ocupantes en posición de pie a los que impactó con tal disparo, la distancia en que se realizó el disparo oscila entre 2.5 y menor a 4.0 metros, las dos personas que ocupaban la motocicleta estaban ubicadas una detrás de la otra casi unidas formando un mismo blanco fijo frente al tirador quien era consciente de ello, el disparo fue dirigido por el procesado a una parte vital del cuerpo humano de las víctimas - abdomen-, el procesado tenía su fusil desasegurado y cargado previo al disparo realizado, el procesado por su condición sabía cómo operar el fusil galil calibre 5.56 mm que portaba en ese momento, así como el alcance del mismo y la letalidad de un disparo con munición del mismo calibre producido a corta distancia contra un blanco humano estático.

De lo anterior se infiere que en el escenario de los hechos el procesado tenía un conocimiento actual y real de lo que estaba haciendo al cargar,

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 32964 citado en el Radicado 31580 de 24-11-1, MP. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

desasegurar y apuntar con su fusil al blanco que tenía de frente, incluso en la selección de la parte del blanco a dónde apuntó, el procesado actuó con una finalidad directa motivada más por la voluntad (querer) que sobre el mismo conocimiento que es lo que caracteriza esta modalidad de dolo, voluntad que se evidencia cuando éste se decide a disparar contra los ocupantes de la motocicleta y así exteriorizar sus intenciones, lo que de plano descarta el dolo en segundo grado, pues en esta última predomina el componente cognoscitivo.

No podemos hablar de un dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias respecto de la tentativa de homicidio de la que fue víctima RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA tal y como lo planteó el fallador de primera instancia en su providencia, esta clasificación está definida por la doctrina de la siguiente manera *"... que se presenta cuando el actor- para la realización del fin propuesto- asume los efectos concomitantes derivados de modo inevitable de la puesta en marcha de la acción; así por ejemplo, el homicida que para lograr la muerte de la víctima, a la que pretende eliminar con el estallido de una bomba del vehículo, asume el deceso del conductor que lo acompaña a diario, por lo cual este último resultado (verdadero efecto concomitante de la acción) aparece ligado en la conciencia del autor con el fin querido por él, de una manera necesaria..."*⁷⁴.

La intencionalidad del procesado no tenía como fin único y específico dar muerte al ocupante de atrás de la motocicleta asumiendo como probable la muerte

⁷⁴ Ibid, pág 625.

del conductor que estaba adelante para llegar a su objetivo, pues esto sería un contrasentido desde el punto de vista dogmático, pues claro es que el disparo fue dirigido con la intencionalidad (Voluntad) de impactar a los dos ocupantes de la moto que formaban un solo blanco a corta distancia del procesado, solo que por circunstancias ajenas a la voluntad del agente el conductor no murió pero si resultó gravemente lesionado como se describe en el dictamen de medicina legal: *"CONCLUSIÓN: MECANISMO CAUSAL: Proyectil de arma de fuego, incapacidad médico legal DEFINITIVA. CIENTO OCHENTA (180) DIAS. SECUELAS MEDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el cuerpo por las múltiples cicatrices del tórax y abdomen, de carácter permanente; perturbación funcional de órgano del sistema muscular por las hernias de la pared abdominal, de carácter permanente; perturbación funcional del órgano de la excreción urinaria por la pérdida del riñón izquierdo, de carácter permanente; perturbación funcional del órgano del sistema digestivo por la colostomía, de carácter permanente."*⁷⁵

Tampoco podemos aceptar la teoría del dolo eventual respecto de la muerte del ocupante de atrás de la motocicleta, es decir, RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ, figura definida por la doctrina como "... mal llamado condicionado, porque, sin duda, la voluntad de realización del tipo es incondicional- cuando el agente asume como probable la realización del tipo penal, con el consiguiente menoscabo para el bien jurídico tutelado, y, a pesar de ello, actúa para alcanzar el fin perseguido. Así sucede, por ejemplo cuando el autor al disparar en la vía pública sobre su víctima, a la que le da

⁷⁵ Folio 475 CO3.

muerte, deja librada la suerte de la lesión- que también se produce - del peatón ocasional...”⁷⁶

Frente a este punto, la muerte de RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ (ocupante de atrás de la motocicleta) no encuadra en la definición del dolo eventual donde predomina el conocimiento sobre una voluntad disminuida en el autor que se traduce en la aceptación del resultado no querido, en este estadio del dolo el autor deja librado al azar el curso causal y lo hace no interviniendo en lo absoluto, adoptando la indiferencia porque acepta la probable producción del resultado que no quiere, por el contrario, lo que se evidencia es la intencionalidad del procesado de agredir tanto al conductor como al ocupante, intención que fue contemplada por el agente y a la vez ejecutada por éste dadas las circunstancias en que se dieron los hechos ya explicados, pues en este evento en particular que calificó el juzgador primario como dolo eventual, es donde se evidencia de manera clara el dolo de primer grado.

