

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintiocho (28) de octubre de dos mil veintidós (2022)

ACTA DE APROBACIÓN No 974
SEGUNDA INSTANCIA

Acusado:	Pedro Nel Ospina Lozano
Cédula de ciudadanía:	1.088.275.659 expedida en Pereira (Rda.)
Delito:	Homicidio en grado de tentativa.
Víctima:	José David Bañol Obando
Procedencia:	Juzgado Tercero Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira (Rda.)
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria de fecha agosto 23 de 2021. SE CONFIRMA.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Los hechos fueron plasmados de la siguiente manera por la funcionaria de primer nivel en el fallo confutado:

“Señaló el delegado de la fiscalía general de la nación, que el día 25 de noviembre del año 2017, entre las 5:45 y 6:00 horas aproximadamente, en la manzana 24 frente a la casa 10 vía pública del barrio Las Brisas comuna de Villasantana en la ciudad de Pereira, fue herido el señor José David Bañol Obando, en razón a que horas antes había sostenido una discusión con el señor Alirio Ospina Lozano quien transcurrido un tiempo se retiró del lugar donde estaba compartiendo con varios amigos, se dirigió a su casa donde se armó y regresó con su hermano **PEDRO NEL OSPINA LOZANO**. El señor Bañol Obando se retiró del lugar, pero los

hermanos OSPINA LOZANO lo persiguieron y lo alcanzaron, refiriéndole PEDRO NEL que con su hermano nadie se metía y que lo iba a matar, causándole varias heridas, Alirio con un machete y PEDRO NEL con un cuchillo. La víctima alcanzó a correr hasta la casa 10 de la manzana 24 donde vive un amigo y golpeó en varias oportunidades pidiendo auxilio, pero no obtuvo respuesta. Hasta allí llegaron los hermanos OSPINA LOZANO, quienes continuaron agrediendo con machete y cuchillo, por lo que José David decidió fingir estar muerto, razón por la que los agresores huyeron del lugar. Minutos después llegó la policía trasladando al herido a la clínica, donde se evitó su deceso”.

1.2.- Desarrollado el programa metodológico de investigación y lograda la identificación de los coautores de la ilicitud -ALIRIO y **PEDRO NEL OSPINA LOZANO-**, a instancias de la Fiscalía se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación (febrero 21 de 2018) ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de esta capital, contra **OSPINA LOZANO**, en la cual le comunicaron cargos en calidad de coautor y a título de dolo en la conducta punible de homicidio -artículo 103 C.P.- en grado de tentativa -artículo 27 C.P.-, con circunstancia de mayor punibilidad -artículo 58 numeral 10 C.P.-, frente a los cuales guardó silencio. La Fiscalía retiró la solicitud de medida de aseguramiento, toda vez que el imputado se encontraba privado de la libertad por cuenta de otro proceso.

1.3.- Ante esa no aceptación de cargos, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (abril 18 de 2018) por los mismos cargos que le fueron imputados al señor **PEDRO OSPINA** y ALIRIO OSPINA LOZANO¹, cuyo conocimiento correspondió inicialmente al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, autoridad que llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación (junio 20 de 2018 -luego de varios aplazamientos-), y al comienzo de la audiencia preparatoria (junio 27 de 2018) avaló un preacuerdo entre el ente acusador y el coprocesado ALIRIO LOZANO. Posteriormente se dictó sentencia y la titular del despacho se declaró impedida para conocer del juicio oral contra **PEDRO NEL OSPINA**, razón por la cual remitió el proceso al Juzgado Tercero Penal del Circuito.

1.4.- El nuevo despacho judicial aceptó el impedimento y continuó con las audiencias preparatoria (enero 21 de 2019) y juicio oral (marzo 10 de 2020, febrero 10² y abril 13 de 2021), fecha esta última en la cual se emitió un sentido de fallo de carácter condenatorio, y en septiembre agosto 23 de 2021

¹ En febrero 14 de 2018 ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira, la Fiscalía formuló imputación por idénticos cargos contra ALIRIO OSPINA LOZANO, los cuales no aceptó, y ante la solicitud del ente acusador se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, decisión que fue apelada y la confirmó el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira.

² En esta fecha la nueva funcionaria dirigió la audiencia de juicio oral.

se profirió la respectiva sentencia, por medio de la cual: (i) se declaró al señor **PEDRO NEL OSPINA LOZANO** penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa con circunstancia de mayor punibilidad; (ii) se le condenó a una pena de 162 meses 11 días de prisión, y a la accesoria en el ejercicio de derechos y función públicas por igual término de la sanción principal; y (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria -por incumplimiento de los presupuestos objetivos del artículo 38B C.P.-.

