



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP1328 -2021

Radicación No. 48468

(Aprobado Acta No. 84)

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Cumplido el trámite de notificación del auto que inadmitió la demanda de casación presentada a nombre de Ales Sánchez Jurado, sin que su defensor, de otra parte, haya acudido al mecanismo de insistencia, la Corte emite el pronunciamiento oficioso proclamado en esa providencia, destinado a asegurar las garantías fundamentales del sentenciado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- De acuerdo con lo establecido en el curso del juicio, el 9 de noviembre de 2010, aproximadamente a las 9 de la

noche, en la calle 6 oeste con carrera 44, sector La Estrella del barrio Siloé de Cali, Ales Sánchez Jurado atacó con disparos de arma de fuego a Célamo Espinosa Cabrera, quien se encontraba compartiendo con su esposa y unos amigos frente a la casa.

A pesar de la gravedad de las heridas ocasionadas con los disparos, dirigidos a la zona torácica, la víctima sobrevivió por el éxito de la intervención médico-quirúrgica que a tiempo le fue suministrada.

2.- Al día siguiente ante el Juzgado Veinte Penal Municipal con función de garantías de Cali, la Fiscalía le formuló imputación a Sánchez Jurado por la conducta punible de tentativa de homicidio (arts. 27 y 103 C.P.), cargo que no aceptó y por el cual, posteriormente lo acusó en diligencia verificada el 18 de enero de 2011, en la que incluyó las agravantes previstas en los numerales 3 y 7 del artículo 104 Ib.

3.- Agotado el trámite del juicio, el juzgado de conocimiento, mediante sentencia del 5 de junio de 2012, lo condenó a 19 años y 3 meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, determinación confirmada con la que profirió el Tribunal Superior el 10 de marzo de 2015, frente a la cual la defensa interpuso recurso extraordinario de casación.

4.- Mediante proveído del 27 de mayo de 2020 la Corte inadmitió la demanda de sustentación del recurso, de igual

modo, dispuso que, en firme el proveído y de no solicitarse o no prosperar el mecanismo de insistencia, la actuación regresara al Despacho del Magistrado Ponente, con miras a emitir un pronunciamiento oficioso relacionado con las causales de agravación deducidas por la Fiscalía en la conducta del acusado y la fundamentación que de las mismas presenta la sentencia.

CONSIDERACIONES

En relación con el tema que provoca el pronunciamiento oficios que aquí se adopta, la Corte en diferentes decisiones ha puntualizado la necesidad de verificar los presupuestos que justifican el incremento de las penas cuando la conducta imputada al procesado está afectada por circunstancias que agravan la sanción, de manera que se garantice el principio de proporcionalidad y de protección de bienes jurídicos como justificación del daño inherente a la sanción penal¹, y se asegure, además, la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que al Estado le corresponde la carga de demostrar los presupuestos de la sanción penal (CSJ Rad. 32173 del 12-05-12, 52394 del 01-10-19, 53596 del 12-08-20).

En tales condiciones – *tiene dicho la Corporación* – no basta con que en la acusación y en la sentencia se indique con precisión el fundamento normativo de la circunstancia de agravación. Se exige que, en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación y en los hechos declarados en la

¹ Cfr. C-297/16

sentencia, se incluyan los aspectos que encajan en cada uno de los elementos estructurales de la causal elegida.

“Lo anterior es imperativo en la acusación, entre otras cosas porque: (i) el procesado tiene derecho a conocer los hechos por los que es llamado a responder penalmente, para la adecuada preparación de su defensa; (ii) los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación determinan muchas de las decisiones que deben tomarse a lo largo del proceso, entre ellas, las atinentes a la pertinencia de las pruebas solicitadas por las partes; y (iii) los hechos de la acusación delimitan el marco decisional del juez, en virtud del principio de congruencia.

Y también lo es en la sentencia, por diversas razones, entre las que se destacan: (i) la misma debe contener una explicación clara de las premisas fáctica y jurídica de la decisión, de lo que depende en buena medida su legitimidad; y (ii) es un requisito indispensable para que el procesado pueda ejercer la contradicción, a través de los recursos procedentes.