Como corolario de lo anterior se puede colegir que el procesado sabía que su obrar resultaba idóneo para atentar contra la vida de RUBÉN DARÍO CORTÉS LÓPEZ y RAÚL ANTONIO CORTÉS SANTAMARÍA, razón suficiente para afirmar que su proceder fue intencional, atentado de manera inequívoca contra las víctimas referidas, permitiendo afirmar que

⁷⁶ Ibid, págs. 625-626.

respecto del resultado, éste se concretó en un dolo directo de primer grado.

Punibilidad

Tanto la ley penal ordinaria y militar en principio no se ocupan de las consecuencias penales de cada uno de los tipos de dolo antes referenciados, sin embargo debe tenerse en cuenta tal clasificación en los fundamentos para la individualización de la pena, la misma ley penal hace referencia a que una vez establecidos el cuarto o cuartos donde deberá moverse el juzgador éste deberá tener en cuenta la intensidad del dolo, así como en la tentativa el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo⁷⁷.

En el presente caso el fallador de primera instancia refirió que atendiendo las condiciones del procesado, la ausencia de circunstancias de agravación punitiva en la acusación, la presencia solo de atenuantes, y la intensidad del dolo con la que actuó el procesado pero solo respecto del tipo penal de tentativa de homicidio, optó por imponer la pena mínima para el delito de homicidio simple aumentada en otro tanto por el concurso con el delito de tentativa de homicidio, otro tanto que tasó en 6 meses, quedando la pena de prisión fijada en 13 años y 6 meses.

⁷⁷ Ley 1407 de 2010, art 61; Ley 599 de 2000, art 61.

Pero como se ha dicho en precedencia, la intensidad del dolo con la que se debió graduar la pena en este caso debió ser por un dolo directo de primer grado para ambas conductas y no como lo planteó el Juez de Instancia, así que a pesar de no contarse con circunstancias de agravación punitiva y solo atenuantes, la pena no podría haber sido la mínima tal y como la tasó el Juez de Instancia, aunado a ello no analizó el grado de la tentativa al momento de dosificar la pena como lo demanda el inciso 4 de artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, pues a pesar de que la ley dispone que la pena a imponer en caso de concurso es la pena por el delito más grave, al momento de tasar la pena deben tenerse en cuenta aspectos como la intensidad del dolo y la culpa, así como el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo en la tentativa de los demás delitos concurrentes, hecho que pasó por alto el Juez de Instancia.

Atendiendo los criterios anteriores, a continuación se expondrá la forma como debió tasarse la pena en el presente asunto.

Empecemos por referir que la pena de prisión a imponer al procesado, en efecto es la prevista para el tipo penal de homicidio, la cual es más grave que la señalada para el tipo penal de tentativa de homicidio, de acuerdo a las reglas del artículo 32

de la Ley 1407 de 2010, que regula lo concerniente a la punibilidad en caso de concurso de conductas punibles.

Para llegar a la anterior conclusión, es preciso indicar que en orden a establecer la pena a imponer por el delito más grave no se puede hacer en forma genérica solamente observando los extremos punitivos de los tipos penales del concurso, sino mediante la dosificación concreta de la pena que ha de aplicarse al procesado en cada uno de los delitos, que para este asunto es el delito de homicidio y el delito de tentativa de homicidio, para luego de tener todas las penas debidamente dosificadas, hacer la comparación respectiva y de ese modo determinar cuál de ellas es la más grave procediendo luego a realizar el incremento de hasta en otro tanto del artículo 32 de la Ley 1407 de 2010, así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia cuando interpretó el artículo 31 del Código Penal- Ley 599 de 2000-:

*"Sobre el alcance hermenéutico del artículo 31 del Código Penal, resulta oportuno recordar lo que de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha precisado al respecto:"*⁷⁸

"La punibilidad en el concurso de delitos (artículo 26 ídem) parte de la pena para el delito base que no es otro que el más grave desde el punto de vista de la sanción, aspecto éste que no se establece examinando simplemente el factor cuantitativo y cualitativo de los extremos punitivos mínimo y máximo previstos en

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 25304 de fecha 16 de abril de 2008, MP. Dr. JORGE LUS QUINTERO MILANES y JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

abstracto en los respectivos tipos penales, sino mediante la individualización concreta de la que ha de aplicarse en cada uno de los delitos en concurso, por el procedimiento referido en los párrafos anteriores. Las penas para las conductas punibles concurrentes se confrontan para optarse por la de mayor intensidad. Es con relación a ésta pena considerada como la más grave, sobre la que opera el incremento 'hasta en otro tanto' autorizado por el artículo 26 del Código Penal, con las limitantes que en seguida se señalarán.