Para llegar a la anterior determinación, la a quo consideró que se había acreditado la materialidad de la conducta endilgada con: (i) el acta de inspección al lugar de los hechos de fecha noviembre 25 de 2017; (ii) las fotografías tomadas en el lugar de los hechos; (iii) el bosquejo topográfico del lugar; (iv) el informe pericial de clínica forense realizado a la víctima en el cual se concluye: “[...] las lesiones no hicieron compromiso de órgano vital, sin embargo, fueron tan severas que no era posible dejarlas a su evolución natural, hay alto riesgo de trombosis, y de gangrena entre otras patologías que ponen en riesgo la vida”; (v) la historia clínica de la atención recibida en la ESE Salud Pereira; (v) la historia Clínica de la IPS Los Rosales; (vii) el testimonio del patrullero JUAN CARLOS RODRÍGUEZ, quien acudió al lugar de los hechos por un reporte de la central de radio de la Policía, y al llegar al sitio encontró al señor JOSÉ DAVID BAÑOL OBANDO tendido en el suelo, mal herido, con mucha sangre, razón por la cual lo trasladan al centro médico; y (viii) el testimonio de la víctima quien narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue atacado por dos individuos con armas blancas

Frente a la responsabilidad del acusado **PEDRO OSPINA**, indicó que las versiones del patrullero de la Policía que atendió el caso y la misma declaración de la víctima, fueron claras y contundentes, y permiten tener claridad sobre la participación del implicado.

El señor JOSÉ BAÑOL bajo la gravedad de juramento relató en forma detallada la forma en que **PEDRO OSPINA** y su hermano ALIRIO trataron de quitarle la vida. Contó la víctima que en la noche anterior al ataque departía y tomaba licor con ALIRIO y otros amigos frente a la cancha del barrio Las Brisas, luego se desplazaron hacía un estanquillo y se ubicaron en la vía pública, y pasadas las cinco de la mañana iban a mandar a ALIRIO a comprar sustancias estupefacientes, pero ante el comentario que él hizo en el sentido que ALIRIO no volvería, empezó una discusión, motivo por el cual posteriormente cada uno se dirigió a su residencia. Sin embargo, fue interceptado unas cuadras más adelante por **PEDRO OSPINA** quien le dijo que con la familia de él nadie se metía, sacó un cuchillo y “le tiró”. En ese

momento llegó ALIRIO, por lo que trató de retroceder para buscar ayuda, instante en el cual es atacado con un machete en el pie derecho y **PEDRO OSPINA** le decía a ALIRIO "dele a ese hijueputa que no lo podemos dejar vivo". Ya en el suelo puso la mano para defenderse, pero le amputaron dos dedos de la mano izquierda, motivo por el cual se hizo el muerto y sus agresores huyeron.

Por su parte, con el patrullero de la Policía que declaró en juicio, se pudo corroborar que el señor JOSÉ BAÑOL fue atacado por dos personas, toda vez que el agente manifestó que cuando auxiliaron a la víctima, por aviso de la central de radio, éste les manifestó que fueron dos los agresores.

Finalmente, los testigos de la defensa no fueron contundentes en reafirmar la teoría que se pretendía demostrar, en el sentido que **PEDRO OSPINA** no atacó a JOSÉ BAÑOL, sino que su participación fue la de defenderlo del ataque que le propinaba su hermano ALIRIO, a quien golpeó en varias oportunidades con una guadua para separarlo de la víctima. Ni que tampoco se había logrado demostrar algún tipo de enemistad entre **PEDRO OSPINA** y JOSÉ BAÑOL.

No fueron decisivos esos testigos, por las siguientes razones: (i) la señora ROSA LIGIA GUERRA PIEDRAHITA y JHONATAN ALEXANDER BERMÚDEZ aseguran que vieron a ALIRIO con el machete en la mano, cuando el mismo señor ALIRIO aseveró en su declaración que el machete lo llevaba en la correa; (ii) ROSA LIGIA dice que no se quedó observando la pelea porque se fue en un bus, pero luego asegura que presenció cuando el **PEDRO OSPINA** le pegó a su hermano para que no hiriera al señor JOSÉ BAÑOL; (iii) ROSA LIGIA indicó que **PEDRO OSPINA** llevaba una guadua en la mano, pero JHONATAN BERMÚDEZ dijo que **PEDRO** recogió la guadua en el lugar donde ALIRIO estaba atacando a la víctima; (iv) la testigo YURANY ANDREA CARDONA ROPERO aseguró que ese día observó que **PEDRO OSPINA** llegó corriendo al lugar donde se encontraba su hermano ALIRIO, pero que no sabe de dónde tomó la guadua, y por su parte ALIRIO señaló que su hermano no podía correr por un problema de "lumbago"; y, finalmente (v) la declarante CLAUDIA ESPERANZA PAJA RENDÓN fue la única que vio "ensangrentado" a ALIRIO pero no recuerda en qué parte del cuerpo tenía la sangre.

Resulta poco lógico que si a esas horas de la madrugada había tantas personas en el sector que pudieron observar lo sucedido, según lo declararon los testigos de la defensa, y la mayoría conocían a los involucrados en la riña, hayan observado solo hasta el momento en que **PEDRO NEL** golpeó a JOSÉ BAÑOL; no obstante ninguno auxilió a la víctima.

Y frente a la contradicción que pudo existir entre lo narrado por la víctima en una entrevista anterior al juicio oral, y lo dicho en la vista pública -que resalta la defensa-, no es de suficiente entidad como para restarle credibilidad al relato del testigo, pues si la víctima observó o no a **PEDRO OSPINA** horas antes del ataque, no desvirtúa en nada la teoría del caso de la Fiscalía.

1.5.- La defensora pública no estuvo conforme con dicha providencia y manifestó que interpondría recurso de apelación por escrito.