Finalmente, los referentes fácticos de cada uno de los elementos estructurales de la causal de agravación se integran al tema de prueba, y su demostración, en el estándar dispuesto para la condena (art. 381 de la Ley 906 de 2004), corre a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Lo anterior es así, entre otras cosas porque: (i) las circunstancias de agravación conllevan consecuencias punitivas considerables; (ii) frente a ellas, así como frente al delito base, el procesado goza de la presunción de inocencia; y (iii) es una consecuencia inherente al sistema de tendencia acusatoria, que radica en la Fiscalía la carga de demostrar los presupuestos factuales de la condena²”

² Ver CSJ SP2896-2020 Ago. 12 de 2020 Rad. 53596

En el caso examinado, la Fiscalía expuso de la siguiente manera el aspecto fáctico de la imputación³: *“Se logró obtener la versión de la víctima Celio Espinosa Palacios quien refiere que a eso de las 08:00 horas se encontraba en el barrio Siloé, dialogando con su esposa y un amigo de nombre Frisel, minutos más tarde sale un sujeto que fue identificado posteriormente como Ales Sánchez a quien conoce hace mucho tiempo pues se criaron juntos, agregando que éste sujeto era quien portaba en su mano un arma de fuego con la cual les apuntó y comenzó a dispararles siendo impactado por uno de los disparos, posteriormente fue trasladado al centro de salud, desconoce las razones por las cuales el señor Ales Sánchez le disparó”*.

Jurídicamente – atendiendo los hechos comunicados – le imputó el delito de homicidio en grado de tentativa, de conformidad con los artículos 103 y 27 de Código Penal.

En la audiencia de formulación de acusación el titular de la acción penal expuso la siguiente imputación de orden fáctico, réplica exacta de la consignada en el escrito respectivo:

“El día 9 de noviembre de 2010, siendo aproximadamente las 21:05 horas, en la calle 6 oeste con carrera 44, sector de Tierra Blanca se encontraban el señor Célamo Espinosa Cabrera reunido con unos amigos y su compañera Liliana Alzate y es cuando se acerca un sujeto posteriormente identificado como Ales Sánchez Jurado quien portaba un arma de fuego con la cual empezó a disparar en contra de Espinosa Cabrera lesionándolo de gravedad emprendiendo la huida siendo retenido por las personas del sector dentro de su residencia quienes lo sacaron de la casa entregándolo a las autoridades.

Miembros de la Policía Nacional quienes realizaron la captura en flagrancia refieren que se trasladan al lugar donde le informaron (sic) existían varios disparos de arma de fuego, observando a varios ciudadanos que gritaban “cójánlo que mató al parcero”, persiguiendo a

³ Audiencia de formulación de imputación del 10 de noviembre de 2010

un individuo quien se refugió en la vivienda de la calle 6 G Bis con carrera 46, donde ingresó la muchedumbre y sacaron al individuo, siendo en esos momentos aprehendido y manifestando una ciudadana que el capturado había lesionado a su esposo Célimo Espinosa Cabrera con un arma de fuego.

Según lo estableció el informe técnico médico legal... la víctima sufrió lesión en tórax derecho y línea axilar posterior derecha, y se establece como mecanismo causal proyectil de arma de fuego y con incapacidad provisional de 35 días.

Se logró obtener la versión de Célimo Espinosa quien refiere que a eso de las 08:00 horas se encontraba en el barrio Siloé, dialogando con su esposa y un amigo de nombre Frisel, minutos más tarde sale un sujeto que fue identificado posteriormente como Ales Sánchez a quien conoce hace mucho tiempo pues se criaron juntos, agregando que éste sujeto era quien portaba en su mano un arma de fuego con la cual les apuntó y comenzó a dispararles siendo impactado por un de los disparos, posteriormente fue trasladado al centro de salud, desconoce las razones por las cuales el señor Ales Sánchez le disparó...”