"El 'otro tanto' autorizado como pena en el concurso delictual no se calcula con base en el extremo punitivo mayor previsto en el tipo penal aplicado como delito base, ese 'tanto' corresponde a la pena individualizada en el caso particular mediante el procedimiento indicado para el delito más grave. Esta es la sanción que se incrementa habida consideración de las modalidades específicas, gravedad y número de delitos concursantes, sin que pueda exceder el doble, ni resultar superior a la suma aritmética de las que corresponderían si el juzgamiento se realizara separadamente para las distintas infracciones, ni superar los 40 años de prisión de que trata el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

"Valga aclarar que la expresión **suma aritmética** mencionada en el artículo 28 del C. P. (hoy artículo 31) es una limitante del 'tanto' en que puede aumentarse la pena por el número plural homogéneo o heterogéneo de conductas delictivas que simultáneamente en una actuación procesal deban sancionarse, pero nada tiene que ver esa suma con el sistema denominado 'acumulación aritmética', el cual corresponde a la aplicación del principio 'tot delicia, tot poena', y que significa agregar materialmente las penas de todos los reatos consumados, siendo su resultado la sanción a imponerse. El legislador colombiano, en el código de 1980 como en de año 2000, acogió en los artículos 26 y 31 en mención, el sistema de la adición jurídica de penas, que consiste en acumularlas por debajo de la suma aritmética, sobresaliendo el hecho de que el aumento punitivo se toma a partir de la sanción individualizada para el delito base, sin importar la naturaleza y especie de la pena de los delitos concurrentes, a condición de que en éstos prime la menor intensidad punitiva en relación con la del básico y, en los eventos en que prevean adicionalmente una consecuencia jurídica distinta a la prevista en ésta, como lo dicen las normas citadas, se tendrá en cuenta, a efectos de hacer la tasación correspondiente "⁷⁹

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 15868 del 15 de mayo de 2003. de fecha 16 de abril de 2008, MP. Dr. HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Ahora, en el presente caso la aplicación del artículo 32 de la Ley 1407 de 2010 para establecer la pena de prisión a imponer por el delito más grave se debe realizar de la siguiente manera, no sin antes dejar claro que la pena de que se parte para los delitos endilgados al procesado es la contemplada en cada uno de ellos en la Ley 599 de 2000 sin los incrementos punitivos dispuestos en la Ley 890 de 2004, si bien los hechos ocurren el 14 de diciembre de 2004, dichos incrementos fueron diseñados para la implementación del sistema penal acusatorio y por tanto no tienen aplicación en el procedimiento regido por la Ley 600 de 2000, hecho totalmente asimilable en esta jurisdicción donde se aplica el procedimiento previsto en la Ley 522 de 1999 y que a pesar de haberse expedido la ley 1407 de 2010 y la Ley 1765 de 2015 para su implementación en la parte procesal, a la fecha no se está dando aplicación a dicho procedimiento, apreciación que encuentra respaldo en decisiones de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala en varias oportunidades⁸⁰.

Delito de homicidio simple -Artículo 103 de la Ley 599 de 2000.

Pena: de trece (13) a veinticinco (25) años.

Extremo mínimo: 13 años (156 meses)

Extremo máximo: 25 años (300 meses)

⁸⁰ Tribunal Superior Militar, aclaración de voto dentro del radicado 157148, octubre de 2011, Magistrado MY (r.) Marycel Plaza Arturo y CN (r.) Carlos Alberto Dulce Pereira, en el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, radicado 37.322, sep-27/2012, MP. Dr. FERNANDO CASTRO CABALLERO y Radicado 24.890, auto feb-26/2006.

Tentativa de homicidio -Artículo 103 de la Ley 599 de 2000 adecuado a la tentativa del artículo 27 de la misma Ley en concordancia con el artículo 28, inciso primero de la Ley 1407 de 2000.

Pena: de trece (13) a veinticinco (25) años, a lo cual debe hacerse una rebaja en no menor de la mitad (1/2) del mínimo ni mayor de las tres cuartas (3/4) partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada, siendo de la siguiente manera:

Extremo mínimo: 13 años (156 meses)
Extremo máximo: 25 años (300 meses)

156 X 1/2 = 78 meses.
300 X 3/4 = 225 meses.

Ahora, el ámbito de movilidad para el delito de homicidio del artículo 103 del Código Penal en modalidad dolosa es de 156 a trescientos 300 meses, y frente al delito de tentativa de homicidio es de 78 meses a 225 meses.