2.- DEBATE

2.1.- Defensora -recurrente-

Como petición principal solicita se decrete la nulidad de lo actuado, y subsidiariamente se revoque la sentencia de condena para que en su lugar se emita un fallo de carácter absolutorio, a cuyo efecto argumentó:

En este asunto el señor JOSÉ BAÑOL denunció a los hermanos OSPINA LOZANO por el delito de tentativa de homicidio por unos hechos ocurridos en noviembre 25 de 2017.

Como consecuencia de lo anterior, ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira se llevaron a cabo las audiencias preliminares contra el señor ALIRIO a quien se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en lugar de residencia, decisión que fue apelada por la defensa, y el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, presidido en ese momento por la funcionaria que ahora condena a **PEDRO OSPINA**, conoció del recurso de alzada.

En este caso la falladora ya conocía de los elementos materiales probatorios y evidencia física por razón del recurso de apelación contra la medida de aseguramiento impuesta al señor ALIRIO, razón por la cual debió en su momento declararse impedida para conocer del asunto contra **PEDRO OSPINA**, máxime cuando el instituto procesal de los impedimentos y recusaciones tiene como objetivo primordial garantizar una absoluta rectitud y ecuanimidad por parte del funcionario judicial en su misión de administrar justicia.

Para que un juez pueda resolver un recurso de apelación y determinar si procede o no una medida de aseguramiento, debe analizar los elementos

materiales probatorios y evidencia física. Y en este caso muy probablemente la funcionaria debió realizar el análisis de esos elementos.

En cuanto a la responsabilidad de **PEDRO OSPINA** en la conducta que le fue atribuida, existe una errónea valoración de la prueba, toda vez que hay contradicciones en la declaración del señor JOSÉ BAÑOL.

La víctima señaló en el juicio oral que la persona que primero lo increpó fue **PEDRO** y lo agredió con un cuchillo, y que posteriormente llegó ALIRIO y lo atacó con un machete. Pero dos testigos de la defensa coinciden en afirmar que fue ALIRIO quien agredió con el machete al señor JOSÉ, y que posteriormente llegó al lugar **PEDRO**, quien con una guadua atacó a su hermano ALIRIO para evitar que terminara con la vida de la víctima.

En el video que exhibió la Fiscalía en el juicio oral se ve claramente que la primera persona que va al encuentro del afectado es el señor ALIRIO, y que este llevaba en su mano un machete. Posteriormente, a los cinco minutos, pasa en busca de su hermano el señor **PEDRO**, quien en sus manos no llevaba nada.

Esa prueba videográfica coincide totalmente con la historia clínica y el informe pericial forense, las cuales concluyen que las heridas múltiples presentadas por la víctima lo son por arma blanca "machete", y no se hace relación a un cuchillo, situación que no fue tomada en cuenta por la víctima.

El testigo de la defensa JHONATAN BERMÚDEZ fue claro en manifestar que **PEDRO OSPINA** retiró con golpes y empujones a su hermano ALIRIO, para evitar que éste acabara con la vida del señor JOSÉ, lo que coincide con los demás testigos de la defensa y con lo observado en el video.

Por último, se plantea por parte del despacho la existencia de una causal de agravación punitiva por obrar en coparticipación criminal, situación que no es posible establecer toda vez que en este caso solo existió un autor y lo es el señor ALIRIO, toda vez que de los elementos de prueba no se vislumbra un acuerdo de voluntades, a consecuencia de lo cual dicha circunstancia está por fuera de la realidad probatoria.

El mismo ALIRIO OSPINA en su declaración explicó de manera clara cómo ocurrieron los hechos, la forma en que atacó a JOSÉ BAÑO, e incluso explicó la animadversión que existía con la víctima desde hacía varios años, no solo con él sino también con su hermano mayor. Además, describió la forma en que su hermano lo atacó con una guadua y le pegó en el pecho para que no

agrediera más a la víctima. Se trata entonces de un testimonio creíble y sin contradicciones.

2.2.- Debidamente sustentado el recurso, la funcionaria de primer nivel lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación, con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, **SE CONSIDERA**

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906/04 - modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la Defensa-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae a establecer inicialmente si es procedente declarar de nulidad pedida por la defensora; en caso de no ser así, se analizará el grado de acierto de la providencia de primer grado, en cuanto condenó al acusado **PEDRO NEL OSPINA LOZANO** por la conducta punible de tentativa de homicidio con circunstancia de mayor punibilidad; o si, por el contrario, no obran pruebas que permitan determinar su responsabilidad, como lo pregonan la apoderada recurrente.

3.3.- Solución a la controversia

En primer término se pronunciará esta Corporación frente a la solicitud de nulidad planteada por la unidad defensiva, al advertir que la funcionaria que profirió la sentencia de condena ya había actuado en segunda instancia como juez de control de garantías, en tanto le correspondió decidir el recurso de apelación que presentó en su momento la defensa de ALIRIO OSPINA LOZANO contra la medida de aseguramiento que le fue impuesta. Esa situación, a su juicio, daba lugar a que la a quo se declarara impedida para conocer del juicio oral contra **PEDRO OSPINA**, pero no lo hizo, y esa omisión dio lugar a una vulneración del debido proceso.