Descripción fáctica a la que hizo corresponder la siguiente imputación jurídica:

“... tales comportamientos se adecuan de manera perfecta a lo estipulado en nuestro Código Penal, Libro Segundo, Título I, Capítulo II Art. 103 DEL HOMICIDIO, donde se lee: El que matare a otro incurrirá en prisión, estableciéndose una circunstancia de agravación punitiva de que trata el At. 104-7 por cuanto colocó a la víctima en situación de indefensión o de inferioridad o aprovecha esta situación, como en el caso concreto disparó Sánchez Jurado contra la humanidad de Espinosa Cabrera en momentos en que este se encontraba distraído dialogando con su esposa y un amigo, y de la del numeral 3 por cuantos se realizó por medio de una de las conductas previstas en el capítulo II del título XII siendo esta la del artículo 365 C.P., denominado

fabricación, tráfico y porte de armas o municiones, por lo anterior la pena será de 25 a 40 años de prisión, aumentada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 cuyo mínimo es de 33 años 4 meses y el máximo es de 60 años de prisión, se determina que queda esta acción en grado de tentativa artículo 27 Código Penal, por cuanto se inició la ejecución de la conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación... y ésta no se produjo por circunstancias ajenas a su voluntad...”

Según lo anterior, en la formulación de acusación la Fiscalía introdujo como agravantes de la conducta de Sánchez Jurado las circunstancias descritas en los numerales 3 y 7 del artículo 104 del Código Penal, que tornan más reprochable el comportamiento cuando el homicidio se comete: (i) por medio de los delitos de peligro común que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad⁴, o de los que generan afectación a la salud pública⁵; y (ii) cuando el agente coloca a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovecha esta situación.

⁴ Código Penal Libro II Título XII Capítulo II, artículos 350 a 367. Comprende los delitos de: Incendio, Daño en obra de utilidad social, Provocación de inundación o derrumbe, Perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial, Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público, Siniestro o daño de nave, Pánico, Disparo de arma de fuego contra vehículo, Disparo de arma de fuego fuera de los casos de legítima defensa, Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles, Tenencia, fabricación, o tráfico de sustancias o objetos peligrosos, Tenencia, fabricación o tráfico de sustancias u objetos peligrosos, Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, Introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos, Perturbación de instalación nuclear o radiactiva, Tráfico transporte y posesión de material radiactivo o sustancias nucleares, Obstrucción de obras de defensa o de asistencia, **Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones**, Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos, Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares.

⁵ Código Penal Libro II Título XIII Capítulo I, artículos 368 a 374A, relacionado con los delitos de: Violación de medidas sanitarias, Propagación de epidemia, Propagación del virus de la deficiencia humana o de la hepatitis B, Contaminación de aguas, Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, Imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias, Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud.

En el primer caso, precisó la Fiscalía, por haberse realizado el atentado a través del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones; en el segundo, por indefensión de la víctima, toda vez que *‘Sánchez Jurado disparó contra la humanidad de Espinosa Cabrera, en momentos en que éste se encontraba distraído dialogando con su esposa y un amigo.’*

El avance gradual de la actuación, en pos de la reconstrucción de la verdad, permitía, sin riesgo de desconocer el principio de congruencia o el derecho de defensa, que la Fiscalía – como lo hizo – sumara a la imputación previamente formulada las circunstancias específicas de mayor punibilidad acabadas de señalar⁶. Para ello, sin embargo, además de citar la norma y su contenido, le correspondía describirlas fácticamente y, por supuesto, demostrarlas en el juicio como lo haría en relación con el delito base, labores que no satisfizo cabalmente en la actuación.

⁶ En ese sentido, frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación, la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que: « (i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (v) cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de añadirla; (iv) **si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación;** (v) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva; y (vi) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo» (CSJ SP 5 Jun. 2019 Rad. 51007; SP 22 Oct. 2020 Rad. 54996).