Para establecer la pena por el delito más grave se debe hacer la respectiva dosificación aplicando el sistema de cuartos de la siguiente manera:

Pena de prisión para el delito de homicidio simple -Artículo 103 de la Ley 599 de 2000-.

Cuarto mínimo (No atenuantes ni agravantes, solo atenuación punitiva).	Primer cuarto medio (Concurren atenuación punitiva)	Segundo cuarto medio (Circunstancias de agravación)	Cuarto máximo (Únicamente circunstancias de agravación)
De 156 a 192 meses	De 192 a 228 meses	De 228 a 264 meses	De 264 a 300 meses

Pena para el delito de tentativa de homicidio -Artículo 103 de la Ley 599 de 2000 adecuado a la tentativa del artículo 27 de la misma Ley en concordancia con el artículo 28, inciso primero de la Ley 1407 de 2000.

Cuarto mínimo (No atenuantes ni agravantes, solo atenuación punitiva).	Primer cuarto medio (Concurren atenuación punitiva)	Segundo cuarto medio (Circunstancias de agravación)	Cuarto máximo (Únicamente circunstancias de agravación)
De 78 meses a 114.75 meses	De 114.75 meses a 151.5 meses	De 151.5 meses a 188.25 meses	De 188.25 a 225 meses

Como puede verse, la pena de prisión por el delito más grave a imponer en el presente caso es la contemplada para el tipo penal de homicidio tal como lo plasmó el fallador primario en la sentencia, pero que en forma equivocada partió de la pena mínima a imponer señalada en el cuarto mínimo (De 156 a 192 meses), tasándola en el mínimo, es decir, 156 meses que es igual a 13 años de prisión, y tal señalamiento lo justificó únicamente por la existencia de circunstancias de atenuación punitiva y ausencia de agravantes, luego indicó que aumentaría tal pena en otro tanto por el concurso con el tipo penal de tentativa de homicidio en 6 meses por la intensidad del dolo con que se cometió tal delito, quedando la pena a imponer en 13 años y seis meses de prisión.

Lo que se cuestiona en el presente caso es que el Juez de Instancia no debió imponer la pena mínima por el delito más grave en la forma como lo hizo, pues debió fijarla en un quantum mayor sin salirse del rango establecido, y ello se justifica porque

olvidó tener en cuenta aspectos que demanda el artículo 61 de la Ley 1407 de 2010 tales como la intensidad del dolo, no solo respecto del tipo penal de homicidio sino de la tentativa de homicidio misma que para el caso se ha establecido como un dolo directo de primer grado en ambos delitos, por su parte el A Quo solamente se refirió a la intensidad del dolo en la tentativa de homicidio que calificó como dolo de segundo grado obviando la intensidad del dolo para el tipo penal de homicidio que calificó como dolo eventual, cuando debió contemplar el dolo directo de primer grado para ambos delitos de acuerdo a lo antes explicado.

Así mismo, siguiendo las reglas del inciso 4 del artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, en la tentativa se debe indicar el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, y para el caso se debe tener en consideración que la víctima de tal delito fue quien recibió primero el disparo en el abdomen, también que la lesión causada fue grave con pérdida anatómica y funcional de órganos, y deformidad de carácter permanente tal y como se registra en el dictamen de medicina legal⁸¹, igual que el disparo fue desde corta distancia (2.5 y menor a 4 metros) con un arma de largo alcance (Fusil galil calibre 5.56 mm), y que dada la intencionalidad del agente se estableció que se

⁸¹ Folio 475 CO3.

trata de una tentativa acabada porque el procesado realizó todos los actos indispensables para llevar a cabo la ejecución de la conducta típica de homicidio conforme al fin propuesto, pero por factores externos a su voluntad no lo logró, así que de lo dicho se extrae que en este caso hay un mayor grado de aproximación al momento consumativo, pues el curso causal generado por el procesado no fue interrumpido, el procesado no evitó o trató de evitar el resultado producido, y los actos desplegados por éste no se pueden considerar como inidóneos frente al resultado.

También se cuestiona la forma como procedió a aumentar la pena antes señalada en otro tanto por el concurso de delitos, que en criterio de la Sala debió ser mayor a la fijada por el Juez Primario, en el caso bajo examen el procedimiento para aumentarle el otro tanto a la pena por el delito más grave en caso de concurso, es de la siguiente manera:

Pena mínima de prisión para el tipo penal de homicidio simple: 156 meses de prisión.