La Sala anuncia desde ya, que no se accederá a esa pretensión anulatoria,

con fundamento en lo siguiente:

La causal de impedimento del numeral 13 del artículo 56 C.P.P. -que el juez haya ejercido el control de garantías-, se había tenido como objetiva³ hasta hace poco tiempo, es decir, que era de imperiosa declaración y operaba casi que de manera automática. Sin embargo, ese entendimiento cambió recientemente, cuando la Sala de Casación Penal anunció que no era así, en tanto el funcionario de conocimiento debía analizar en cada caso específico, si en verdad había penetrado a la valoración de los medios probatorios existentes, comprometiendo con ello su imparcialidad. Concretamente así se sostuvo recientemente en auto AP211-2022, radicado No 61599 de mayo 25 de 2022:

“4. La Corte Suprema de Justicia, sobre la posibilidad de que un funcionario pueda declararse impedido para conocer de un asunto por haber fungido como juez de control de garantías dentro del mismo, ha explicado que la teleología de la causal en comento apunta a que el juez a cargo del juzgamiento no tenga ninguna aproximación con los temas que serán debatidos en dicha fase, al tratarse de la etapa de mayor importancia en un modelo acusatorio.

Así, se busca evitar que pueda formarse un preconceito derivado del hipotético conocimiento que llegase a adquirir previamente de los aspectos objeto de interés del proceso, de orden probatorio o jurídico, que pueda afectar su imparcialidad en el juicio.

Bajo este entendimiento, **ha dicho la Sala que la causal no puede operar de manera automática, por la simple intervención del funcionario en cualquier diligencia anterior a la etapa de juzgamiento, pues, para su configuración, se requiere que la intervención anterior recaiga sobre aspectos esenciales que permitan anticipar un criterio definido de valoración**, por ejemplo, con relación a la existencia de la conducta punible o la responsabilidad del procesado, concepto que necesariamente surgirá del estudio o contacto con los elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida durante la investigación (CSJ AP2978, 4 nov. 2020, Rad. 58390).

Esto impone analizar cada caso en concreto, para establecer si confluente una postura pretérita relacionada con parámetros de esta naturaleza, pues lo pretendido con las causales de impedimento y recusación es, en general, que «las personas que acudan a la administración de justicia obtengan respuesta por parte de un funcionario imparcial, libre de cualquier preconceito o de actuación que condicione su ánimo de decidir en algún sentido» (CSJ AP 2441-2020, Rad. 57967)“.

Pero admitiendo que la susodicha causal fuese en verdad objetiva, en los

³ Respecto de dicha causal la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que “basta constatar la materialización del presupuesto normativo, para dar por fundada la causal, pues no es necesario entrar a verificar en cada caso concreto la valoración que hiciera el funcionario judicial para determinar si comprometió o no su criterio o si valoró material probatorio o anticipó conceptos sobre la responsabilidad penal o la materialidad de la conducta punible” -AP3830/-2018, radicado 53570, AP, 20 feb. 2019, Rad. 54688 y AP, 20 nov. 2020, Rad. 56514.

términos en que lo entiende la profesional del derecho que se muestra inconforme con ese proceder, de todos modos habría que decir que la ausencia de manifestación de impedimento por parte de la titular del juzgado a quo que profirió la sentencia de condena que es materia de alzada, tampoco conduce irremediamente a la nulidad de lo actuado. A ese respecto la CSJ en decisión AP2424-2016, radicado 47223, señaló:

"Finalmente, no puede dejarse de lado que la jurisprudencia de esta Corporación ya ha señalado que incluso en el caso de que el juez de conocimiento hubiere estado incurso en alguna causal de impedimento, no manifestada, ello no afecta la validez de la actuación, *a fortiori*, en los eventos en que el funcionario impedido es una de las partes:

*Independientemente de cuánto intervino la jueza en el fondo del asunto al momento de examinar la solicitud de preclusión del trámite procesal presentada por la defensa, para la Sala es claro que el cargo no tiene ninguna virtualidad de prosperar, dado que **la sola ausencia de manifestación de impedimento o la negativa del Tribunal a aceptar la recusación, no constituye causal de anulación del trámite procesal, ni es posible verificar que la decisión de negar la preclusión represente, per se, antecedente inescapable de algún tipo de parcialidad futura en la funcionaria.***

(...)

En una de las más recientes decisiones al respecto, esto se anotó⁴:

"Pues bien, para la Sala es claro que las dos propuestas esgrimidas en el libelo por la senda de la nulidad carecen de trascendencia, esto es, incumplen tal predicado inherente al recurso de casación y la misma exigencia que orienta el decreto de esta medida extrema.

*En cuanto al **primer cargo**, dado que el planteamiento ni siquiera rebate la postura pacífica de esta Sala según la cual **cuando el funcionario judicial no se separa de la actuación ello no comporta la nulidad de la actuación procesal ni tampoco estructura un motivo de incompetencia**, como igual lo precisó el Tribunal en el fallo impugnado al responder el mismo reclamo formulado en la apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de primera instancia⁵. Así se sostuvo, por ejemplo, en CSJ SP, 1 ago. 2002, rad. 14.501, al indicar que el impedimento:*

"es un fenómeno que no transforma a ninguno de los extremos que determinan la competencia, vale decir, su configuración no altera la cuantía del hecho, no muta el territorio donde sucedió, no le quita o le da el carácter de aforado al justiciable.