En efecto, en la acusación, la primera agravante la redujo a enunciar la causal (C.P. Art. 104-3) y señalar de manera escueta que el delito de peligro que medió la ejecución del homicidio fue el de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego. En la vista pública no empleó esfuerzos en orden a demostrar los presupuestos que la categorizan, ya que se focalizó en acreditar la tentativa de homicidio y la responsabilidad del acusado en este ilícito, rehusando esa gestión respecto del punible contra la seguridad pública que, según su hipótesis, incrementaba el desvalor del primer comportamiento. El descuido llegó al punto que no se preocupó siquiera por aportar a través del testigo correspondiente, la certificación oficial de que el acusado carecía de permiso de autoridad competente para portar armas de fuego.

La agravante en esas condiciones no logra actualización, dado que la expresión “*por medio de cualquiera de las conductas*” utilizada por el legislador en el artículo 104-3 del Código Penal a efectos de configurarla, requiere la concurrencia de ese otro delito autónomo debidamente acreditado.

La Corte ha precisado que en eventos similares al presente (*homicidio ejecutado con armas de fuego de la que se carezca de permiso para su porte*), concurren los dos ilícitos, y más todavía, que puede presentarse el concurso de homicidio agravado por el empleo de armas y el porte ilegal del arma. Así, por ejemplo, en la sentencia del 25 de julio de 2007, dentro del radicado 27383,

examinó el caso del autor de un concurso de homicidios agravados y tentativa de homicidios igualmente agravados, que empleó en la ejecución de los ilícitos una granada, decisión en la cual consideró legal la pena que se le impuso teniendo en cuenta que:

“El primer comportamiento desplegado por el procesado y que de suyo interesó al ius puniendi, fue el de portar el objeto (granada de fragmentación) de uso privativo de las Fuerzas Armadas, de modo que con la tenencia no autorizada del artefacto letal se afectó la seguridad ciudadana, pues ésta es una conducta por sí misma peligrosa que motiva respuesta penal dada la lesividad propia que lo caracteriza derivada de su consideración como delito de peligro abstracto⁷.

La preparación del hecho homicida llevó aparejada la selección del instrumento que sería utilizado con tal propósito, de donde se tiene que desde momentos anteriores al despliegue del quehacer lesivo de la vida e integridad física de varias personas se estaba ejecutando la acción típica prevista en el artículo 366 del Código Penal, la que en un todo resultó independiente de los punibles finalmente ejecutados pues su carácter antijurídico no está atado a la afectación de otros bienes jurídicos. Además, el carácter permanente de dicho punible permite que también se presente en forma coetánea con los homicidios, de donde se tiene que el concurso no sólo fue sucesivo sino simultáneo.

Cuando se emprende la acción homicida con el arma explosiva, se está ante unas nuevas circunstancias pues el delito contra la seguridad ciudadana se encuentra en ejecución, dada la ejecución constante que reviste el mismo en el tiempo. En estas circunstancias, la sanción calificada-agravada del ataque a la

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 30 de septiembre de 1999, radicación 25629.

vida e integridad física de varias personas resulta autónoma e independiente respecto al desvalor normativo que representa la primera de las acciones.

La circunstancia del porte del arma *es independiente y previa a los homicidios ejecutados con la misma, de donde se puede observar con absoluta diafanidad que se trata de la sanción de unos hechos que se moldean de acuerdo con circunstancias diferentes, surgiendo a partir de ellos plena validación y legalidad de las penas impuestas, con lo que se descarta cualquier violación a la prohibición de la doble incriminación por el mismo hecho.*

Pero así mismo, la existencia del concurso real entre homicidio agravado por la utilización de la granada y el porte del arma la dan (i) la naturaleza óptica diferente de los comportamientos, (ii) su carácter sucesivo y coetáneo y (iii) los bienes jurídicos afectados con las acciones típicas. La intención de portar el arma no desaparece por la utilización del arma misma con fines homicidas, de donde surge necesaria la autonomía de los tipos y el carácter agravado del homicidio.