Pena mínima de prisión para el tipo penal de tentativa de homicidio: 78 meses de prisión.

Para incrementar la pena más grave en otro tanto, tomamos los 156 meses de prisión para el delito de homicidio y los 78 meses de prisión para el delito de tentativa de homicidio, donde la pena más grave

es la primera, y aplicando la regla del artículo 32 de la Ley 1407 de 2010 el mínimo de la pena más grave será de 156 meses de prisión que se podrá incrementar en otro tanto, esto es, puede llegar hasta 312 meses de prisión, sin embargo, el incremento máximo no puede superar 234 meses que es la resultante de la suma aritmética de las penas imponibles en concreto para cada uno de los tipos penales del concurso (156 meses homicidio + 78 meses tentativa de homicidio= 234 meses).

Así las cosas, para incrementar el otro tanto de la pena de prisión a imponer en el caso bajo examen se tiene que el ámbito de movilidad es de 156 meses de prisión (Mínimo) a 234 meses (Máximo), pero lo que se aprecia en la sentencia apelada es que Juez de Instancia incrementó el otro tanto en 6 meses meses a la pena de prisión en forma discrecional, que si bien es cierto está dentro del límite permitido de acuerdo a lo expuesto anteriormente, no hizo el cálculo matemático, ni expuso la motivación adecuada para sustentar el origen de tal incremento punitivo que consideró adicionar, el cual debió ser mayor en nuestro criterio con base en la correcta calificación del dolo para ambas conductas y el grado mayor de aproximación en la tentativa, y además la necesidad y función de la pena, aspectos

que no se podían omitir para realizar tal incremento respecto a la pena de prisión⁸².

Sin embargo es un hecho que ante tal situación, mal podría la Sala entrar a modificar las penas impuestas al procesado agravándolas a pesar de que fue equivocado por parte del Juez de Instancia imponer una pena inferior que no se compadece con las circunstancias en se cometieron los delitos endilgados al procesado y que han sido expuestas en precedencia, pues nos encontramos ante una situación de apelante único que en este caso es la defensa del mismo procesado, lo cual constituye una limitante de orden constitucional y legal que impide al juez de segunda instancia agravar la situación del procesado, por tal motivo se confirmará la decisión apelada respetando el quantum de las penas impuestas al procesado en la sentencia recurrida.

Si bien le impelía al juzgador atender el principio de legalidad en materia punitiva, no es menos cierto que el Ministerio Público de la primera instancia es a quien corresponde velar por el orden

⁸² ARTÍCULO 61 Ley 1407 de 2010; en el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 10987 de fecha 07-10-98, MP. Dr. CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR y Radicado No. 25304 de fecha 16-04-08, MP. Dr. JORGE LUIS QUINTERO MILANES y JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

jurídico, a través del derecho a la impugnación, como a la misma Fiscalía⁸³.

Por último se le reconocerá al procesado como parte de la pena de prisión cumplida un total de 220 días, los cuales corresponden al tiempo en que estuvo privado de la libertad con medida de aseguramiento impuesta por la Fiscalía 132 Seccional de Medellín, la cual se materializó el 11 de mayo de 2011⁸⁴ hasta el 16 de diciembre de 2011, fecha en que el procesado fue puesto en libertad atendiendo a lo ordenado por esta Corporación en decisión de fecha 15 de diciembre de 2011⁸⁵

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

IX. RESUELVE:

DESPACHAR en forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por el abogado RAFAEL ZULUAGA RAMÍREZ, y en consecuencia **CONFIRMAR** la sentencia del 4 de septiembre de 2015, por medio de la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá con sede en la ciudad de Medellín (Antioquia), condenó al PT ®

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia SU-327-95, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁴ Folio 1050 CO6

⁸⁵ Folios 1263- 1291 y 1305 CO7.

ADRIÁN DÍAZ URBANO como autor de los delitos de homicidio y tentativa de homicidio, a la pena principal de trece (13) años y seis (06) meses de prisión, las accesorias de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por el término de tres (3) años, separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal y a la vez le negó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

SEGUNDO: Reconocerle al PT ® ADRIÁN DÍAZ URBANO como parte de la pena cumplida un total de 220 días de prisión, que se descontarán de la pena de prisión aquí impuesta y que corresponden al tiempo en que estuvo privado de la libertad con medida de aseguramiento dentro de las presentes sumarias.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.-

Capitán de Navío **(RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA**
Magistrado Ponente

Coronel **CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA**
Magistrado

Coronel (RA) **PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA**
Magistrado

Abogada **MARTHA FLOR LOZANO BERNAL**
Secretaria