Se trata de un aspecto por completo íntimo del funcionario, que lo liga de una manera u otra no a la naturaleza del proceso, sino a las partes. Aquél deberá sopesar si el concreto y evidente motivo de impedimento que respecto suyo se configura, puede poner en riesgo su ánimo y, por tanto, un ponderado y sereno buen juicio. Si lo reconoce, no significa que el asunto ya no sea de su competencia, sino que en acatamiento de principios superiores, que tocan con el derecho de acceso a la justicia y la obligación de los funcionarios de hacer efectivos los derechos, garantías, obligaciones y libertades (artículo 1º, Ley 270 de 1966), permita que otro juez lo releve en el conocimiento de la actuación.

⁴ Radicado 44040 del 22 de octubre de 2014

⁵ Pág. 36 del fallo de segundo grado.

Para el recurrente, por tanto, existiendo esta línea de pensamiento jurisprudencial (reiterada, entre muchas en CSJ SP, 14 jul. 2010, rad. 29224 y CSJ SP, 8 nov. 2011, rad. 34495), era imperativo, en aras de la trascendencia del reclamo, evidenciar su desacierto, exponiendo las razones por las cuales tal hermenéutica es incorrecta, argumentación inexistente en la censura, no obstante, ya se dijo, el Tribunal había hecho referencia a ella.”

Como el impedimento, se reitera, no es factor asimilable a la competencia y representa un elemento íntimo del funcionario, el que se materialice o no la causal para el efecto, de ninguna manera conduce a la nulidad de lo actuado. Cuando más, a que se investigue penal o disciplinariamente a quien guardó silencio.

Con mayor razón en el caso examinado, pues, se hizo uso del mecanismo de recusación -con lo cual, sobra anotar, fue utilizado el medio adecuado para lograr el apartamiento del funcionario-, solo que el Tribunal negó la solicitud luego de detallado estudio de la intervención previa de la jueza.

*Y si bien, es posible predicar que el Tribunal pudo equivocarse en su apreciación, ello no conduce tampoco a definir pasible de invalidación el trámite, precisamente porque, se reitera, **el que no se aparte del conocimiento el juez no dice relación con el debido proceso en su estructura, ni las causales de impedimento pueden asemejarse a circunstancias de incompetencia o falta de jurisdicción.***

Es factible, desde luego, asumir que fueron vulnerados los principios de imparcialidad de independencia, pero ello de ninguna manera puede tener como soporte único la existencia de la causal de impedimento, conforme lo anotado, motivo por el cual se obliga del demandante establecer con precisión cómo se materializaron esos factores en la actuación de la jueza y qué efecto dañoso específico produjeron para el acusado” (CSJ AP 5651-2015, 30 sep. 2015, rad. 46.758)” -negrillas excluidas-

En este caso específico se pudo corroborar, que la funcionaria que conoció del juicio oral y emitió la sentencia condenatoria en contra del acusado **PEDRO OSPINA**, en efecto participó como juez de garantías en segunda instancia, pero solo en relación con la apelación que se presentó contra la medida de aseguramiento que se impuso al coacusado ALIRIO OSPINA LOZANO. No obstante, se debe precisar lo siguiente: (i) que las audiencias preliminares para cada uno de los implicados se realizaron en fechas diferentes, para ALIRIO OSPINA en febrero 14 de 2018 y para **PEDRO OSPINA** en febrero 21 de 2018; (ii) la apelación de la referida medida de aseguramiento fue conocida por la funcionaria que ahora preside este asunto, como Juez Séptima Penal del Circuito de Pereira y no como la actual titular del Juzgado Tercero Penal del Circuito; (iii) el proceso contra los dos coacusados correspondió en principio al Juzgado Segundo Penal del Circuito, despacho en el cual se profirió sentencia por vía de preacuerdo contra ALIRIO OSPINA; (iv) la titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito se declaró impedida para conocer del proceso contra **PEDRO OSPINA**, y le remitió la actuación juzgado que le seguía en turno; (v) el Juez Tercero Penal del Circuito -que presidía el despacho para ese momento- aceptó el impedimento, y procedió a realizar las audiencias preparatoria y la primera sesión del juicio oral; y (vi) la funcionaria

a quo que ahora profirió la sentencia objeto de la presente alzada, empezó a dirigir el proceso a partir de la segunda sesión de la audiencia de juicio.

Aunque podría pensarse que la anterior sinopsis no se hace necesaria, había consideración a que la causal de impedimento podría presentarse como evidente a simple vista, la Corporación considera importante resaltar el desarrollo del asunto, en tanto lo que se aprecia es que la juzgadora conoció previamente del caso solo en lo relativo contra el coacusado y no contra **PEDRO NEL OSPINA**; pero además, una vez asumió la dirección del proceso, fue evidente que ni ella ni ninguna de las partes manifestaron la existencia de la susodicha causal de impedimento.

Finalmente, no se cuestiona por la defensa cuáles fueron los elementos materiales probatorios que valoró la falladora cuando ejerció el control de garantías, y si se trata de los mismos que fueron igualmente exhibidos en el juicio oral adelantado contra **PEDRO OSPINA**. E incluso, ni siquiera la recurrente tiene certeza acerca de alguna apreciación de EMP por parte de la funcionaria en la decisión que emitió en segunda instancia, ya que en el escrito de apelación que ahora presenta únicamente afirma que "muy probablemente lo hizo".

Así las cosas, aunque en realidad se tiene establecido que la a quo había participado como *ad quem* a efectos de examinar por vía de apelación una medida de aseguramiento interpuesta contra un copartícipe, es claro que la no declaratoria de un potencial impedimento, por parte alguna materializa una causal de nulidad por violación al debido proceso.

De igual modo, debe decirse que las pruebas fueron obtenidas en debida forma y las partes confrontadas tuvieron la oportunidad de conocerlas a plenitud en clara aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción.

Resuelto lo anterior, y de conformidad con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, debe decirse que para proferir una sentencia de condena es indispensable que el juzgador llegue al conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan soporte en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

Como se dijo, la razón que motiva el examen de la sentencia de condena proferida por la a quo en contra del acusado **PEDRO NEL OSPINA LOZANO**, no es otra que determinar si en los hechos en los que fue víctima el señor JOSÉ

DAVID BAÑOL OBANDO le asiste algún compromiso, como así lo indicó la Fiscalía y fue acogido en la primera instancia; o si, como se entiende de lo mencionado por la letrada recurrente, el órgano persecutor no cumplió su cometido por cuanto la víctima y único testigo directo, se contradice en sus afirmaciones para hacer un señalamiento de responsabilidad contra su prohijado.

En el caso objeto de estudio declararon JUAN CARLOS RODRÍGUEZ SOTO - Patrullero de la Policía Nacional que auxilió a la víctima- y JOSÉ DAVID BAÑOL OBANDO -víctima-. En cuanto a la documental, se allegó álbum fotográfico y un CD contentivo de un video de una cámara del lugar de los hechos, y fueron objeto de estipulación probatoria: (i) el acta de inspección al lugar de los hechos de fecha noviembre 25 de 2017; (ii) el informe de investigador de campo de igual fecha con fotografías del lugar y de los EMP; (iii) el bosquejo topográfico; (iv) el informe pericial de clínica forense de la víctima; (v) la historia clínica de la ESE Salud Pereira; y (vi) la historia clínica del Centro Hospitalario Los Rosales.

Con fundamento en ese material probatorio, desde ya anuncia la Corporación, acorde con lo analizado por la falladora de instancia, que en este asunto no solo se acreditó la materialidad de la ilicitud, sino también el compromiso que en esos episodios violentos le asistió al aquí procesado, como pasa a verse:

Es cierto y no admite discusión alguna, que en noviembre 25 de 2017, el señor BAÑOL OBANDO fue víctima de un ataque con arma cortante, y aunque las lesiones no fueron en órganos vitales, de todos modos eran severas y requerían de atención médica oportuna para evitar la muerte. Tal situación lo reafirman no solo la copia de la historia clínica incorporada al juicio, sino también el dictamen médico legal que le fue practicado y del cual se extrae: "Las lesiones descritas en la atención en salud no hicieron compromiso de órgano vital, sin embargo fueron tan severas que no era posible dejarlas a su evolución natural, hay alto riesgo de trombosis, y de gangrena entre otras patologías que ponen en riesgo la vida".

Con miras a desequilibrar el nexo existen entre el hecho de sangre y la acción atribuida a su cliente, la recurrente centra su argumentación en dos situaciones: La primera de ellas, lo consistente en las aparentes contradicciones en que incurrió la víctima al momento de declarar en juicio. Y la segunda, el hecho de resaltar la claridad y contundencia de sus testigos, de quienes dice afirmaron que ese día su representado auxilió a la víctima JOSÉ BAÑOL de los ataques que sufrió por cuenta de su hermano ALIRIO.

Frente a las supuestas contradicciones de la víctima en su declaración, dirá el Tribunal que las mismas no existen, con fundamento en lo siguiente:

Afirmó la defensa, que el señor JOSÉ BAÑOL se equivocó al señalar que la primera persona que lo increpó con un cuchillo fue **PEDRO NEL**, y que luego llegó ALIRIO y lo atacó con un machete. Ello, en tanto las pruebas de la Fiscalía y las aportadas por la defensa dan cuenta de lo contrario, como quiera que el video que se le exhibió a la víctima en el juicio oral permite determinar que la primera persona que pasó por la vía principal del barrio las Brisas fue ALIRIO, y que luego, transcurridos cinco minutos, pasó el señor PEDRO. Además, que sobre esa secuencia dieron fe la señora ROSA LIGIA GUERRA PIEDRAHITA y JHONATAN ALEXÁNDER BERMÚDEZ SÁNCHEZ.

La Sala puede asegurar, como lo señala la apelante, que en el video que fue expuesto -el cual corresponde a una cámara de seguridad- se aprecia que el señor ALIRIO pasó primero por la vía principal del barrio Las Brisas y posteriormente lo hizo su hermano **PEDRO OSPINA**. Sin embargo, esa situación no le resta credibilidad a lo afirmado por la víctima JOSÉ BAÑOL, cuando señaló que la persona que inicialmente lo desafió fue **PEDRO NEL**, y es así por cuanto lo registrado en el video que ingresó como prueba, fue ANTERIOR a la ocurrencia del hecho de sangre.

Además, debe tenerse en cuenta que el tiempo que transcurrió entre el momento en que se ve pasar a ALIRIO y el instante en que pasa **PEDRO**, es apenas de un minuto, lo que se puede corroborar con la misma víctima quien en el juicio advierte, de lo visto en el video, que el instante en que él aparece camino a su casa eran 05:17 a.m.⁶, que el señor ALIRIO pasó a las 05:18 a.m.⁷, y que **PEDRO OSPINA** apareció a las 05:19 a.m.⁸. Situación totalmente diferente a lo planteado por la defensa cuando señala que el tiempo transcurrido entre uno y otro momento es de cinco minutos.

En todo caso, se insiste, toda esa narrativa es ANTERIOR al ataque, y unas cuadras más atrás de donde fue interceptada la víctima. Todo lo cual permite concluir que el señor ALIRIO pudo ser alcanzado por su hermano **PEDRO**.

Visto lo anterior, no puede aseverarse, como lo hace la defensa, que el señor JOSÉ BAÑOL se contradice en cuanto al señalamiento que hace de la persona que lo enfrentó primero, por cuanto el video al que se hace referencia no desvirtúa las aseveraciones del directo afectado. Pero además, tampoco lo

⁶ Min. 33:02 sesión juicio marzo 10 de 2020

⁷ Min. 34:07 sesión juicio, marzo 10 de 2020

⁸ Min. 35:25 sesión juicio, marzo 10 de 2020

hacen sus testigos ROSA LIGIA y JHONATAN ALEXÁNDER, de quienes en realidad existen ciertos reparos frente a su credibilidad, como se explicará más adelante.

Para la Corporación, como igualmente lo fue para la falladora de primer grado, el testimonio de JOSÉ BAÑOL es veraz y no se observa ninguna animadversión contra **PEDRO OSPINA** tendiente a quererlo perjudicar falsamente con los hechos que denunció. Y se puede concluir así, por cuanto el patrullero de la Policía JUAN CARLOS RODRÍGUEZ SOTO -quien auxilió a la víctima el día de la agresión- manifestó que la víctima le expresó que había sido atacado por dos personas, y aunque no dio el nombre de los atacantes, es evidente que desde ese mismo noviembre 25 de 2017 puso en el escenario de los acontecimientos a dos personas y no a una sola.

Menciona la apoderada recurrente, que otra razón para no creerle al señor JOSÉ BOLAÑO sobre la presencia de **PEDRO OSPINA** en el ataque, lo es por el hecho de haber narrado que éste "le tiró con un cuchillo", cuando el informe forense de Medicina Legal solo habla de lesiones "con un machete". No obstante, si se revisa detenidamente el dictamen, lo que se aprecia es que en el acápite de "ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES" se plasma como "mecanismo traumático de lesión: Cortante", pero de ninguna manera se asevera que es un arma cortante tipo "machete". E incluso, como es sabido, las heridas que son propias de un machete, corresponden a la descripción de herida con arma "corto-contundente", y no solo cortante.

En todo caso, sea como fuere, es lo cierto que el hoy acusado **PEDRO OSPINA** agredió a JOSÉ BAÑOL con un cuchillo, pero no en el instante en que lo increpó por el comentario contra su hermano ALIRIO, sino posteriormente, toda vez que de la secuencia narrada efectuada por la víctima, se desprende que la primera lesión en su cuerpo ocurrió en la pierna derecha y fue causada con un "machete" por el señor ALIRIO, de quien se sabe llevaba ese tipo de arma blanca. Así lo afirmó él en la declaración, e incluso se puede observar en el video exhibido por la Fiscalía.

Con lo dicho, no puede existir duda alguna en cuanto a que **PEDRO OSPINA** estuvo en el lugar de los acontecimientos, por cuanto así lo confirman no solo la víctima, sino también los testigos de la defensa. Pero contrario a la teoría del caso de la defensa, el aquí acusado no llegó para supuestamente auxiliar al agredido, sino que tuvo participación en la conducta delictiva atribuida.

Resalta la abogada la importancia de los testimonios de ROSA LIGIA GUERRA PIEDRAHITA y JHONATAN ALEXÁNDER BERMÚDEZ SÁNCHEZ, como quiera

que contaron quién transitó primero sobre la avenida principal del barrio Las Brisas. Pero como se mencionó previamente, esa situación no desvirtúa lo dicho por la víctima frente al señalamiento que hace a los hermanos OSPINA LOZANO, porque, se itera, lo que pudieron haber visto esos testigos ocurrió unas cuadras ANTES del lugar donde aconteció el hecho de sangre.

Aseverar que **PEDRO NEL** fue quien "evitó" que ALIRIO continuara agrediendo a JOSÉ BAÑOL, toda vez que el aquí acusado golpeó en varias oportunidades a su hermano con una guadua, es una narrativa que no se ajusta a la realidad, por cuanto los testigos de la defensa son imprecisos en detalles elementales acerca de lo realmente ocurrido.

Relató la señora ROSA LIGIA que cuando vio pasar a **PEDRO** éste llevaba en su mano una guadua. Por su parte, el testigo JHONATAN ALEXÁNDER BERMÚDEZ SÁNCHEZ afirmó que **PEDRO** recogió la guadua en el lugar donde estaba siendo atacado JOSÉ BAÑOL. Y en efecto, los dos testigos fueron enfáticos en señalar la existencia de una guadua, pero cada uno de ellos difiere en cuanto al momento en que aparentemente dicho elemento apareció en las manos del acusado.

De otro lado, señala la señora ROSA LIGÍA en el interrogatorio directo que observó cuando **PEDRO NEL** atacó a su hermano ALIRIO con la guadua. No obstante, en el contrainterrogatorio ante las preguntas del fiscal manifestó que no se quedó a ver la pelea, que se subió al bus que esperaba y siguió su camino; luego entonces: ¿cómo pudo observar tal ataque si afirma que se marchó del lugar?

De similar modo, JHONATAN manifestó que esa madrugada se encontró con **PEDRO**, a quien conoce de hace varios años atrás, junto con sus otros hermanos, y que éste le pidió el favor que le ayudara a buscar a su hermano ALIRIO, el cual encontró instantes después agrediendo con un machete a JOSÉ BAÑOL, razón por la cual **PEDRO** tomó una guadua y golpeó a su hermano con el fin de separarlo de la víctima, y de allí se llevaron a ALIRIO a la casa. Sin embargo, esa declaración deja serias dudas, por lo siguiente:

Si JHONATAN y **PEDRO** son amigos de años atrás, ¿por qué el acusado se refirió a él como si se tratara de un extraño?, porque nótese que en su declaración en juicio al hacer dejación de su derecho a guardar silencio, manifestó que en el lugar donde ALIRIO estaba atacando a JOSÉ: "vi otro muchacho, no sé dónde salió, y me dijo que lleváramos a mi hermano"; es decir, si JHONATAN era su amigo, por qué olvidó ese detalle.

Ahora, de llegarse a pensar que fue un olvido del acusado mencionar el nombre de su amigo, es palmaria la contradicción entre los dos, por cuanto JHONATAN señaló que **PEDRO** le pidió el favor de ayudarlo a buscar a su hermano ALIRIO; pero por su parte, **PEDRO** ubica a JHONATAN únicamente en el lugar del episodio, y de ninguna manera manifestó haberse encontrado con él previamente. En todo caso, podría pensarse que el acusado simplemente omitió mencionar el citado encuentro anterior con JHONATAN, pero resulta que es el mismo **PEDRO** quien en su relato manifestó que con la única persona que se cruzó al momento de salir de su casa en busca de su hermano, fue con la señora YURANI.

Ya en cuanto a la declaración de YURANI CARDONA ROPERO, lo que ocurre es otra serie de contradicciones frente a las manifestaciones de ALIRIO y **PEDRO**, toda vez que ella señala que vio a éste cuando bajaba corriendo, pero ALIRIO aseveró que su hermano no podía caminar rápido por un problema de "lumbago"; y, por su parte, el acusado dijo que salió caminando porque estaba "entredormido".

Incluso, llama la atención que la testigo CLAUDIA ESPERANZA PAJA RENDÓN hubiera manifestado que ella llamó a **PEDRO** por teléfono para informarle que había visto a su hermano ALIRIO "ensangrentado"; sin embargo, **PEDRO OSPINA** en su declaración sostuvo que se enteró de la situación porque su hermano ingresó a la casa a la madrugada por un "machete".

Así las cosas, no puede ser que el acusado en su declaración haya omitido detalles que evidentemente se quisieron resaltar como importantes por cuenta de los otros testigos, como lo es la presunta amistad con JHONATAN, el aparente favor que le pidió PEDRO a éste para buscar a su hermano ALIRIO, y la supuesta llamada de CLAUDIA para enterarlo de las condiciones en que estaba ALIRIO.

Finalmente, para descartar cualquier posibilidad de la existencia de la guadua y que esta haya sido utilizada por el acusado para golpear a ALIRIO y separarlo de la víctima, se suma la disparidad que existe en las declaraciones de los dos hermanos, toda vez que ALIRIO manifestó que el primer golpe lo recibió en el pecho, mientras que **PEDRO** señaló que fue en el hombro.

De ese modo, tal cual lo concluyó la falladora de instancia, son varias las contradicciones de los testigos de la defensa que no permiten estructurar con certeza su teoría del caso, y antes por el contrario, la Fiscalía sí logró demostrar la responsabilidad de **PEDRO OSPINA** en la comisión de la conducta de homicidio en grado de tentativa con la circunstancia de mayor punibilidad -

artículo 58 numeral 10 C.P.-, la cual igualmente se acreditó, toda vez que la víctima fue clara y contundente en señalar no solo la participación del aquí acusado, sino también la de ALIRIO OSPINA LOZANO, quien ya fue condenado por estos mismos hechos por cuenta de otro despacho judicial.

Como quiera entonces que la prueba analizada en su conjunto permite sostener que la juzgadora no se equivocó en su decisión, la Sala le impartirá aprobación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira (Rda.) por medio de la cual condenó a **PEDRO NEL OSPINA LOZANO**, como autor del delito de homicidio en grado de tentativa con circunstancia de mayor punibilidad -obrar en coparticipación criminal-.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y la Ley 2213 de junio 13 de 2022, no se realizará audiencia de lectura, y por ende esta sentencia se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, mismo medio por el cual los interesados podrán interponer el recurso extraordinario de casación, dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

EN AUSENCIA JUSTIFICADA

AUTORIZADO CONFORME
arts. 7º, Ley 527 de 1999, 2º Ley 213 de 2022 y 28
del Acuerdo PCJA20-11576 del C.S.J.

WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario

Firmado Por:

Jorge Arturo Castaño Duque
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2ce5c70f992b1ce7db4df90a07ffd416b4a7e99531b0c2935829ca4d56b7f2ce**

Documento generado en 28/10/2022 01:14:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>