Lo dicho se constata cuando se observa que tanto desde la perspectiva objetiva –por la independencia y connotación de cada hecho típico–, como desde el plano subjetivo –intencionalidad y voluntad del procesado–, las acciones punibles tienen autonomía y por ello deben ser sancionadas en forma concurrente. Perfeccionado el primer delito con el porte del arma, artículo 366 citado, las acciones del segundo punible dirigidas contra la vida de unas personas, con resultados que al mismo tiempo fueron consumados y tentados, por la cantidad de víctimas, no se deja duda en cuanto a que los homicidios cometidos –agravados ya por la utilización del medio señalado en la norma–, se presenten en concurso con la infracción inicialmente ejecutada.

...

Por lo demás, la previsión legal de la agravante para el homicidio ejecutado “por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo” del Código Penal, no está concebida para impedir la presencia de un concurso de delitos entre el homicidio y cualquiera de los previstos en el citado aparte normativo, amén que desde la perspectiva político-criminal resulta adecuado y necesario que todos aquellos hechos que producen o generan grave alarma social, como ocurre en el asunto sub examine, sean merecedores de la mayor reacción punitiva legalmente permitida.

En fin, y como lo ha dicho la Sala al resolver asuntos a la luz de otras agravantes⁸, en casos como este: si la segunda conducta se lleva a cabo, así sea sólo a título de tentativa, la persona es responsable de ella. En este contexto, por consiguiente, no existe doble castigo por la misma circunstancia.”

De todos modos, se reitera, la Fiscalía en este caso imputó la agravante sin referir en la acusación el aspecto fáctico que la generaba ni demostrar su efectiva concurrencia, en tanto el tema no fue objeto de debate ni acreditación en el juicio, panorama bajo el cual los sentenciadores tampoco podían aplicar las consecuencias jurídicas de la circunstancia de mayor punibilidad.

No obstante, el juez de conocimiento declaró responsable al acusado Sánchez Jurado del delito de tentativa de homicidio agravado por las circunstancias del artículo 104-3 y 7, ya que “la conducta se agotó con la utilización de un arma de fuego y que lo fue con aprovechamiento del Estado de indefensión en que se hallaba la víctima”; lo

⁸ Sobre el concurso de homicidio agravado del artículo 104-2 con hurto, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de octubre de 2004, radicación 19937, entre otras.

cual fundamentó en que: *“... el individuo Célamo Espinosa Cabrera, que contaba a la sazón con 22 años de edad aproximadamente y disfrutaba de plena salud y vitalidad, se hallaba en el sitio que anteriormente hemos indicado, como escenario de los acontecimientos, conversando con esas personas relacionadas como testigos presenciales, cuando hizo su aparición un sujeto armado con arma de fuego (sic), el cual acercándose a él le disparó en repetidas oportunidades, encajándole un proyectil en la región torácica derecha, que le causó graves lesiones internas, de suerte tal que debió ser trasladado a un centro hospitalario e intervenido quirúrgicamente de urgencia para salvarle la vida.”*

El Tribunal, por su parte, reiteró que el atentado se produjo con arma de fuego y ello actualizaba la agravante, pues *“el hecho de que el porte ilegal de armas sea un delito autónomo [no imputado en este caso] no niega la configuración de la causal prescrita en el artículo 104-3 del Código Penal.”*

En esas condiciones, no hay duda, los sentenciadores aplicaron de manera indebida el numeral 3° del artículo 104 del Código Penal.

Error que se verifica igualmente en la aplicación del numeral 7° de la misma disposición, sobre el cual la jurisprudencia de la Corte tiene dicho que allí se regulan cuatro modalidades diferentes: *(i) indefensión ocasionada por el agresor; (ii) inferioridad producida por el atacante; (iii) indefensión preexistente, de la cual se aprovecha el victimario; y (iv) inferioridad preexistente, aprovechada por el ofensor* (CSJSP, 1 jul 2020, Rad. 56174); por lo que la Fiscalía al realizar el juicio de acusación y el juez al emitir la sentencia, deben precisar en cuál de ellos se subsume la hipótesis fáctica planteada. Además,

“... debe tomarse en consideración que indefensión e inferioridad son categorías diferentes, de lo cual se sigue que, necesariamente, cuando se relaciona la agravante corre del resorte de la Fiscalía no solo especificar a cuál de las varias opciones consignadas en el ordinal 7º, se refiere, sino además demostrarla a cabalidad.”

Incluso, para mayor precisión en torno de la responsabilidad predicable del autor, en estos casos no basta con determinar que la víctima efectivamente se encontraba en una condición específica de indefensión o inferioridad, sino que se obliga demostrar que ello no fue solo conocido por el acusado, sino que quiso aprovecharse de la ventaja inserta en dicha condición.”

En la acusación la Fiscalía dedujo la agravante por el hecho de haber disparado Sánchez Jurado “*contra la humanidad de Espinosa Cabrera en momentos en que este se encontraba distraído dialogando con su esposa y un amigo*”, con lo cual aludiría la posible situación de indefensión en que se hallaba la víctima, aunque no detalló ese acontecer fáctico, ni precisó de qué forma el agente pudo beneficiarse de esa situación para desarrollar de manera más fácil y expedita el homicidio planeado, condición que justifica en esos casos la mayor desaprobación del comportamiento y su más drástica sanción punitiva.

El desempeño del fiscal en el debate probatorio del juicio no fue más afortunado. En el interrogatorio a los testigos con conocimiento de los hechos (*víctima y acompañantes*), omitió indagarlos sobre el particular. Cuando relataron el desarrollo del ataque, tampoco los condujo a describir que este, en efecto, fue sorpresivo y que la supuesta indefensión (distrainimiento) de

la víctima haya sido aprovechada por el agente para asegurar su cometido.

El contenido de esas declaraciones, de todos modos, descarta la indefensión que en el contexto normativo puede agravar un acontecer homicida, teniendo en cuenta que el mayor desvalor surge de la insidia o alevosía que le permiten al atacante asegurar la ejecución del ilícito, sin darle posibilidades defensivas a la víctima, lo cual sucede, verbo y gracia, cuando el agente espera a que aquella se duerma para darle muerte, y nada parecido se acredita en esta especie.

La Víctima, Célimo Espinosa, manifestó que llevaban en el sitio donde se encontraban hablando con su esposa y otras personas algo más de una hora. El lugar, ubicado en una loma con diversas edificaciones, tenía buena iluminación, la que le permitió observar cuando Sánchez Jurado ascendió las gradas que llevan a ese punto, se acercó y le disparó. Precisó que vio cuando el acusado llegó a agredirlo y logró divisar el revólver con el que le descargó cinco disparos a una distancia aproximada de cuatro metros; de igual modo percibió que el agresor, al culminar el ataque, huyó en dirección a su casa.

Liliana Alzate, esposa de Célimo, en igual sentido refirió que departían con otras personas y que Sánchez Jurado subió las escaleras, se aproximó y comenzó a dispararles, resultando herido sólo su esposo. Manifestó también que el sector contaba con buena iluminación, por lo cual pudo observar con precisión cuando el agresor se aproximó, ejecutó la acción y huyó por las escaleras.

Fabio Alzate, cuñado del afectado, narró en su testimonio similares circunstancias y dijo también que Ales Sánchez se aproximó y comenzó a disparar contra Célimo Espinosa.

Es irrefutable, según estos testimonios, que el ofendido y sus acompañantes se encontraban en amena conversación cuando al sitio arribó el acusado; pero nada indica que esa actividad reflejara indefensión en el agredido o que no pudiera realizar maniobras de salvamento; tampoco que el agente fuera consciente de esa particular situación y que la hubiere aprovechado en pro de la acción homicida.

Al contrario, las declaraciones de los testigos conducen a señalar que Célimo Espinosa y sus acompañantes anticiparon el arribo de Sánchez Jurado desde cuando lo vieron ascender por las escaleras que llevaban al lugar donde se hallaban, y también el desarrollo de la agresión, como lo evidencia el testimonio de la víctima quien a la distancia lo vio aproximarse, mantuvo su atención en él hasta que se acercó y le disparó a una distancia aproximada de cuatro metros; de manera que el ataque no fue inadvertido o sorpresivo, al menos no para el agredido Espinosa Cabrera, conforme lo evidencia su relato, en el que informó igualmente las desavenencias forjadas desde algún tiempo con su agresor.

Por esa razón, en el caso analizado, la situación de *encontrarse distraída la víctima* dialogando con otras personas, además de no emerger plenamente acreditada, es insuficiente para predicar la agravante de indefensión que la

Fiscalía dedujo de la conducta del acusado, y en esas condiciones deviene evidente la aplicación indebida por parte de los juzgadores del artículo 104-7 del Código Penal.

Frente a los errores advertidos procede casar de oficio la sentencia de segundo grado con el fin de ajustar la sanción a la pena correspondiente al delito de tentativa de homicidio, modalidad básica, siguiendo los parámetros establecidos en la sentencia de primera instancia.

Al efecto, ha de tenerse en cuenta que en el proceso de individualización de la pena el juez de conocimiento se ubicó en el primer cuarto, fijó como base el mínimo de la sanción y la incrementó en 31 meses (49,6%). Sobre estos parámetros, la Sala impondrá como pena definitiva para el sentenciado, en su condición de autor del punible de homicidio en grado de tentativa (arts. 27 y 103 C.P.), 133 meses de prisión⁹, término al cual se reduce, de igual modo, la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- **Casar** de oficio y parcialmente la sentencia del 10 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Superior de Cali, en

⁹ Pena del homicidio tentado dentro del primer cuarto: 104 a 162,375 meses; ámbito de movilidad 58,375. El 49,6% equivale a 29 meses. Entonces 104 + 29 = 133.

el sentido de excluir las agravantes del artículo 104 numerales 3 y 7 del Código Penal, deducidas en la conducta de tentativa de homicidio atribuido al sentenciado Ales Sánchez Jurado.

2.- Por consiguiente, condenar a Ales Sánchez Jurado a ciento treinta y tres (133) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, en su condición de autor responsables del delito de tentativa de homicidio (art. 27 y 103 del Código Penal).

3.- En los restantes aspectos la sentencia recurrida permanecerá incólume.

4.- Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase. Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.


GERSON CHAVERRA CASTRO

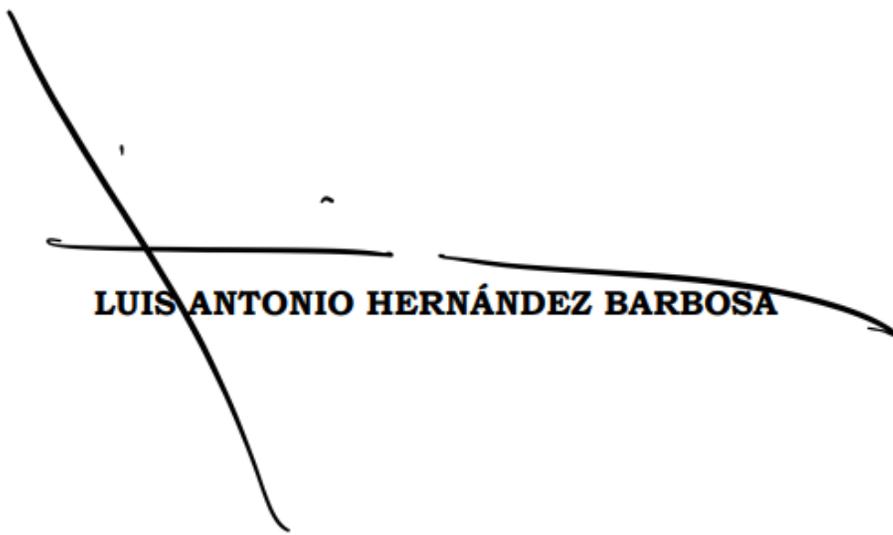

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria