



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
Relatoría

PRUEBA PERICIAL/ Naturaleza de la Prueba... "esas pericias no constituyen jamás prueba de referencia como mal lo asevera la señora defensora, porque si bien los dictámenes periciales se emiten con posterioridad a la realización de los hechos, con base en unos especiales conocimientos técnicos y científicos que esos expertos poseen, también lo hacen teniendo en cuenta una base fáctica constituida por elementos probatorios o evidencias físicas válidamente captadas, que ingresan por tanto al caudal probatorio exentos de vicios sobre su legalidad o licitud..."/ ..." Así las cosas es indiscutible que las entrevistas tomadas como base de las experticias médicas o psicológicas, ni tampoco el examen de la historia clínica, de ninguna manera pueden considerarse como pruebas de referencia.

PRUEBA INDICIARIA / Prueba Indicativa..."Con la prueba indiciaria, partiendo de un hecho plenamente probado y por tanto conocido, mediante el empleo de inferencias lógicas es posible deducir un hecho desconocido; pero dicha prueba no tiene capacidad de describirlo, narrarlo, detallarlo o especificarlo, como sí lo haría la versión de un testigo presencial, por ejemplo. El indicio entonces no es una prueba reconstructiva del hecho sino indicativa y por tanto no puede revelar las circunstancias específicas en que el atentado se cometió, razón adicional para afirmar que las causales de los numerales 7 y 11 del artículo 104 del código penal atribuidas no emergen demostradas y a este respecto prospera el motivo de impugnación, siendo necesario realizar la respectiva dosificación punitiva..."

SENTENCIA 119

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
TUNJA

SALA PENAL

Radicación: 2018-0404-01

Procesado: Nelson Enrique Marín

Delito: Homicidio agravado en
grado de tentativa y Porte
ilegal de armas de fuego

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Kurmen Gómez.

Aprobado: Acta 124 de octubre 4 de 2019, Artículo 30, Numeral 4º, Ley 16 de 1968

Tunja, octubre diecisiete (17) de dos mil diecinueve (2019). Hora: dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.)

Conoce la Sala del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensora de confianza del acusado Nelson Enrique Marín contra la sentencia condenatoria del ocho (8) de mayo de dos mil dieciocho (2018) mediante la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja lo condenó por los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones, tomando otras determinaciones.

HECHOS

A eso de las tres de la mañana del 10 de abril de 2011 en la casa 40 de la Manzana 1 del Barrio Ciudad Jardín de Tunja, Nelson Enrique Marín le disparó a Johana Murcia en dos oportunidades con la pistola BROWING, modelo HP, con identificación 245RN57440 que portaba sin permiso de autoridad competente, con la intención de suprimirle la vida, deceso que no se produjo debido a la oportuna atención médica y porque el impacto de bala no fue penetrante y eso impidió que se le causaran lesiones de mayor gravedad e incluso la muerte.

IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

Nelson Enrique Marin porta la cédula de ciudadanía 71.350.739 expedida en Turbo (Antioquia), cuenta con 37 años de edad, pues nació el 24 de noviembre de 1981 en Turbo, Antioquia, hijo de Orfalina Marin, de ocupación oficios varios. Mide 1.72 Mts de estatura, piel trigueña, contextura media y cabello liso negro.

ANTECEDENTES PROCESALES

La Fiscalía Novena Seccional Tunja, por intermedio de la Fiscalía Sexta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Medellín formuló imputación a Nelson Enrique Marín el 11 de octubre de 2016, ante el Juzgado 41 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esa ciudad¹, como autor del delito de homicidio tentado agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego, cargos que no aceptó. Se abstuvo de imponer medida de aseguramiento, decisión que apelada fue revocada el 25 de noviembre de 2016 por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín y se profirió orden de captura contra Nelson Enrique Marin.

Se presentó escrito de acusación el 7 de diciembre de 2016² y después de plurales aplazamientos³ se realizó la audiencia de acusación el 24 de abril de 2017⁴.

¹ Carpeta denominada "Caratula del caso, que consta de 6 folios.

² Folios 79 a 85 de la carpeta del juzgado.

³ Los días 30 de enero de 2017 (folio 104 de la carpeta) y 10 de marzo de 2017 (folio 117 de la carpeta)

⁴ Folios 124-125 Carpeta del Juzgado

La audiencia preparatoria, previa suspensión⁵ se inició el 25 de julio de 2017⁶ y se continuó el 18 de agosto de 2017⁷,

El juicio oral se inició el 18 de septiembre de 2017⁸ y se continuó el 8⁹ y 9 de noviembre de 2017¹⁰, 6 de Febrero de 2018,¹¹ a cuya finalización se emitió sentido de fallo condenatorio; se realizó la audiencia del artículo 447 del C.P.¹² y la sentencia fue leída el 8 de Mayo de 2018.¹³

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

1.- De la providencia impugnada

El Juez Segundo Penal del Circuito de Tunja mediante sentencia del 8 de mayo de 2018 condenó a Nelson Enrique Marín a la pena principal de doscientos un (201) meses, esto es a dieciséis (16) años y nueve (9) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el tiempo de la pena principal, como autor del delito de homicidio agravado en grado de tentativa, tipificado en los artículos 103 y 104 de C.P. en concurso con el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, artículo 365 ibídem y le negó al procesado los mecanismos sustitutivos de la pena, tomado otras determinaciones.

⁵ El 9 de junio de 2017 a solicitud del defensor según acta que obra a folio 130 de la carpeta.

⁶ Folios 136 y 138 del carpeta del Juzgado

⁷ Folios 140 y 141 de la carpeta del juzgado.

⁸ Folios 156 a 158 de la Carpeta del juzgado.

⁹ Folios 170 a 173 de la careta del juzgado.

¹⁰ Folios 174 a 176 de la carpeta del juzgado.

¹¹ Folio 191 a 195 de la Carpeta del Juzgado

¹² Folio 204 de la carpeta del juzgado

¹³ Folios 210 a 2290 de la Carpeta del Juzgado

Precisa el asunto a tratar, los hechos, identifica al procesado, declara la competencia que le asiste, resume la actuación procesal y en el capítulo de consideraciones del despacho refiere y sintetiza los elementos de convicción con que se cuenta –estipulaciones probatorias, pruebas testimoniales de la fiscalía y la prueba documental incorporada-, refiere las teorías del caso propuestas por las partes y sus alegatos y en el capítulo que denomina razones de la condena precisa las características del juicio oral contenido en la Ley 906 de 2004 con soporte jurisprudencial de las altas Cortes y de la prueba exigida para condenar.

El delito de homicidio está tipificado en el artículo 103; las circunstancias de agravación punitiva en el artículo 104 numerales 2, 7 y 11 y la tentativa en el art. 27 y dice que de las pruebas que este delito se cometió en concurso con el de porte ilegal de armas de fuego y que su comisión está involucrado el Nelson Enrique Marín como autor, cumpliendo las exigencias del artículo 381 del C.P.P, desvirtuándose así la presunción de inocencia.

Se estipuló que el acusado se encontraba en el lugar de los hechos el día 9 de abril del año 2011 cuando ocurrió el homicidio tentado, pues llegó desde la mañana con Yubelly Sánchez y en la noche fueron al estadio de futbol a ver el partido del Boyacá Chicó y del Nacional.

Yubelly Sánchez Vargas en su testimonio dice que en la madrugada del 10 de abril de 2011, estando casa de su tía Janeth Vargas, ella se estaba cambiando y se encontraba en ropa interior, cuando una persona desde la puerta del apartamento disparó contra Nelson Marín varias veces y ella resultó lesionada, situación que pone en entre dicho el despacho, porque con el pudor y sensibilidad de la mujer no es normal que se haya cambiado y quedado en ropa interior con la puerta abierta, aún más por las bajas temperaturas de Tunja a la madrugada.

La prueba demuestra que la casa donde ocurrieron los hechos era muy pequeña, la cama estaba cerca a la puerta, por lo que si fuera cierto lo expresado por Yubelly Sánchez respecto a que los disparos provinieron de ese lugar, lo lógico sería lógico encontrar las vainillas cerca a la puerta, pero Daniel Francisco Pacheco cuando realizó el levantamiento fotográfico, señaló que las vainillas se encontraron en el interior del inmueble, según su informe, rebatiendo la versión de la víctima.

Se determinó que los proyectiles del arma se encontraron, uno debajo de la cama y otro fragmentado en la almohada, hecho que concuerda con el dicho de Katherin Johana Vargas, cuando dijo que escuchó dos disparos. Entonces si Yubelly estaba sentada en la cama y los proyectiles se localizan en la almohada y en detrás de la cabecera de la cama el piso y se descubren las vainillas junto al baño, eso indica que en ese lugar se accionó el arma.

Con el peritaje realizado por el técnico en balística Isidro Godoy, se estableció que con el arma de fuego encontrada en Chiquinquirá se percutieron los proyectiles hallados en el lugar de los hechos y de la prueba testimonial se deduce que Nelson Enrique Marin estuvo presente cuando fue herida Yubelly y donde se encontró el arma en Chiquinquirá, Barrio Boyacá, donde era conocido con el alias de "Nicolás" o "Regalito". Además en Tunja también se le conocía como "parce" o "regalito" pues se dedicaba al hurto, como lo dijo Yaneth Vargas.

El relato de los hechos de Yaneth Vargas, tía de la víctima, consignado en el Formato Único de Noticia Criminal refiere que a Nelson Enrique Marín, estaba dolido porque Yubelly lo había dejado y había amenazado a Gustavo Samaca, novio de Yubelly para esa época. Se probó también que le decían "parce", "regalito" o "Nicolás", seudónimos con los que Katherin

Vargas y Martha Cecilia Contreras, lo conocían, aspecto del que infiere el a quo que el mismo Nicolás o Regalito que Martha Cecilia Contreras identifica como la persona que convivía Johana Murcia, es el aquí procesado Nelson Enrique Marín.

La víctima dice que nunca le vio armas al acusado, afirmación desvirtuada con el dicho de Yaneth Vargas, quien dice que se las vio y que incluso amenazó al novio de Yubelly en esa época, como ya se dijo.

Por lo anterior el Despacho infiere sin duda la responsabilidad del acusado Nelson Enrique Marín en los hechos ocurridos la madrugada del 10 de abril del 2011, que realizó con plena certeza de su resultado, porque después de cometer el hecho delictivo emprendió la huida y lejos del lugar de los hechos, escondió el arma y dejó a su pequeña hija donde vive Johana Murcia, en la casa de Martha Cecilia Contreras en Chiquinquirá, Barrio Boyacá. Después llamó a Katherin Vargas a las 5 de la mañana, para decirle que revisara si Yubelly Sánchez estaba viva o muerta, deduciendo que el acusado creía que había logrado su muerte, hecho que no se produjo por la pronta y adecuada atención médica brindada por los galenos.

Se vislumbra la responsabilidad de Nelson Enrique Marín en el punible de Homicidio agravado tentado del que fuera víctima Yubelly Sánchez Vargas. Soporta su aserto en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia¹⁴ que ha explicado reiteradamente que basta que con la intención de matar se ponga en peligro el interés jurídico protegido para que la figura se tipifique, pues el fundamento de la punición de la tentativa no es el resultado que se produzca, sino el peligro en que se pone la vida del sujeto pasivo de la acción homicida.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de febrero de 1999, rad. 10647.

En seguida pregona que el proceder fue injusto porque Nelson Enrique Marín puso en peligro el bien jurídico protegido de la vida de Yubelly Sánchez Vargas pues sus actos estaban encaminados inequívocamente a causarle la muerte.

Respecto al delito de porte ilegal de armas de fuego del artículo 365 del C.P., modificado por la Ley 1453 de 2011, considera que por ser de mera conducta, basta actualizar un obrar doloso sin esperar el resultado para su configuración. La conducta puede ser ejecutada por cualquier persona; los verbos rectores son alternativos por lo que con accionar cualquiera de ellos se agota el comportamiento.

En cuanto a los ingredientes normativos señala que debe tratarse de un arma de fuego de defensa personal, aspectos de los que no hay duda procesal conforme al informe pericial de clínica forense de las lesiones registradas en la víctima y del mecanismo causal de proyectil de arma de fuego con el que se causaron y que la persona no cuente con permiso de autoridad competente.

El arma usada por el acusado es un revolver (sic) marca BROWING calibre 9 x 19 mm, con once cartuchos en su interior y se sabe que el acusado no tenía permiso para portar esos artefactos, como se establece con lo estipulado con la defensa.

También se estipuló que el acusado tenía antecedentes penales derivados de tres sentencias condenatorias, una proferida en Medellín y dos en Tunja, por el punible de porte ilegal de armas, aspecto que indica que acostumbrada usar y portar armas de fuego.

Se verificó que Nelson Marín estaba en casa de Yubelly Sánchez cuando se realizaron los disparos con arma de fuego que le generaron lesiones en la cabeza a la víctima, no fatales a pesar de su gravedad.

Se estableció que con el arma encontrada en Chiquinquirá se percutieron las vainillas y proyectiles hallados en el lugar de los hechos, causantes de las heridas a Yubelly Sánchez y que el acusado estaba presente cuando se produjeron los disparos y también donde fue hallada el arma, aspectos por los que infiere el a quo que Nelson Enrique Marín, incurrió en este delito.

Entonces la consecuencia lógica y legal es condenar a Nelson Enrique Marín por los cargos a él atribuidos.

Respecto a la punibilidad señala que la pena del delito de homicidio es de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses; por ser agravada queda en cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses, pero como la conducta es tentada la pena a imponer oscila entre doscientos (200) y cuatrocientos cincuenta (450) meses de prisión.

Después de determinar los cuartos punitivos y como no se le atribuyeron circunstancias de mayor o menor punibilidad, seleccionó el mínimo de 200 a 262.5 meses e impuso la mínima de doscientos (200) meses de prisión.

La pena del delito de fabricación tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones es de 9 a 12 años equivalente a ciento ocho (108) meses a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión. Después de establecer los cuartos punitivos y como no se imputaron circunstancias de mayor o menor punibilidad, seleccionó el cuarto mínimo de 108 meses a 117 meses, e impuso la mínima de ciento ocho (108) meses de prisión.

Como se trata de un concurso de conductas punibles, art 31 del C.P., a la pena más grave del delito homicidio agravado en tentativa de doscientos (200) meses de prisión, le aumentó por el porte ilegal de armas un (1) mes para una pena definitiva de doscientos un (201) meses de prisión.

Impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal, estos es doscientos un (201) meses.

Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, artículo 63 del C.P., porque la impuesta supera el monto objetivo exigido por el legislador en el artículo 63 del C.P., con sus modificaciones y la prisión domiciliaria del artículo 38 del C.P. modificado por la Ley 1709 de 2014 porque el requisito objetivo tampoco se satisface pues la pena supera el monto de 8 años.

Declara que Nelson Enrique Marín debe purgar la pena de prisión en establecimiento de reclusión que señale el INPEC, ordenando la expedición de la correspondiente boleta de captura.

Finalmente en aplicación del art. 100 del C.P., ordenó el comiso definitivo del arma de fuego junto con la munición y su proveedor, según las puntualizaciones realizadas en la providencia de primer grado.

2.- Del motivo de impugnación.

La defensora del procesado aduce que la providencia apelada trasgrede flagrantemente el debido proceso y la tutela judicial efectiva de las garantías penales del procesado, porque la decisión carece de motivación y deduce infundadamente circunstancias de agravación para el delito de homicidio tentado que solo existen en la mente del juez.

La sentencia es abstracta, gaseosa, incoherente y trasgresora del principio de congruencia. La decisión es antijurídica e infundada pues sin motivación deduce circunstancias de agravación que no fueron siquiera mencionadas por la fiscalía en la acusación como pretensión punitiva, existiendo entonces un errado juicio de convicción pues da por probados hechos sin elementos materiales probatorios demostrativos.

En las razones de la condena al folio 22 el a quo refiere que con la acción desplegada el procesado trasgredió el artículo 103 de C.P., del delito de homicidio.

Dice que a Miguel Fabián Perdomo Villamil, técnico profesional en balística forense, se le puso de presente el informe de investigación de laboratorio FPJ-13, que reconoció, argumentando que en los elementos embalados y rotulados que recibió había una pistola 9 mm marca Browning, con un proveedor y once (11) cartuchos, apta para disparar.

El técnico en balística Isidro Godoy Rodríguez, del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Tunja, con el que se introdujo el informe técnico balístico forense y el informe pericial de balística forense como prueba 8, declaró sobre la procedencia de las vainillas.

Con el médico Luis Sterling Neme Espitia, se introdujo el informe pericial de clínica forense del 5 de febrero de 2015 como prueba documental 9.

Daniel Francisco González Pacheco afirma que no realizó el acta de inspección al lugar pero que la firmó porque hacía parte del grupo que realizó esa la actividad y con él se incorporó el informe topográfico FPJ11.

El artículo 415 del C.P.P., habla de la prueba pericial y argumenta que se está en presencia de prueba de referencia con tarifa legal negativa en los sistemas adversariales y con la que no se puede emitir un fallo condenatorio.

El principio de inmediación probatoria enseña que las pruebas practicadas en el juicio oral deben circunscribirse a lo visto o escuchado personalmente, sin intermediarios para que no se pierda la conexión directa entre el sujeto que percibe y el objeto de percepción. Que *"estos testigos periciales de referencia no les constan el hecho fenomenológico acontecido"*, no estuvieron en el escenario delictual, nada tienen para mencionar, rinden su testimonio como referencia de hechos que conocieron a través de la pericia, razón por la que artículo 381 del C.P.P., señala que *"la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia"*, cuyo desconocimiento podría configurar un juicio falso de convicción.

Estos testigos transmiten lo que otros ojos percibieron por lo que su credibilidad queda supeditada al complemento con otro género de pruebas y en el proceso no existe prueba de mayor valor que la versión directa de Yubelly Sánchez Vargas, cuando afirma que fue pareja del procesado padre de su hija y que el 9 de abril de 2011 estaba con él porque iban a ver un partido del Nacional. Que fue con Nelson donde su tía a pedirle que cuidara a la niña para ir al encuentro deportivo. Como Nacional ganó, celebraron con por los lados de la UPTC, tomaron un poco, fueron a comer y en la madrugada se fueron para Ciudad Jardín a pernoctar.

La víctima señala que Johana Murcia la estuvo acosando e insultando y siempre se ha querido meter en la relación. Admite que estaba dentro de la casa, con la puerta abierta; que escuchó pasos por el lado de la ventana y

luego sintió el tiro duro. Estuvo consciente unos segundos y le dijo a Nelson que se fuera con la niña y no recuerda más. No puede asegurar qué vio, pero sabe que detrás de esto está Johana, porque ella le dañó su hogar, se empeñó en llamarla para amenazarla, diciéndole que en algún momento ella tendría a su hija para vengarse.

Deja claro que Nelson Enrique Marín no cargaba armas para su defensa personal porque iban a un espectáculo público y la policía no lo hubiera dejado entrar. Además afirma categóricamente que Nelson Enrique Marín no fue su agresor.

Katherin Johana Vargas Guzmán, prima de Yubelly Sánchez Vargas, la encuentra herida y como pensó que estaba muerta fue al CAI a llamar a la policía. Resalta que ella encontró herida de gravedad a su prima, con una cobija, por lo que la defensora se pregunta quien le puso la cobija con la que se contaminó la escena del crimen, duda que calificó como insalvable. Además su prima Yubelly le dijo que estaba con Nelson, a quien le iban a hacer un atentado y que por defenderlo se metió, prueba demostrativa de la no participación en el hecho de su representado.

Martha Cecilia Contreras informa que para abril del 2011 vivía en el barrio Boyacá de Chiquinquirá, con sus dos hijos. Esta testigo le tenía arrendada una habitación a Johana Murcia, quien vivía con Nicolás alias Regalito, hacía ocho (8) meses. Que para abril de 2011 fueron a preguntar por un señor que no conocía; después volvieron y una señora le dijo que si no colaboraba la iban a implicar porque ahí tenían secuestrada una niña. Entonces recordó que Johana le había dicho que Nicolás había llevado la niña, como en el madrugada, sin recordar el día exacto. Fueron retenidas con JOHANA; la policía entró y en el patio de la casa encontraron una pistola y una droga y por eso se las llevaron. Johana estaba con la niña en

la habitación; que esa casa era de dos pisos y por el patio había acceso a otras casas.

Entonces hay prueba directa y prueba de referencia. La prueba de referencia es menguada al tener tarifa legal negativa y porque necesita para estructurar una sentencia condenatoria la existencia de prueba directa de mayor abolengo, que no es otra que el categórico testimonio de la víctima.

Un fallo condenatorio implica comprobar que la conducta punible es imputable al acusado, sin que quede duda de su participación en el hecho delictivo con base en las pruebas practicadas en el juicio oral.

Ese grado de conocimiento no aflora en el proceso, porque el juez olvidó que para poder hacer un análisis conjunto de la prueba, debe contrastarla con los restantes medios, a través de la sana crítica, examinando todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en los que sucedió el acontecimiento donde resultó herida Yubelly Sánchez Vargas.

Si lo hubiera hecho, habría encontrado una duda insalvable, pues la víctima como testigo directo afirmó que el procesado no realizó acción dolosa contra su vida y que fueron otras personas las que lo hicieron. Además atribuyó responsabilidad a Johana, compañera permanente de Nelson Enrique, relación de la que da fe la señora Martha, quien le afirmó a la fiscalía que Johana vivía hacia como ocho (8) meses en una habitación arrendada con Nicolás a quien le decían regalito, alias con el que se conoce al procesado Nelson Enrique.

Entonces existe otra persona – Johana- con profunda enemistad para con la víctima, quien le hizo llamadas amenazantes, incluso instigándola con su hija.

El arma de fuego la encontraron en la casa donde ella tenía una habitación arrendada, con fácil ingreso por el patio como lo afirma Martha Cecilia, entonces, aparte de Nelson Enrique, otra persona pudo atentar contra Yubelly y pudo colocar el arma de fuego al interior de la casa donde vivía Johana con el procesado. Estas hipótesis pudieron ocurrir y aparecen como alternativas para adoptar una decisión cobijada con el principio del indubio pro reo a favor del procesado. Pero la sentencia le da veracidad a la teoría del caso de la fiscalía para enrostrar fácilmente responsabilidad penal al procesado y para hacerlo desacreditar el único testimonio directo de la víctima, quien afirma que se estaba cambiando y estaba en ropa interior cuando observó a alguien disparar desde la puerta del apartamento, contra Nelson Marín, resultando ella lesionada.

Resulta extraño que el juez aduzca que es anormal que con el pudor y sensibilidad de la mujer se cambiara y quedara en ropa interior, con la puerta abierta, máxime con las bajas temperaturas de Tunja a la madrugada, aduciendo por ello que no existe razón válida para que la puerta estuviese abierta.

Califica de puritana esa postura con profundo daño al proceso, porque sus subjetivas apreciaciones no tienen fundamento probatorio. El juez desconoce la intimidad de la víctima, sus convicciones, emociones, gustos, placeres, si tiene pudor o no. Cambiarse con la puerta abierta no habla mal de una dama, pues ella estaba con una persona con la que tenía vínculos afectivos y había tenido ingesta ética. Nada extraño tenía que la puerta estuviera abierta. El juez arriba a esa conclusión no con las pruebas

practicadas sino por su convicción íntima de lo que es el pudor y sensibilidad de una mujer, concesiones que no pueden servir para desacreditar a un testigo. El juez tiene una manera matemática para conocer las actuaciones del género femenino.

Llama la atención sobre la manera como el a quo deduce circunstancias de agravación inexistentes que nunca fueron tratadas ni demostradas en el juicio oral con inmediatez de la prueba.

Señala el juez que el homicidio es agravado por el artículo 104 modificado por el artículo 26 Ley 1257 de 2007 y al respecto la impugnante aduce que no entiende de donde se extrae que el homicidio se ejecutó "*en los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar...*" porque esa circunstancia agravante tiene un ingrediente normativo que reenvía a la Ley 54 de 1990 para saber que son compañeros permanentes el hombre y la mujer que tienen convivencia singular y permanente, no casados entre sí.

El proceso demuestra que Nelson Enrique y Yubelly no eran compañeros permanentes como lo dice la víctima quien señala que para el 2011 residía en Samaca con su mamá, porque trabajaba en una mina de carbón. Que antes residió en Tunja, en el barrio ciudad jardín con Nelson Enrique, su pareja para entonces. Entonces para la fecha de los hechos no eran compañeros permanentes como lo reitera Martha Cecilia Contreras, quien señala que para el 2011 Johana Murcia llevaba viviendo como ocho (8) meses con un muchacho al que le decían Regalito, que no es otro que Nelson Enrique.

Entonces esa circunstancia de agravación es atípica pues no existía ese vínculo de compañeros permanentes entre Nelson Enrique y Yubelly.

La circunstancia de agravación del numeral 7º tiene soporte en el mayor grado de insensibilidad moral, porque el sujeto activo imposibilita la defensa del sujeto pasivo y se actúa sobre seguro. Se crea una situación en la que le quita al agredido la oportunidad de rechazar por sí o por otra persona la acción agresora y se disminuyen o supriman las posibilidades defensivas.

Se pregunta la impugnante de dónde se deduce esa circunstancia de agravación, cuál es la prueba que permite estructurar el estado de indefensión que exige demostración procesal, por ser dolosa y porque el juicio de reproche recae en la manipulación premeditada del agresor al crear esa situación.

El juez no señaló la prueba demostrativa de ese actuar y no diferenció conceptos abiertamente disimiles como el de la indefensión que se presenta por la falta absoluta de defensa y el de inferioridad *"que se está por debajo del agresor sin estar inerme"*.

Como el juez no valoró la prueba que le permitiera concluir categóricamente ese aspecto subjetivo de la agravante, la sentencia trasgrede derechos fundamentales del procesado.

Respecto de agravante del numeral 11 adicionado por la ley 1257 de 2008 artículo 26, olvidó el juez que la responsabilidad objetiva está proscrita, porque lo que se debe demostrar el dolo. Esta agravante tiene su razón en los delitos de género, de odio, cuando el atentado contra la vida se realiza por el hecho de ser mujer.

En la página 18 de la sentencia, renglón 27, la fiscalía señala que *"se probó igualmente en este juicio que la ciudadana sufrió el atentado en ese sitio"*

donde se encontraba, desde luego por situaciones que son desconocidas,..." aserto que demuestra que nunca argumentó el móvil de la agresión. Si la fiscalía lo desconocía, de dónde extrae el juez esta circunstancia, de dónde infiere que el atentado se produjo porque la víctima sea mujer. La responsabilidad objetiva está proscrita. En este caso se emitió fallo basado en la íntima convicción, derivada del fuero subjetivo interno del juez, sin importarle la insuficiencia de las pruebas para estructurar estas circunstancias. Por tanto la decisión impugnada debe ser revocada.

ANALISIS Y VALORACION JURIDICA DE LAS PRUEBAS

1.- Estipulaciones probatorias¹⁵.

Se dan por probados los siguientes hechos estipulados¹⁶:

1.1.- Se da por probado que el 10 de abril de 2011, a las 3:00 de la madrugada, aproximadamente, en la casa de la Manzana 1, casa 40 del Barrio Ciudad Jardín de Tunja, Yubelly Sánchez Vargas recibió heridas por impacto de arma de fuego en cara y cabeza, razón por la que fue auxiliada a las cinco de la mañana, aproximadamente, trasladada al hospital San Rafael de Tunja, donde debido a la oportuna atención médica le salvaron la vida,¹⁷ hecho se soporta en el acta de primer respondiente FPJ- 4¹⁸, formato único de noticia criminal¹⁹ e informe ejecutivo²⁰.

¹⁵ Folio 157 Cdo. de pruebas

¹⁶ Los primeros seis hechos se estipularon en la audiencia del 18 de septiembre de 2017 y los hechos 11 a 13 fueron estipulados en la audiencia del 6 de febrero de 2017.

¹⁷ Folios 3-13, Cdo. de pruebas

1.2.- La plena identificación del acusado Nelson Enrique Marín, con fotocopia de la tarjeta decadactilar²¹.

1.3.- Que el acusado Nelson Enrique Marín, para la época de los hechos, no tenía permiso para porte de armas de fuego de defensa personal, mediante oficio 6732/MDN-CGFM-CE-DIV2-BR1-S25CCA del 15 de septiembre de 2014, expedido por el Segundo Comandante y Jefe Estado Mayor de la Primera Brigada²².

1.4.- Que Nelson Enrique Marín cuenta con antecedentes penales por porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, hecho soportado mediante oficio S-20160625015/SUBIN-GRAIC 1.9., del 18 de noviembre de 2016²³.

1.5.- La plena identidad de la menor L.M.M.S., hija del acusado y de la víctima, de dos años de edad para la época de los hechos, mediante el correspondiente registro civil²⁴.

1.6.- Que Yubelly Sánchez Vargas fue atendida en el Hospital San Rafael de Tunja y que sufrió las lesiones descritas en "la epicrisis continua"²⁵.

1.7.- Informe de investigador de laboratorio de balística FPJ-13²⁶ e informe pericial de balística forense N° DRO-LBAF-0000430-2013.²⁷

1.8.- Informe Técnico Balístico, sobre vainillas y proyectiles encontrados en lugar de los hechos en Tunja²⁸.

¹⁸ Folio 3 Cdno. de Pruebas.

¹⁹ Folio 5 Cdno. de Pruebas.

²⁰ Folio 8 Cdno. de Pruebas.

²¹ Folio 14, Cdno. de pruebas

²² Folio 15, Cdno. de pruebas

²³ Folios 16- 17 Cdno. de pruebas

²⁴ Folio 18. Cdno. de Pruebas.

²⁵ Folio 19-25, Cdno. de Pruebas

²⁶ Folio 27-29, Cdno. de Pruebas

²⁷ Folios 30-34. Cdno. de Pruebas

1.9.- Informe de investigador de campo —FPJ-11²⁹, acta de inspección a lugares —FPJ-9, 2 vainillas de armas de fuego, 1 proyectil fragmentado de arma de fuego y 1 proyectil de arma de fuego con sus respectivos registros de cadena de custodia.³⁰

1.10.- Informe pericial de clínica forense de Yubelly Sánchez Vargas N° DSB-DRO-00380-C-2015 del 5 de febrero de 2015³¹.

En el Juicio oral las partes hicieron extensión a estipulaciones probatorias, dando por probado lo siguiente:

1.11.- Que aproximadamente a las tres de la madrugada, del 10 de abril de 2011, Nelson Enrique Marín se presentó en la casa de la madre de Yaneth Vargas Guzmán, donde ésta había pernoctado con la niña L.M. M. V. para pedirle que le entregara a la niña porque la mamá de la niña se encontraba alterada y que con la presencia de la menor se calmaba. Aproximadamente en esa fecha y hora, Yaneth Vargas le entregó la niña a Nelson Enrique Marín y éste se fue con la menor donde este estaba hospedado con Yubelly Sánchez Vargas en la casa de la señora Yaneth Vargas ubicada en el barrio Ciudad de jardín Tunja, manzana 1, casa 40, donde fue encontrada la víctima Yubelly Sánchez Vargas en grave estado de salud la madrugada del 10 de abril de 2011³².

1.12.- Que el 10 de abril de 2011 aproximadamente a las 4:30 de la madrugada, Nelson Enrique Marín llegó con su menor hija L. M. M. V., de dos años de edad, a la residencia de la carrera 11 N° 5-16 Barrio Boyacá Alto de Chiquinquirá, donde éste residía con Gloria Johana Murcia Hernández y

²⁸ Folios 35-39. Cdo. de pruebas

²⁹ Folio 40-46, Cdo. de Pruebas

³⁰ Folio 47-56, Cdo. de pruebas

³¹ Folio 58-60, Cdo. de pruebas

³² Folios 58-59, Cuaderno de pruebas

allí le dejó a la niña y abandonó el lugar. Como a las once de la mañana del mismo día la policía hizo presencia en ese lugar y encontró a la niña, la que fue entregada a la Policía de Infancia y Adolescencia.³³

1.13.- Que el 10 de abril de 2011, aproximadamente a las 11:00 de la mañana, en el patio y debajo de una teja de zinc de la casa de la carrera 11 N° 5-16 Barrio Boyacá Alto de Chiquinquirá, el patrullero Edison Castellanos Rincón encontró, recogió y embolsó, entre otros elementos, una pistola marca BROWING, modelo HP, con número de identificación 245RN57440, calibre 9x19 mm, con su proveedor y 11 cartuchos en su interior, elementos que fueron embalsados y sometidos a cadena de custodia³⁴. Se incorpora la pistola, con proveedor y los cartuchos, todo ello con cadena de custodia.

2.- De las pruebas aportadas por la Fiscalía.

2.1. Testimoniales.

2.1.1.- Yubelly Sánchez Vargas, sesión del 18 de septiembre de 2017, record 56'38''

Es la víctima dentro del proceso, refiere que se encontraba estudiando Sistemas, pero actualmente es ama de casa.

Para el año 2011 residía en Samaca con su mamá hacía como cuatro meses, porque ella estaba trabajando en una mina de carbón. Antes residía en Tunja en Ciudad Jardín con Nelson Enrique, quien fue su pareja para esa época y es padre de su hija L. M. M. S., que nació el 9 de marzo del 2009 en Tunja.

³³ Folios 58-59, Cuaderno de pruebas

³⁴ Folios 58-59, Cuaderno de pruebas

Para abril de 2011 le colaboraba a su mamá porque ella trabajaba en una mina en Samaca. El 9 de Abril de 2011 se encontraba con Nelson porque iban a ver un partido del Nacional, ese día estaban hablando porque "*volvimos*" incluso el otro día iban a buscar apartamento para vivir los dos. Volvió a consolidar su relación con Nelson Enrique Marín porque se había separado, ya que Yohana Murcia estaba empeñada en dañar su hogar.

Ella estaba con Nelson desde el día anterior; ese día se dirigieron a donde su tía porque jugaba el Nacional y ambos son hinchas de ese equipo. Nelson la invitó a ver el partido y ella aceptó porque estaban bien. Fueron donde su tía para que ella les cuidara la niña y después de finalizado el partido y como Nacional ganó, fueron a celebrar por los lados de la UPTC, tomaron un poco, comieron y ya en horas de la madrugada se dirigieron para Ciudad Jardín, donde estaba la niña porque era donde se iban a quedar. Ese día estaba molesta porque Johana Murcia siempre la estuvo llamando a insultarla porque quería que Nelson se fuera con ella. Nelson le aclaró a Johana que ellos habían vuelto, es decir Nelson y Yubelly. Ella seguía insistiendo e insistiendo y fue cuando la testigo se molestó. Cuando se molestó, estaban en la casa de su tía, con Nelson y su hija L. M. M. S., y la puerta estaba abierta. Reitera que en ese momento la niña estaba con ellos.

Ella estaba un poco "*prendidita*" pero tenía conciencia de lo que pasaba y Nelson se encontraba en las mismas condiciones, pues habían tomado cerveza como desde las 7 de la noche como hasta la una o dos de la mañana. Después estuvieron en el norte comiendo en un sitio de comidas rápidas y de ahí se fueron a Ciudad Jardín a la casa de su tía donde se iban a quedar.

Dice que primero fueron a la casa a recoger la niña y después aclara que Nelson fue a recoger a la niña porque ella estaba molesta porque Johana no dejaba de marcar.

En ese momento la puerta estaba abierta, se escucharon los disparos y ella simplemente actuó porque estaban los tres ahí. Le dijo a Nelson que se fuera con la niña porque de todas maneras la parte del patio da a la calle y no recuerda más.

La casa es muy pequeña, sintió unos pasos y un disparo; ella estuvo consciente de unos segundos. Los pasos los escuchó por el lado de la ventana y en ese preciso instante estaba sentada en la cama y ella sintió un impacto de bala. En ese momento le dijo a Nelson que se llevara la niña y efectivamente él la cogió y se fue.

Ese fue un momento de pánico porque ellos estaban en otro cuento. No puede asegurar que vio, pero sí que quien está detrás de todo esto es Johana, porque ha seguido recibiendo acoso por parte de ella, quien dañó su hogar y desde un comienzo tuvieron que enfocarse por ese lado porque por ella se estaba dañando su hogar. Ella se empeñó en llamar a amenazarla, meterse con su hija menor de edad, tratarla mal y decirle siempre que llegaría el momento en que iba a tener la niña allá para vengarse.

Dice que Nelson no cargaba nada para su defensa personal porque estaban en el partido y la policía no lo habría dejado entrar al estadio.

Que recibió un impacto de bala que le ocasionó trauma craneoencefálico, pero después de muchos exámenes física y emocionalmente se siente muy

bien. Después de salir del hospital estuvo en el Caquetá recuperándose y volvió a trabajar en Zipaquirá y desde ahí ya tiene a su pareja sentimental.

Dice que la ventana está a una distancia de más o menos un metro donde ella estaba. La ventana no sufrió ningún daño porque por ahí sintió los pasos y todo fue por la puerta, que estaba abierta. De la puerta a la cama donde ella se encontraba había un metro aproximadamente, porque el recinto es muy pequeño. Al abrir la puerta, está la cama, una sillita y seguía el baño, la cocinita y la puerta para el patio. En ese entonces era muy pequeño porque ella no volvió a ese lugar.

Dice que Nelson se llevó a su pequeña hija y a la niña la recuperó su mamá cuando ella estaba en el hospital, la mamá fue y la recuperó.

Con Nelson nunca ha perdido contacto porque desde un comienzo él no tuvo nada que ver y por eso siempre ha tenido contacto con él; ha estado muy pendiente de la niña y el responde por ella. Dice que para ser auxiliada demoraron casi dos horas, como se lo explicó su familia porque él llamó a su prima Lizeth Daniela, a decirle que les habían hecho un atentado, que fuera a verificar como estaba Yubelly para que la llevaran al hospital y Nelson siempre estuvo muy pendiente de su situación.

Que su tía Yaneth le prestó esa noche la casa para pernoctar con Nelson Enrique. Desconoce en ese momento donde se encuentra su tía Yaneth. Que escuchó un disparo cuando le dieron a ella, estuvo un momento consciente y fue cuando le dijo a Nelson que se llevara la niña, el salió por la parte de atrás de la casa y no sabe que más pasó. En el momento en que ella recibió el disparo Nelson Enrique estaba a un costado de donde ella se encontraba.

Su molestia con Nelson esa noche fue por la insistencia en las llamadas de Johana; por eso le dijo a Nelson que apagará el celular o cambiara la simcard, él le dijo que se calmara y que esperara a que se acostaran a dormir. Desde el momento en que llegaron con la niña al sitio donde recibió los disparos transcurrió muy poco tiempo, unos 15 o 20 minutos. Considera que a ellos los estaban siguiendo. Aclara que esa noche se trasladaban en taxi. Yohana Murcia para esa época vivía en Chiquinquirá y que por ella se distanciaron con Nelson. Que su mamá recuperó a la niña en Chiquinquirá donde la tenía el bienestar.

Asegura que cuando recibió el disparo, la niña estaba cerca de Nelson y ella estaba a dos metros de ellos.

Después de que Nelson llamó, al lugar de los hechos llegaron su abuela Edilia Guzmán, Katherin y su tía Yaneth para saber qué había pasado.

Se separó de Nelson Enrique Marín porque Yohana Murcia siempre intentó dañar el hogar y ella se aburrió que la llamará a insultarla. Ella vivía en Chiquinquirá y no quería tener más problemas y decidió irse con su mamá y darse un tiempo con Nelson. Actualmente vive con Mario Alberto Ramírez a quien Yohana Murcia le manda perfiles por redes sociales.

Dice que ellos llegaron al lugar que es muy pequeño, la puerta quedó abierta y la luz estaba prendida. En la parte del frente en ese momento era monte, no estaba habilitado.

En el contrainterrogatorio manifiesta que Johana Murcia está detrás de lo ocurrido porque se ha encargado de difamarla; la llamaba a amenazarla, le decía a Nelson que le llevara la niña para tener la oportunidad de tratarla

mal, le decía a su hija que era una bastarda. Ella creaba perfiles falsos en el Facebook para preguntar sobre ella, donde vivía, direcciones, etc.

El ataque iba dirigido a ambos. En el momento en que pasó eso ella estaba de frente y por eso la atacaron a ella.

A preguntas del ministerio público señala que cuando ocurrió el atentado Nelson estaba a un costado, como a dos metros, porque él estaba para la parte del baño. En el momento en que recibió el impacto ella estaba sentada, incluso se había desvestido "*a mí me encontraron... si yo estaba... por eso me cubrí con el cubre lecho*"

Dice que antes de los hechos llevaban cuatro meses separados de Nelson.

A preguntas complementarias del juez explicó que antes de ir al partido, habían estado con Nelson en la casa compartiendo con su tía, porque él fue a comprar las boletas del partido que empezó hasta las cinco de la tarde. Compartieron un rato con su tía y le pidieron el favor de cuidar la niña mientras iban al partido. Dice que le pidió a su tía el favor para que los dejara quedar en la casa y como eso era tan pequeñito su tía accedió y le dijo que se iba a quedar donde la abuela.

Dice que quien tenía conocimiento que Nelson estaba en Tunja y se iba quedar en el lugar era Yohana.

Le aclara al juez que en el momento de los hechos estaba en ropa interior, porque la puerta estaba abierta. En ese momento estaba envuelta en el cubre lecho porque estaba embriagada cuando le dijo que se fuera. Él estaba intentando calmarla porque la puerta estaba abierta.

2.1.2.- Miguel Fabián Perdomo Villamil, sesión del 19 de septiembre de 2017, record 3'15''

Es Subintendente de la Policía Nacional, labora en la URI de Duitama y es técnico profesional en balística desde julio del 2006. En la Policía lleva 20 años 6 meses y como suboficial 10 años.

Para abril de 2011 laboraba como Jefe de la URI de Chiquinquirá como técnico profesional en balística forense, en la elaboración de peritajes en balística. Para esa época tenía una experiencia de 5 años. Realizaba estudio de elementos relacionados con balística como armas de fuego, aditamentos de las mismas y municiones.

Inicialmente verifica que los elementos vengan con la respectiva cadena de custodia y que vengan dentro del contenedor debidamente rotulado y embalado para realizar el correspondiente estudio técnico. El estudio que se le puede practicar a un arma puede constar de sus características, cotejos, números de serial, ingreso al sistema IBIS, entre otros.

Para realizar dichos experticias se utilizan elementos de medición, como el calibrador, la gramera digital, recuperadores de proyectiles en agua y los conocimientos con que cuentan.

Luego de sacar el elemento del contenedor, la técnica utilizada consiste en inspeccionar al arma de fuego, determinar el calibre, se lleva al recuperador de proyectiles, se determina si el arma de fuego está apta disparar, es decir se acciona para verificar si funciona o no funciona.

La confiabilidad de los resultados se da en grado de certeza y los resultados del estudio técnico quedan plasmados en un informe de investigador de laboratorio que es utilizado en Policía Judicial.

Se le puso de presente el informe de investigador de laboratorio FPJ-13 con consecutivo 151766000112201100069 realizado en Chiquinquirá el 10-04 de 2011, que reconoció plenamente porque tiene estampada su firma y por el grado que tenía en esa época, documento que el testigo leyó.

Se recibieron dos contenedores con su respectiva cadena de custodia y solicitud de estudio. En el primer contenedor estaba una pistola calibre 9 mm marca Browning, con un proveedor y 11 cartuchos y en el segundo contenedor se encontraban 4 cartuchos calibre 9 mm.

El arma de fuego analizada era apta para realizar disparos, es decir estaba en buen funcionamiento. El arma era original con su respectivo número de identificación original, porque no presentaba ninguna alteración en la marca ni en el número de identificación.

Luego de terminado el estudio técnico, los elementos se embalaron nuevamente en sus contenedores y se sellaron. En la cadena de custodia se elabora el respectivo registro como perito por el funcionario que lo realiza y se le entrega al funcionario que solicitó el estudio y se le manifiesta que se registre en la cadena de custodia para que quede como legítimo poseedor.

Con el testigo se incorporó el Informe de Investigador de Laboratorio FPJ-13 como prueba 7.

En el contrainterrogatorio el testigo indicó que el arma analizada tenía un proveedor con una capacidad de 14 cartuchos. En el primer contenedor venía el arma de fuego con el proveedor y once cartuchos y en un segundo una bolsa plástica con cuatro cartuchos. En la parte final, en la interpretación de resultados, teniendo en cuenta que los cartuchos son del mismo calibre y de la misma naturaleza, por eso se dice que los quince cartuchos estaban en buen estado y no presentan oxidación o deterioro.

A preguntas complementarios del Juez señaló que las casas fabricantes son las encargadas de colocar la cantidad de estrías que estimen convenientes y la rotación en cada arma, que sirven para identificar un proyectil y poder ser cotejado con la respectiva arma para saber si con ella se percutió. Los resultados tienen un altísimo grado de certeza del 99.9% porque las armas dejan huellas únicas que microscópicamente se pueden establecer. Que esas armas salen con proveedores de 14 cartuchos pero que artesanalmente se diseñan proveedores con mayor capacidad.

Que un tiro libre realizado en un arma como la analizada puede alcanzar un rango de 100 metros de distancia para lograr un blanco perfecto.

2.1.3.- Isidro Godoy Rodríguez, sesión del 19 de septiembre de 2017, record 41'55".

Trabaja en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses en Tunja; tiene estudios en Balística forense y en técnica profesional en procedimientos judiciales y entrenamiento en Estados Unidos en un congreso mundial sobre cartuchos y armas de fuego. Hace 10 años se desempeña como balístico forense.

Para junio de 2011 y noviembre de 2013 laboraba en Instituto de Medicina Legal en Tunja realizando actividades en el campo Balístico, analizando armas de fuego, proyectiles, vainillas, estudio de prendas recuperadas en Necropsia, abordaje en necropsias con situaciones relacionadas con armas de fuego.

El laboratorio cuenta con una tecnología de punta, toda vez que es el único laboratorio de medicina legal en Colombia acreditado por la norma internacional 17025 que exigen a todos los laboratorios que están bajo su acreditación, que los equipos utilizados para los estudios cumplan con los requisitos. El laboratorio cuenta con equipos especializados y con un tanque de agua o recuperador acuoso donde se realizan los disparos con armas cortas como pistolas y revólveres y se recuperan los proyectiles.

A nivel interno se cuenta con unos procedimientos avalados por todos los balísticos de los diferentes laboratorios; en total de nueve, en el país. A nivel internacional se parte del principio fundamental plasmado por la asociación internacional de balísticos y examinadores de arma de fuego y otras literaturas que se encuentran previstas por Alemania y España.

El principio fundamental de la identificación de un proyectil y una vainilla está basado en que cuando se construye o fabrica un arma de fuego se utilizan herramientas muy técnicas, pero a su vez estas herramientas al generar en el cañón del arma un estriado, sufren fricciones que se van imprimiendo dentro del mismo cañón. Estas fricciones o características individualizantes son transmitidas por el arma de fuego al proyectil que cuenta con una contextura más blanda y al ser observadas en un equipo de alta tecnología, se identifica e individualiza cada proyectil.

Cuando se genera un disparo el arma de fuego por el efecto del retroceso de los gases, la vainilla va hacia atrás y calca de alguna forma las características impresas en la recámara del arma de fuego así como las características impresas por el percutor o la aguja percutora, el eyector y el extractor en armas semiautomáticas y automáticas.

Cuando se cuenta con el arma de fuego y un proyectil incriminado, en el laboratorio se dispara el arma de fuego de tres a cuatro veces, de acuerdo con la necesidad de la observación de las características, se lleva el proyectil al macroscopio de comparación en donde se observaron las características presentes en el proyectil recuperado de la pistola como las características presentes en el proyectil incriminado que aporta la autoridad para la investigación.

La confiabilidad de las conclusiones de interpretación de resultados está dada por la ejecución de un procedimiento, por la aplicación del conocimiento científico de la asociación de examinadores de las armas de fuego y por las marcas de herramienta con sede en Estados Unidos y con el entrenamiento que ha tenido el balístico en esa área. Sumado a eso, por el ejercicio de calidad ningún dictamen pericial se puede emitir sino es revisado por otro perito y las evidencias tienen que estar bajo custodia del mismo perito.

Las armas tienen que ir embaladas, rotuladas y con una cadena de custodia en la que va inmerso el registro de cada una de las personas que ha participado en la manipulación de esa evidencia.

Una vez realizados los estudios con los elementos recibidos, el laboratorio tiene diseñada la forma de entrega de las evidencias. Se llama a la autoridad solicitante y se le hace entrega de las evidencias y del informe

pericial emitido, dejando en el archivo de la institución una copia de las fotografías y del respectivo informe pericial que se elabora en unas plantillas especializadas ubicadas a nivel nacional y en él se genera el informe en original y copia. Ese informe sólo se puede imprimir cuando el perito par verifique la información y autorice su expedición.

Dice que reconocería un documento por el suscrito, si este lleva el logo de la institución, su firma abreviada en cada hoja y su firma al final del documento.

Se le pone de presente al testigo el Informe técnico balístico 107 de 201, emitido el 14 de junio de 2011 y el informe pericial de balística forense 430 de 2013 emitido el 29 de noviembre de 2013, previo traslado a las partes, a los que dio lectura integral.

Dice que los elementos que recibió para analizar, estaban debidamente rotulados y embalados y con su cadena de custodia.

Manifiesta que la certeza que se tiene sobre la procedencia de las vainillas con el arma en mención, se basa en los métodos científicos, instrumentos de alta tecnología utilizados y por los conocimientos que tiene el perito para realizar los procedimientos, por lo que el grado de certeza del informe es total.

Mediante este testigo se introdujo el Informe técnico balístico forense de fecha 2011-06-14 en cinco folios y el Informe pericial de balística forense del 2013/11/29 en cinco folios, como prueba 8.

En el conainterrogatorio formulado por la defensa señala que respecto de los elementos recibidos consignados en el ítem 1 del informe técnico

balístico 2011-06-14 señaló el perito que al desglose de todos los elementos manifestó que se había recuperado un proyectil de algunos fragmentos y que venían en un contenedor sin alteraciones con su cadena de custodia.

Aclaró el listado de elementos recibidos diciendo que recibió un proyectil, un núcleo de proyectil, fragmentos de proyectil, vainillas dos y siete folios de inspección técnica a cadáver en copia. Dice que la inspección copia a cadáver es la que realizan los investigadores del caso en el levantamiento de un cuerpo. Que en el resultado de interpretación en el numeral 8.2. señala que realizado el respectivo análisis a los tres fragmentos de proyectil, se establece que hicieron parte del encamisado de proyectil pero debido al escaso material integral y pérdida de la forma inicial del proyectil, no fue posible establecer el calibre, ni tampoco el total de estrías, macizos y sentido de rotación de las mismas.

Que el segundo experticio rendido el 29 de noviembre de 2013 se realizó con base en la caracterización del arma que fue enviada. Señala que el motivo de la peritación fue un oficio firmado por Jairo Montero Ramos de fecha 24-10-10.

En las conclusiones señaló que tanto el proyectil de calibre 9 mm como el fragmentos de proyectil de mayor tamaño, fueron disparados en la pistola marca Browning calibre 9 mm de serie 245RN 57440 y las dos vainillas de calibre 9×19 mm fueron percutidas en la pistola marca Browning calibre 9 mm de serie 245RN57440.

En el redirecto de la fiscalía explica que al realizar el cotejo correspondiente determina que esas vainillas si fueron disparadas en dicha arma.

A petición del juzgado señala que para determinar la uniprocedencia no importaba el tiempo en que había sido disparada del arma.

2.1.4.- Daniel Francisco González Pacheco, sesión del 8 de noviembre de 2017, record 3'10''

Trabaja como físico médico en la Clínica de Occidente de Cali, su profesión es físico puro con maestría en física médica, graduado de pregrado de la UPTC de Tunja en el 2010 y del posgrado en la Universidad Nacional de Colombia en el 2013 en ciencias naturales, física médica. Su experiencia como Investigador de criminalístico data de cuatro años en la fiscalía desde julio del 2009 hasta marzo del 2013. Realizó una práctica hospitalaria en el instituto de Cancerología y en la Clínica Santa fe; más recientemente ha trabajado en Santa Marta, Valledupar y en Cali. Sin vínculo de familiaridad con el acusado.

Para abril del 2011 laboraba en Tunja en la parte de criminalística y atendía como parte de actos urgentes, el apoyo.

Realizó una fijación fotográfica del lugar de los hechos por el lado del San Francisco, yendo hacia Soraca; cree que era el barrio Ciudad Jardín, un barrio nuevo para esa época.

Cuando llegó al lugar de los hechos observó una casa muy pequeña, como en bloque o ladrillo, había una cama y realizó una inspección fotográfica desde que se entra por la puerta hacia el fondo. Primero se identificaba la fachada y la nomenclatura de la casa. Entraron, había una cama que se fotografió y también lo que se encontraba en la cama; se encontraron manchas rojas y en la almohada se encontró un proyectil que estaba deformado y que tenía como cabello. Ese proyectil estaba dentro de la

almohada, se veía un huequito y tocó abrirla para observar lo que había en su interior. Ahí se encontró un proyectil como deformado y con partes del encamisado fragmentado. El otro proyectil se encontró en la parte de la cabecera de la cama pero por debajo de la cama, en el suelo. Se siguió fotografiando hacia adentro y seguía como la cocina y a lo último el baño. En la parte de la cocina fue donde se encontraron las dos vainillas.

Las evidencias encontradas fueron fotografiadas, se embalaron y se enviaron al almacén de evidencias.

Dice que los informes que realizaba se anexaban directamente a la carpeta con los oficios petitorios. Al testigo se le enviaron al Whatsapp unas fotografías del Informe fotográfico FPJ-11 y del acta de inspección a lugares con formatos de cadena de custodia. Reconoce que ese informe fue elaborado por él porque tiene su firma y su nombre y que se recibieron tres formatos de cadena de custodia. La defensa reconoce que fue descubierta en oportunidad copia del respectivo informe. El testigo reconoce que el formato de cadena de custodia fue iniciado por él, con el que embolsó el proyectil de arma de fuego y otro que realizó su compañero Jairo. También reconoce un acta de inspección a lugares del 10-04-2011. El testigo procedió a leer los documentos respectivos.

Posteriormente refiere que los elementos materiales probatorios que se encontraron en el lugar de los hechos se embalaron y rotularon y son los mismos que se le enviaron.

En cuanto al acta de inspección al lugar FPJ 9 del 10-04-2011, la leyó y dice que si bien él no la realizó, si la firmó porque hacia parte del grupo que realizó la actividad ese día. Además indica que lo plasmado en dicha acta

concuenda con el registro fotográfico y lo encontrado en el lugar de los hechos.

Con el testigo se incorporó el Informe de investigador de campo FPJ-11 del 2011-04-10, acta de inspección a lugares, un formato de cadena de custodia firmado por el testigo, que contiene un sobre con un proyectil de arma de fuego amarillo cobrizo, otro registro de cadena de custodia que dice contener un núcleo de proyectil y tres fragmentos de encamisado de color amarillo cobrizo y otro formato de cadena de custodia con la firma del testigo que contiene dos vainillas de armas de fuego cilíndricas y el CD que se proyectó en audiencia, como evidencia 8.

En el contrainterrogatorio señala que el informe de investigador de campo fue elaborado a las 11 de la mañana. En cuanto al acta de inspección a lugares FPJ-9 dice que esa letra no es la de él pero que el informe fue elaborado en el sitio de los hechos. La cadena de custodia debe ser firmada por todas las personas que tengan acceso a los elementos materiales.

2.1.5.- Martha Cecilia Contreras, sesión del 8 de noviembre de 2017, record 00'55''

Estudio hasta 3° de primaria; trabaja en un restaurante en Chiquinquirá y no es familiar del acusado. Nació en Muzo, Boyacá, pero vive en Chiquinquirá hace 20 años, en el barrio Boyacá en diferentes casas.

Para abril del 2011 vivía en el barrio Boyacá de Chiquinquirá sobre la carrera 11; con sus hijos y le había arrendado una habitación a Johana Murcia, quien para abril de 2011 llevaba pagándole arriendo como de 8 meses. Ella convivía con un muchacho Nicolás a quien le decían "REGALITOS". Él fue a

convivir con Johana como desde noviembre o diciembre; él era morenito, no tan alto.

Para abril de 2011 llegaron a golpear y a preguntar a un señor, que no conocía por el nombre y al momento golpearon otra vez y una señora le dijo que si no le colaboraba la iba implicar porque supuestamente tenían una niña secuestrada. Recordó que Johana le había dicho que Nicolás había llevado la niña; abrió la puerta y le dijo que si había una niña. Johana le dijo que había llegado con la niña a la madrugada pero no le dijo exactamente la hora. Como a las siete de la mañana la testigo le estaba dando desayuno a sus nietos, y Johana se levantó y le dijo que Nicolás había traído a la niña.

Manifiesta que a ella y a Johana las retuvieron porque cuando golpearon llegaron unos policías vestidos de civil y dijeron que ahí tenían una niña secuestrada; entonces les dijo que sí que había una niña y entraron y siguieron buscando y encontraron en el patio de la casa una pistola y una droga, y por ese motivo a Johana y a la testigo las llevaron.

No está segura de quien eran esa arma y la droga que encontraron, pero imagina que eran de Nicolás, porque cuando la policía las condujo, les dijeron que Nicolás había herido a una muchacha y había una pistola en ese lugar. Se imagina que NICOLAS se fue porque vio la niña en el cuarto y estaban sola Johana y la niña.

Llamaron a la Policía de menores y se llevaron a la niña. Sabía que Nicolás tenía una niña porque la había visto en fotos y porque JOHANA le dijo que Nicolás había llevado a la niña y era la misma que estuvo en su casa. La bebé tenía como dos años y medio.

El comportamiento de Johana era normal; era una muchacha de casa y juiciosa, salía a trabajar.

Los policías que entraron a su casa dijeron que habían encontrado la pistola y la droga en el patio de la casa, a un lado del lavadero. En ese momento la testigo se encontraba en la Sala. Como a las siete de la mañana Johana le dijo que Nicolás había llegado y había llevado a la niña. Esa noche también vio a Johana en la casa y estaba ahí, no la vio salir.

Después de ese día Johana vivió allí unos pocos días y se fue, cree que para donde la mamá que vive en Simijaca. Después de ese día nunca más volvió a ver a Nicolás.

En el conainterrogatorio señaló que cuando los policías entraron a su casa, se dirigieron al cuarto de Johana porque ahí estaba la niña y a la habitación de la testigo no entraron.

Dice que ella no presenció cuando la policía encontró la pistola y la droga. Que esos elementos los encontraron en el patio a un lado del lavadero donde había unas tejas que estaban en el piso. Dice que Johana se levantó como a las 7:30 de la mañana y le dijo que Nicolás había llevado a la niña. No le consta que la señora Johana hubiera portado armas ni tampoco Nicolás.

A preguntas del juez dice que la casa en la que vivía era de dos pisos pero que al segundo piso ella no tenía acceso. Que el patio tenía acceso a otras casas por detrás y al lado a otras casas. Según constancia que dejó el juez, la altura del muro del patio era de 1.60 metros. Admitió que para acceder al lavadero era necesario estar dentro de la casa. El Sr. Nicolás tenía llaves para entrar y salir de la casa a cualquier hora.

2.1.6.- Luis Sterling Neme Espitia, sesión del 9 de Noviembre de 2017, record 2'17''

Es médico cirujano de la UPTC, egresado en el 2001 y actualmente es profesional universitario forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Boyacá, Centro Zonal de Tunja.

Su experiencia data de 16 años desde su grado. Ha ejercido en las áreas de Urgencias, cuidados Intensivos, consulta externa, traslado de pacientes de alta complejidad en ambulancia, unidad renal, consulta externa y desde hace 3 año se desempeña como profesional Universitario del Instituto de Medicina Legal.

Su capacitación forense lo habilita para realizar dictámenes en dos frentes. El primero de patologías forenses y el segundo de clínica forense. En el primero realiza dictámenes médicos legales, exhumaciones, necropsias, identificación por ADN. En el área de clínica tiene el entrenamiento forense para realizar dictámenes por lesiones personales en sus diferentes variantes, violencia de pareja, dictámenes sexológicos, conceptos técnicos medico legales, relaciones medico legales, dictamen de embriaguez, dictamen de edad, y todas aquellas pericias que estén relacionadas con la actividad forense.

Para cada una de las actividades que realizan existe un reglamento técnico emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal, como entidad rectora de la medicina legal, que indica el procedimiento de cada una de las pericias que realizan. Para realizar un informe de clínica forense es necesaria la solicitud de la autoridad competente donde se indique el procedimiento que se requiere realizar. Recibida la solicitud de la pericia por la oficina de información, un asistente forense ingresa el caso a la

plataforma tecnológica que goza de un alto nivel de seguridad y registra los datos específicos del caso. Para casos de lesiones personales lo que básicamente se tiene en cuenta es el testimonio de la víctima, cuando está presente, se revisan los antecedentes médicos y los síntomas asociados con los hechos investigados y se evalúa el material adicional que presente la víctima para la valoración, como copia de la historia clínica, o conceptos de especialistas de un área específica, cuando se considere necesario. Con fundamento en la valoración de todo ese material se realiza un examen clínico y luego se emite una conclusión determinada por tres elementos fundamentales que son la determinación de un mecanismo causal del trauma, su incapacidad médico legal y las posibles secuelas a que hubiere lugar luego de sufrido el evento.

Cuando la víctima no está presente, se toma como base para realizar el informe pericial la historia clínica sobre la cual se realiza un análisis forense de acuerdo a su contenido y en la que se dan unas conclusiones similares a las del dictamen de lesiones personales, que se plasman en un informe pericial de clínica forense que contiene un número interno y consecutivo de la seccional o regional que realiza el procedimiento.

Podría reconocer un documento por el membrete específico que utiliza el Instituto de medicina legal, donde se indica la zona del país donde se está atendiendo, por los contenidos propios del informe y por la firma del perito que realiza el procedimiento. Además también la autoridad que solicitó el procedimiento y la fecha en que se realiza.

Previo traslado a las partes reconoció el informe pericial de clínica forense realizado en la dirección seccional de Boyacá el 5 de febrero de 2015 que se le puso de presente, por su firma. Le dio lectura integral.

Todos los proyectiles de arma de fuego tienen una alta mortalidad pero hay sitios más críticos que otros. Cualquier sitio que esté relacionado cercano a un trayecto vascular o el cráneo, independientemente del área, tienen un altísimo índice de mortalidad.

Con fundamento en la historia clínica aportada hay unos diagnósticos firmados por un médico especialista en los que hace constar diagnósticos de ingreso y de egreso. La epicrisis es un documento de resumen final de atención médica de un evento sufrido por una persona. La epicrisis está firmada siempre por un médico especialista, circunstancia que le da validez al documento. Con fundamento en lo que se consigna como diagnóstico de ingreso y de egreso y el relato de las lesiones que lograron ser documentadas a través de los reportes de los colegas médicos, se determina cuáles fueron las lesiones causadas conforme a la historia clínica. De acuerdo a los diagnósticos que se determinaron en Yubelly Sánchez, desde el punto de vista forense se busca la lesión que toma más tiempo en recuperarse para determinar la incapacidad médico legal. En este caso, la fractura del cráneo de acuerdo al contenido de la historia clínica y la hemorragia subaracnoidea según el reglamento técnico tiene incapacidad entre 35 a 55 días. Entonces se toma como término intermedio el de 40 días como incapacidad médico legal, pero con carácter provisional. Dice que en este caso, en el evento de un segundo reconocimiento médico legal, es posible que se hubiera determinado una capacidad superior de acuerdo a la evolución de la persona.

Afirma el testigo que el grado de veracidad de su informe es del 100%, porque el trabajo que realizan, que se emite previa requerimiento de la autoridad competente y porque el principio de la buena fe obliga a

conceptuar sobre documentos que aporta la misma autoridad y que se dan por ciertos.

La ausencia de la víctima limita la finalización del diagnóstico forense, porque el análisis se reduce a calificar el contenido del documento aportado para estudio desde el punto de vista técnico, con conceptos médicos y con fundamento en lo que reza el reglamento. La ausencia de la víctima limita la pericia porque no se puede establecer secuelas porque no puede valorar ni ver la funcionalidad. Por eso solamente se calificó el mecanismo traumático de lesión y se dio incapacidad médico legal provisional en la medida en que es necesario volver a valorar a la víctima para determinar su estado al final de la evolución de las lesiones sufridas.

Se introdujo el Informe Pericial de clínica forense DSB-DRO-00384-2015 del 5 de febrero de 2015, como prueba documental 9.

2.1.7.- Katherin Johana Vargas Guzmán sesión del 9 de Noviembre de 2017, record 00'15''

Tiene 22 años, es Bachiller y no tiene parentesco con el acusado. Nació en Florencia, Caquetá y ha residido en Bogotá, Huila y Tunja. Es prima de Yubelly Sánchez Vargas.

Para abril del 2011 vivía en Ciudad Jardín y estudiaba en el Colegio Gran Colombiano de Tunja en la mañana y por la tarde practicaba porrismo.

En abril del 2011 su prima Yubelly tuvo un incidente. Simplemente la llaman diciéndole que su prima estaba herida, fue y la miró. Va al CAI y llama al policía. Dice que su mamá la mando ir; su prima Yubelly estaba en el piso

con una cobija; había sangre y supuso que estaba muerta. Entonces fue a llamar a la policía y no regresó porque le dio nervios.

Que su prima Yubelly estaba con Nelson, que a él le iban a hacer un atentado y que Yubelly por defenderlo se metió y él se fue. De esa situación se enteró cuando su prima Daniela golpeó y les dijo. Su prima Daniela vivía en la casa de al lado. Nelson era el marido de su prima Yubelly y ellos tienen una niña llamada L.

Que esa noche la niña se quedó con la mamá de la testigo y ella. No sabe para dónde se llevó Nelson la niña, pero apareció en Chiquinquirá. En la casa donde encontró a Yubelly herida vivían la testigo y Yaneth mamá de Katherin la testigo y esa noche ella y la mamá durmieron en la casa de la abuela que queda a la vuelta.

Explica que cuando volvió a la casa donde sucedieron los hechos, encontró que la tina donde bañaban a su hermanito, que estaba debajo de la cama, estaba rota, pero no supo por qué se había roto.

La niña regresó a la casa como hasta el otro día porque su tía vino del Caquetá y fue a reclamarla en el bienestar familiar de Chiquinquirá. La relación de Yubelly y Nelson era normal, bonita, nunca los vio pelear.

A preguntas del despacho señaló que su prima Daniela dijo que la habían llamado a decir que a Nelson le habían hecho un atentado y por eso ella fue a la casa. Aclara que cuando fue a la casa vio al Yubelly en el piso tapada con una cobija.

3.- De las pruebas aportadas por la Defensa.

No cuenta con pruebas.

Del análisis Probatorio.

La Sala estima oportuno referirse a la naturaleza de la prueba pericial para abordar anticipadamente las críticas que ha formulado la defensora en su impugnación.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado la diferencia que existe entre el testigo perito y el testigo técnico de la siguiente manera³⁵:

“La Sala ha precisado, por ejemplo, que no se puede confundir... la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa a la evaluación del proceso fáctico.

Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales.³⁶”

Es evidente que Miguel Fabián Perdomo Villamil, técnico profesional en balística forense, el técnico en balística ISIDRO GODOY RODRIGUEZ, del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Tunja y el médico Luis Sterling Neme Espitia también del instituto nacional de medicina legal, con

³⁵ Proceso No 31795. Magistrados Ponentes: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. 16 de septiembre de 2009.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de abril de 2007, radicación 26128.

los que fueron introducidos los respectivos dictámenes periciales por ellos emitidos, concurren al proceso a declarar como peritos y no como testigos técnicos, pues todos efectuaron valoraciones técnico científicas después de la ocurrencia de los hechos, para las que cuentan con especiales conocimientos técnicos y científicos con base en los que emitieron sus respectivas conclusiones.

Ellos de ninguna manera relatan los hechos percibidos directamente bajo el influjo de sus sentidos concernientes a los sucesos investigados, sencillamente porque no los presenciaron y mal podría por tanto tenérseles como testigos de los mismos.

Los peritos expertos en balística para emitir sus respectivas pericias tuvieron en cuenta los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recaudados en la escena del crimen y al arma encontrada en una residencia de la ciudad de Chiquinquirá cuyo hallazgo se estipuló por las partes, superando cualquier examen sobre su licitud y/o legalidad, por lo que la base fáctica para emitirlos encuentra amplio respaldo en elementos probatorios y evidencias físicas válidamente captados. Tampoco merece ningún reproche el dictamen pericial emitido por el Dr. Neme Espitia porque él se basó en la historia clínica adelantada en el centro médico asistencial, descubierta en el momento procesal pertinente a la defensa, por lo que esa parte tuvo oportunidad de conocerla y de controvertirla en oportunidad.

Entonces esas pericias no constituyen jamás prueba de referencia como mal lo asevera la señora defensora, porque si bien los dictámenes periciales se emiten con posterioridad a la realización de los hechos, con base en unos especiales conocimientos técnicos y científicos que esos expertos poseen, también lo hacen teniendo en cuenta una base fáctica constituida por

elementos probatorios o evidencias físicas válidamente captadas, que ingresan por tanto al caudal probatorio exentos de vicios sobre su legalidad o licitud.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado desde antaño por ejemplo que los dichos de las víctimas ante las psicólogas y médicos forenses ingresan directamente al juicio y hacen parte de la pericia, al fundamentarla y sustentarla, como lo han sostenido así³⁷:

“En particular, impera señalar que lo referido por la víctima ante las sicólogas y la médico forense, ingresa directamente como elemento de juicio menesteroso de considerar, pues, en tanto fundamento de la experticia, hace parte integral de la misma, como claramente lo dejó sentado la Sala en oportunidad anterior³⁸:

“Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras.

Ahora bien, en cuanto al interrogante planteado inicialmente, ya la jurisprudencia de la Sala ha sentado las bases de la solución al puntualizar:

“En el sistema procesal penal de Estados Unidos y Puerto Rico, en principio se entendía que se presentaba un problema de prueba de referencia, frente al perito que emitía sus opiniones o informes

³⁷ Proceso n.º 32868. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. 10 de marzo de 2.010.

³⁸ Sentencia Del 17 de septiembre de 2008, radicado 29609

tomando como elementos de análisis informes y conclusiones de otras personas, desconocidas en el juicio.

“La restricción, sin embargo, evolucionó hacia la admisión de ese tipo de prácticas periciales, en los eventos en que esos informes y elementos de análisis suministrados por terceros, son de aquellos que generalmente utiliza el perito en el ejercicio de su profesión.

“Así lo explica CHIESA³⁹, en su Tratado de Derecho Probatorio mencionando los casos concretos conocidos por el Tribunal Supremo de Puerto Rico:

“En Reyes Acevedo se había dicho que “el perito médico no puede basar su opinión en informes y conclusiones de otras personas desconocidas por el jurado y no sostenidas por la prueba, o en informes de otros médicos, o récords de hospital, o en récords de la oficina del fiscal o en reseñas del juicio publicadas por la prensa, que no han sido admitidos en evidencia”. Como se admite en Rivera Robles, esto ya no es sostenible bajo la Regla 56. Esta permite el testimonio pericial basado en la información obtenida antes del juicio o vista si es el tipo de información en la que generalmente descansaría el perito en el ejercicio de su profesión. Que sea prueba de referencia es inadmisibles para excluir la opinión pericial por estar fundada en base impermisibles.”

“El mismo arquetipo de solución reflexiva se adopta ahora jurisprudencialmente para Colombia, donde también es una realidad, como en todas las latitudes, que los peritos —no solo médicos— tienen como parte de sus elementos de trabajo

³⁹ CHIESA, Op. cit. Tomo I, pág. 522.

información obtenida por fuera de la audiencia pública. La experticia médica es uno de los ejemplos más sobresalientes a ese respecto, pero no el único.

“El fundamento lógico del anterior aserto, en el caso de las pericias médicas, consiste en que si en la vida cotidiana los profesionales de la salud toman decisiones importantísimas para la vida de los pacientes, guiados por lo dicho en la historia clínica, lo explicado por otros médicos y lo relatado por el mismo paciente o por terceros, no se vislumbran argumentos razonables para descartar o enervar, por ese mismo motivo, la opinión pericial en el juicio oral basada en aquel tipo de información.

(...)

“Lo que es imprescindible y no admite excepciones es la garantía de los principios de igualdad de armas y contradicción. En los casos anteriores, el informe técnico científico debe integrarse al proceso de descubrimiento probatorio, admitirse como evidencia con destino a la futura prueba pericial y debe ser real y efectivamente conocido por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuese de su interés. Y, por supuesto, la prueba pericial ha de tener lugar en el juicio oral, donde las partes pueden intervenir en el interrogatorio cruzado, sin más limitaciones que las derivadas de la constitución y la ley”⁴⁰

Así las cosas es indiscutible que las entrevistas tomadas como base de las experticias médicas o psicológicas, ni tampoco el examen de la historia

⁴⁰ Cfr. Sentencia de 21 de febrero de 2007, Radicación N° 25920.

clínica, de ninguna manera pueden considerarse como pruebas de referencia.

Resulta oportuno señalar que sobre la base fáctica de los dictámenes periciales la Corte Suprema de justicia ha concluido lo siguiente:

“En síntesis, frente a la base fáctica del dictamen, cabe resaltar lo siguiente: (i) salvo que el perito sea llevado a juicio con el único propósito de explicar unas determinadas reglas “técnico-científicas”, para que el Juez las aplique a una específica realidad fáctica, los expertos suelen emitir opiniones sobre unos hechos en particular; (ii) la base fáctica del dictamen puede coincidir con hechos que integren el tema de prueba; (iii) la base fáctica puede demostrarse con el testimonio del perito, cuando este ha tenido conocimiento “personal y directo” de la misma, como sucede con las observaciones que hace el médico legista en el cadáver de la víctima, a partir de las cuales emite su opinión sobre la causa de la muerte; (iv) también puede demostrarse con las pruebas legalmente practicadas en el juicio oral; (v) el dictamen pericial no puede convertirse en un instrumento para incorporar de forma subrepticia pruebas inadmisibles o, de cualquier otra manera, violatorias del debido proceso; (vi) cuando el dictamen recae sobre una declaración atinente a los hechos que integran el tema de prueba, y la parte pretende que la misma sea valorada como soporte de su “teoría del caso”, no le basta con solicitar el decreto de la prueba pericial, también debe solicitar la incorporación de la

*declaración anterior al juicio oral, según las reglas del debido proceso.*⁴¹

En síntesis la Sala advierte que las pericias emitidas por los expertos cuestionados por la defensa reúnen a cabalidad los requisitos que demanda el código de procedimiento penal y por lo tanto tienen plena validez probatoria.

Ahora bien, como del recurso de apelación se extracta que los motivos de inconformidad de la apelante están orientados, entre otros aspectos, a la valoración del material probatorio efectuada por el juez de primera instancia, la Sala analizará la prueba recaudada en el juicio oral en atención a las reglas de la sana crítica, mediante la estructuración de hechos jurídicamente relevantes.

1.- Pruebas respecto del arma.

Se estipuló y se dio por probado que Nelson Enrique Marín para la época de los hechos, no tenía permiso para portar armas de fuego de defensa personal y que contaba con antecedentes penales por delitos de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Yubelly Sánchez Vargas dijo que Nelson no cargaba nada para su defensa personal porque estaban en el partido y la policía no lo habría dejado entrar al estadio. Describió el lugar de los hechos diciendo que al abrir la puerta está la cama, una sillita y seguía el baño, la cocinita y la puerta para el patio. De la puerta a la cama donde ella se encontraba había un metro aproximadamente, porque el recinto es muy pequeño.

⁴¹ Cfr. Sentencia de 11 de julio de 2018, Radicación N° 50637.M.P Patricia Salazar Cuéllar.

El subintendente de la Policía Nacional Miguel Fabián Perdomo Villamil, elaboró el informe de investigador de laboratorio FPJ-13 con consecutivo 151766000112201100069 en Chiquinquirá el 10-04 de 2011. Dice que se recibieron dos contenedores con su respectiva cadena de custodia y la solicitud de estudio. En el primer contenedor estaba una pistola calibre 9 mm marca Browning, con un proveedor y 11 cartuchos y en el segundo contenedor se encontraban 4 cartuchos calibre 9 mm. Señaló que el arma era apta para disparar, es decir que estaba en buen estado de funcionamiento y era original porque no presentaba alteraciones en la marca ni en el número de identificación.

En el contrainterrogatorio dijo que en la interpretación de resultados consignó que los quince cartuchos estaban en buen estado y no presentan oxidación o deterioro.

El técnico en balística Isidro Godoy Rodríguez emitió el Informe técnico balístico del 14 de junio de 2011 y el informe pericial de balística forense del 29 de noviembre de 2013.

En el contrainterrogatorio aclaró que el segundo experticio se realizó con base en la caracterización del arma enviada que le permitió concluir que el proyectil calibre 9 mm y el fragmento de proyectil de mayor tamaño, fueron disparados en la pistola marca Browning calibre 9 mm de serie 245RN 57440 y las dos vainillas calibre 9×19 mm fueron percutidas en la pistola marca Browning calibre 9 mm de serie 245RN57440.

A su vez el investigador criminalístico Daniel Francisco González Pacheco, en la fijación fotográfica que realizó al lugar de los hechos, estableció que se trataba de una casa muy pequeña, construida como en bloque o ladrillo. Realizó inspección fotográfica entrando por la puerta hacia el fondo.

Primero identificó la fachada y la nomenclatura. Al entrar, había una cama que fotografió y también lo que se encontraba en la cama pues se encontraron manchas rojas y en la almohada se encontró un proyectil deformado, que tenía como cabello. Ese proyectil estaba dentro de la almohada; se veía un huequito y la abrió para observar lo que había en su interior. Encontró un proyectil deformado y partes del encamisado fragmentado. El otro proyectil se encontró hacia la cabecera de la cama pero por debajo de la cama, en el suelo. Continuó fotografiando hacia adentro y seguía como la cocina y a lo último el baño. En la parte de la cocina fue donde se encontraron las dos vainillas. Este aspecto también aparece plenamente documentado con las fotografías anexas al informe.

La partes estipularon y dieron por probado que el 10 de abril de 2011, aproximadamente a las 11:00 de la mañana, en el patio de la casa de la carrera 11 N° 5-16 Barrio Boyacá Alto de Chiquinquirá y debajo de una teja de zinc, el patrullero Edison Castellanos Rincón encontró, recogió y embolsó, entre otro elemento, una pistola marca BROWING, modelo HP, con número de identificación 245RN57440, calibre 9x19 mm, con su proveedor y 11 cartuchos en su interior, elementos que fueron sometidos a cadena de custodia

Martha Cecilia Contreras dueña de la casa donde residía Johana Murcia dice que para abril del 2011 vivía en el barrio Boyacá de Chiquinquirá y le había arrendado una habitación a Johana Murcia hacía como 8 meses, porque desde esa época le pagaba arriendo. Johana convivía con un muchacho Nicolás a quien le decían "REGALITOS". Él fue a convivir con Johana como desde noviembre o diciembre; él era morenito, no tan alto.

Que el 10 de abril de 2011 llegaron unos policías vestidos de civil diciendo que tenían una niña secuestrada y como ella admitió que había una niña,

entraron, siguieron buscando y en el patio de la casa encontraron una pistola y una droga y por ese motivo las retuvieron a ella y a Johana. No está segura a quien pertenecía el arma y la droga encontradas, pero imagina que eran de Nicolás porque cuando la policía las condujo, les dijeron que Nicolás había herido a una muchacha y porque había una pistola en ese lugar. Imagina que Nicolás se fue porque vio la niña en el cuarto y estaban solo Johana y la niña.

Sabía que Nicolás tenía una niña porque la había visto en fotos y porque Johana le dijo que Nicolás había llevado a la niña y era la misma que estuvo en su casa. La bebé tenía como dos años y medio.

En el contrainterrogatorio dice que no presenció cuando la policía encontró la pistola y la droga, pero que esos elementos los encontraron en el patio a un lado del lavadero donde había unas tejas en el piso.

El perito médico del Instituto de Medicina Legal Luis Sterling Neme Espitia, reconoció el informe pericial de clínica forense realizado en la dirección seccional de Boyacá el 5 de febrero de 2015 que se le puso de presente. Señaló en su testimonio que los proyectiles de arma de fuego tienen una alta mortalidad pero hay lugares anatómicos más críticos que otros. Cualquier sitio relacionado o cercano a un trayecto vascular o al cráneo, independientemente del área, tiene un altísimo índice de mortalidad. En este caso, la fractura del cráneo conforme a la historia clínica y la hemorragia subaracnoidea según el reglamento técnico, acarrea incapacidad entre 35 a 55 días. Tomó como término intermedio el de 40 días como incapacidad médico legal, con carácter provisional.

.../...

La Sala estima plenamente probados los siguientes hechos:

1.1.- Nelson Enrique Marín no tenía permiso para portar armas de fuego y tenía antecedentes por haber incurrido en ese delito en pretéritas ocasiones.

1.2.- La pistola BROWING, modelo HP, con identificación 245RN57440, fue encontrada en la casa de la carrera 11 número 5-16 del barrio Boyacá de Chiquinquirá, a eso de las diez de la mañana del mismo día en que ocurrieron los hechos, donde Johana Murcia vivía desde noviembre o diciembre de 2010 con Nicolás, alias "REGALITOS", hecho que no obstante ser estipulado, también fue corroborado con la versión de Marta Cecilia Contreras. Además por estas circunstancias también se determina que Nicolás alias "REGALITOS" es el mismo Nelson Enrique Marín.

1.3.- Se probó que la pistola BROWING, modelo HP, con identificación 245RN57440, era apta para disparar, estaba en buen estado de funcionamiento y también que los cartuchos no presentaban oxidación o deterioro.

1.4.- Se probó que el proyectil 9 mm que se encontró debajo de la cabecera de la cama donde ocurrió el atentado en la casa 40 de la Manzana 1 del Barrio Ciudad Jardín de Tunja y el fragmento de proyectil de mayor tamaño alojado en la almohada de la cama, fueron percutidos con la pistola BROWING, modelo HP, con identificación 245RN57440.

1.5.- También se probó que las dos vainillas calibre 9 × 19 mm encontradas en la escena del crimen fueron percutidas con la pistola BROWING, modelo HP, con identificación 245RN57440.

1.6.- Dichas vainillas se encontraron en el piso donde se ubica la cocina, localizada después de sobrepasar la cama y no en inmediaciones a la puerta de acceso a la habitación, conforme se documentó con las fotografías tomadas por el investigador criminalístico Daniel Francisco González Pacheco, especialmente con las tomas 5, 6 10, 11 y 12 del informe de investigador de campo FPJ-11 del 10 de abril de 2011.

1.7.- Se probó que Yubelly Sánchez Vargas sufrió trauma craneoencefálico, HSA, heridas por proyectil de arma de fuego en cara y cabeza con pérdida cutánea, impacto de bala en región **temporal izquierda** con pérdida de tejido muscular, posterior edema periorbitario, con estigmas de sangrado. Al examen físico se observó herida a **nivel fronto-temporal izquierdo** con pérdida de sustancia, exposición de tejido muscular, edema periorbitario. Al tomar TAC de cráneo simple se observó HSA en Valle Silvano izquierdo, con proyectil subgaleal no penetrante. Según la pericia médica presentada por el doctor Luis Sterling Neme Espitia esas heridas por su localización tenían la capacidad de poner en peligro la vida de la paciente, deceso que no se produjo debido a la oportuna atención médica y en sentir de la Sala porque el impacto de bala no fue penetrante y eso impidió lesiones de mayor gravedad e incluso la muerte.

2.- De la posible responsabilidad de Johana Murcia en el atentado y presencia en el lugar de los hechos.

Martha Cecilia Contreras dice que para abril del 2011 vivía en el barrio Boyacá de Chiquinquirá sobre la carrera 11, con sus hijos y le había arrendado una habitación a Johana Murcia, quien para la época llevaba pagando arriendo como de 8 meses. Ella convivía con un muchacho

Nicolás a quien le decían "REGALITOS", que fue a convivir con Johana como desde noviembre o diciembre.

Cuando la policía llegó a su residencia recordó que Johana le había dicho que Nicolás había llevado la niña; entonces abrió la puerta y les dijo que si había una niña. Johana le dijo que él había llegado con la niña a la madrugada sin decirle exactamente la hora. Como a las siete de la mañana cuando la testigo le estaba dando desayuno a sus nietos, fue cuando Johana se levantó y le dijo que Nicolás había traído a la niña. Esa noche vio a Johana en la casa, estaba ahí y no la vio salir.

En el contrainterrogatorio reiteró que Johana se levantó como a las 7:30 de la mañana y le dijo que Nicolás había llevado a la niña. No le consta que la señora Johana hubiera portado armas ni tampoco Nicolás.

.../...

2.1.- Nelson Enrique Marín, aproximadamente a las tres de la madrugada del 10 de abril de 2011, concurrió a casa de la mamá de Yaneth Vargas Guzmán en Tunja, madre de Yubelly, para que ésta le entregara a su hija menor LMMS, como ocurrió.

2.2.- Nelson Enrique Marín convivía con Johana Murcia desde noviembre o diciembre de 2010 en una habitación que Marta Cecilia Contreras le arrendó a aquella en la carrera 11 N° 5-16, Barrio Boyacá Alto de Chiquinquirá y aproximadamente a las 10 de la mañana del 10 de abril de 2011 las autoridades encontraron en dicho lugar a la menor LMMS, hija de Yubelly Sánchez Vargas y de Nelson Enrique Marín, porque éste se la entregó a Johana Murcia ese día a eso de las cinco de la mañana.

2.3.- Está probado que cuando ocurrió el atentado en Tunja con Yubelly se encontraba Nelson Enrique Marín y que le entregó a Johana Murcia a su hija LMMS a las cinco de la mañana, en la casa de la carrera 11 N° 5-16 del barrio Boyacá de Chiquinquirá, donde también ese día a eso de las diez de la mañana se encontró la pistola BROWING, modelo HP, con número de identificación 245RN57440 con la que se realizó el atentado criminal contra Yubelly Sánchez Vargas.

2.4.- Marta Cecilia Contreras declaró que a eso de las 7:30 de la mañana Johana Murcia se levantó y le comentó que en la madrugada de ese 10 de abril de 2011 Nelson Enrique Marín llevó a su menor hija LMMS y que Johana Murcia permaneció en la casa esa noche porque no la vio salir, lo que significa que ésta no participó materialmente en el atentado perpetrado en Tunja.

3.- Hechos

Se estipuló y se dio por probado que aproximadamente a las tres de la madrugada del 10 de abril de 2011, Nelson Enrique Marín se presentó en la casa de Yaneth Vargas Guzmán, madre de Yubelly donde aquella había pernoctado con la niña L.M. M. V. para pedirle que le entregara a la niña porque la mamá de la niña se encontraba alterada y que con la presencia de la menor se calmaba. En esas condiciones doña Yaneth Vargas le entregó la niña a Nelson Enrique Marín y éste se fue con la menor donde este estaba hospedado con Yubelly Sánchez Vargas en la casa de la señora Yaneth Vargas ubicada en el barrio Ciudad Jardín de Tunja, manzana 1, casa 40, donde fue encontrada la víctima

Se estipuló y se dio por probado que el 10 de abril de 2011 a las 3:00 de la madrugada, aproximadamente, en la casa de la Manzana 1, casa 40 del

Barrio Ciudad Jardín de Tunja, Yubelly Sánchez Vargas recibió heridas por impacto de arma de fuego en cara y cabeza, razón por la que fue auxiliada a las cinco de la mañana, aproximadamente, y trasladada al hospital San Rafael de Tunja, donde debido a la oportuna atención médica, le salvaron la vida.

Yubelly Sanchez Vargas dice que se encontraba el 9 de Abril de 2011 con Nelson porque iban a ver un partido del Nacional. Que ese día hablaron porque "*volvimos*" e incluso que al día siguiente se proponían buscar apartamento para vivir los dos. Volvió a consolidar su relación con Nelson Enrique Marín porque se había separado, pues Yohana Murcia estaba empeñada en dañar su hogar.

Fueron donde su tía para que ella les cuidara la niña y como ganó Nacional, celebraron, tomaron un poco, comieron y en la madrugada se dirigieron a Ciudad Jardín, donde estaba la niña y donde se iban a quedar. Ese día estaba molesta porque Johana Murcia siempre la llamaba a insultarla porque quería que Nelson se fuera con ella.

Cuando se molestó, estaban en casa de su tía con Nelson y su hija L. M. M. S., y la puerta estaba abierta. Reitera que la niña estaba con ellos. Sin embargo después dijo que primero fueron a la casa a recoger la niña y después aclaró que Nelson fue quien recogió a la niña pues ella estaba molesta porque Johana no dejaba de marcar.

La puerta estaba abierta y se escucharon los disparos y ella simplemente actuó porque estaban los tres ahí. Le dijo a Nelson que se fuera con la niña porque la parte del patio da a la calle y no recuerda más.

Dice que escuchó unos pasos por el lado de la ventana y que estaba sentada en la cama cuando sintió un impacto de bala. Fue un momento de pánico. No puede asegurar que vio, pero sí que detrás de todo esto está Johana, porque ha seguido recibiendo acoso por parte de ella, quien dañó su hogar. Ella se empeñó en llamar a amenazarla, meterse con su hija menor de edad, tratarla mal y decirle que llegaría el momento que tendría a la niña allá para vengarse.

Con Nelson no ha perdido contacto porque él no tuvo nada que ver; él ha estado muy pendiente de la niña y responde por ella. Asegura que para ser auxiliada demoraron casi dos horas, como se lo explicó su familia porque Nelson llamó a su prima Lizeth Daniela, a decirle que les habían hecho un atentado, que verificara como estaba Yubelly para que la llevaran al hospital y Nelson siempre estuvo pendiente de su situación.

Dice que escuchó un disparo cuando le dieron a ella, estuvo un momento consciente y le dijo a Nelson que se llevara la niña. Él salió por la parte de atrás de la casa y no sabe que más pasó. Cuando recibió el disparo Nelson Enrique estaba a un costado de ella.

Transcurrieron unos 15 o 20 minutos desde que llegaron con la niña al sitio donde recibió los disparos. Que cuando recibió el disparo, la niña estaba cerca de Nelson y ella a dos metros de ellos.

El lugar es muy pequeño; la puerta quedó abierta y la luz estaba prendida. Frente a la casa había monte, no estaba habitado.

El ataque iba dirigido a ambos y cuando eso pasó ella estaba de frente y por eso la atacaron a ella.

Antes de los hechos llevaban cuatro meses separados de Nelson.

Le aclaró al juez que estaba en ropa interior cuando fue herida, porque la puerta estaba abierta. En ese momento estaba envuelta en el cubre lecho porque estaba embriagada cuando le dijo que se fuera. Él estaba intentando calmarla porque la puerta estaba abierta.

Katherin Johana Vargas Guzmán, dice que en abril del 2011 su prima Yubelly tuvo un incidente. La llamaron diciéndole que su prima estaba herida, fue y la miró. Entonces se dirigió al CAI y llamó a la policía. Su mamá la mando ir. Yubelly estaba en el piso con una cobija y como había sangre supuso que estaba muerta. Fue a llamar a la policía y no regresó porque le dio nervios.

Supo que Yubelly estaba con Nelson y que a este le iban a hacer un atentado y que Yubelly por defenderlo se metió y él se fue. Se enteró de esa situación cuando su prima Daniela golpeó y les dijo. Daniela vivía en la casa de al lado. Nelson era el marido de Yubelly y ellos tienen una niña llamada L.

A preguntas del despacho señaló que su prima Daniela dijo que la habían llamado a decir que a Nelson le habían hecho un atentado y por eso ella fue a la casa. Aclara que cuando fue a la casa vio al Yubelly en el piso tapada con una cobija.

..../....

3.1.- Sea oportuno indicar que la versión de Yubelly Sánchez Vargas orientada a que el atentado fue perpetrado por un desconocido, no le merece credibilidad a la Sala, porque su dicho está ampliamente refutado mediante la construcción de inferencias lógicas que permiten deducir sin

hesitación alguna la responsabilidad penal del acusado, por lo que sí existe prueba de mayor valor –la indiciaria- que refuta ampliamente la versión de la ofendida, no como lo extrañó la defensora impugnante, por las siguientes razones que enseguida se explican:

3.1.1.- Las vainillas encontradas en la escena del crimen se localizaron en proximidades a la cocina, aspecto que indica que quien realizó el atentado estaba dentro de la casa y con la víctima únicamente estaba el hoy procesado Nelson Enrique Marín, y en gracia de discusión, con su menor hija LMMS de dos años y medio para la época de los hechos.

3.1.2.- El atentado no fue realizado desde la puerta de entrada a la habitación porque de ser cierta esa afirmación, las autoridades habrían encontrado en ese lugar las vainillas arrojadas por la pistola cuando fue accionada, jamás dentro de la residencia, como ocurrió.

3.1.3.- También por la localización de las heridas sufridas -en región **temporal izquierda** con pérdida de tejido muscular y posterior edema periorbitario o por herida a **nivel fronto-temporal izquierdo**- el atentado no se produjo cuando la víctima estaba de frente como mentirosamente lo afirmó Yubelly Sánchez Vargas sino por el costado izquierdo. Además la localización de las ojivas, en la almohada y debajo de la cabecera de la cama, sobre el piso, corrobora que los impactos los recibió la víctima cuando su atacante estaba adentro, en lugar próximo a ella.

3.1.4.- Únicamente Nelson Enrique Marín estuvo en la habitación con la víctima en el momento del atentado perpetrado con arma de fuego y éste mismo ciudadano hizo presencia a las cinco de la mañana en la casa de Johana Murcia en Chiquinquirá para dejarle a su menor hija LMMS, lugar donde las autoridades también encontraron la pistola BROWING, modelo

HP, con número de identificación 245RN57440 con la que se probó fue ejecutado el comportamiento punible, por lo que fuerza concluir que necesariamente el arma con que se cometió el ilícito estuvo en poder del hoy procesado y que este y no otra persona, fue el que la transportó de Tunja a Chiquinquirá.

3.2.- El procesado ha sido condenado por porte ilegal de armas, hecho que demuestra su capacidad delictual y la potencialidad que tiene para cometer atentados con armas de fuego.

3.3.- Articulado y concatenado lo dicho en precedencia, se demuestra que el comportamiento punible no fue realizado por un desconocido sino por Nelson Enrique Marín pues éste fue el único que estuvo en condiciones de portar, accionar contra la víctima el arma y transportarla a la residencia en Chiquinquirá y por tanto fue quien atentó contra la hoy víctima.

3.4.- Es evidente que la pareja constituida por el hoy procesado y la víctima habían tenido desavenencias al punto de generar su ruptura o separación. Además, esa noche la situación tampoco fue pacífica porque el hoy procesado se presentó en la casa de la madre de Yaneth Vargas, tía ésta de Yubelly, a reclamar a la su hija LMMS porque llevándosela a Yubelly Sánchez Vargas se podía tranquilizar, obviamente porque se encontraba exacerbada o en estado de alteración.

3.5.- Johana Murcia nunca estuvo en condiciones de atentar materialmente contra Yubelly Sánchez Vargas porque según la manifestación espontánea que ésta le efectuó a Marta Cecilia Contreras, esa madrugada el procesado le entregó a la menor LMMS, además ella se levantó como a las siete de la mañana y esa noche Marta Cecilia no la vio salir.

3.6.- La sindicación que le hace Yubelly Sánchez Vargas a Johana Murcia no pasa de ser un ardid para ocultar la verdadera autoría de Nelson Enrique Marín.

3.7.- Por último, si el procesado se sabía inocente ha debido presentarse ante las autoridades y no huir, aspecto que también denota su compromiso en el atentado perpetrado.

Así las cosas confluyen indicios graves de participación, de capacidad delictual y de actitud posterior, que indican ampliamente que Nelson Enrique Marín fue el autor del atentado aquí juzgado. Además esos indicios son concordantes porque muestran, a la manera de un rompecabezas, un todo armónico; y convergentes, porque señalan sin hesitación alguna que el autor fue el hoy procesado Nelson Enrique Marín y no un tercero desconocido, menos aún Johana Murcia.

Esto es lo que en sentir de la Sala encuentra demostración en el plenario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

Establece el art. 381 del C.P.P., que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito o delitos y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, por lo que la Sala se ocupará de examinar dichos aspectos:

1.- De la tentativa de homicidio:

La conducta punible de homicidio se encuentra descrita en el art 103 del C.P., en concordancia con el dispositivo amplificador contenido en el art. 27 ibídem.

Como la impugnante respecto de la tipificación de la tentativa de homicidio de la que fue víctima Yubelly Sánchez Vargas, no efectuó mayores reparos, no así respecto de las circunstancias de agravación que le fueron deducidas y que serán objeto de análisis posterior, la Sala se vería relevada para hacer la respectiva valoración. Sin embargo encontramos típica la conducta de tentativa de homicidio en razón a que el atentado se produjo con un arma idónea para atentar contra la vida de una persona; se dirigió a la cara y cabeza de la ofendida, lugar anatómico donde se alojan órganos esencialmente vitales como el cerebro y el deceso no se produjo por la oportuna atención médica y porque el impacto de bala no fue penetrante en la cavidad cerebral, lo que hizo reducir el riesgo de muerte. Eso significa que Nelson Enrique Marín, inició mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos la consumación de la muerte de Yubelly Sánchez Vargas, propósito que no se produjo por causas ajenas a su voluntad.

Así las cosas la conducta emerge típica; antijurídica porque se puso en peligro efectivo el bien jurídico tutelado de la vida de Yubelly Sánchez Vargas y no se actualiza ninguna causal que justifique el comportamiento y; culpable por culpabilidad dolosa, pues el procesado conocía plenamente la conducta y se determinó a realizarla pudiendo u debiendo comportarse conforme a derecho.

En conclusión, emerge probada la tentativa de homicidio endilgada al procesado.

1.2.- De las circunstancias de agravación.

La fiscalía le atribuyó al procesado las circunstancias de agravación contenidas en el artículo 104 del código penal que enseguida se citan:

"(...) 1.- Modificado. Ley 1257 de 2008, artículo 26. En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar (...)

7.- "Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación" y,

11. Adicionado Ley 1257 de 2008, artículo 26. "Si se cometieron contra una mujer por el hecho de ser mujer"

Es evidente que la fiscalía no demostró, en sentir de la Sala, las causales de agravación atribuidas al procesado Nelson Enrique Marín porque no media prueba sobre su existencia y además porque la autoría y consiguiente responsabilidad fue edificada con sustento en prueba indiciaria.

Veámoslo: Yubelly Sánchez Vargas y Nelson Enrique Marín para la época en que ocurrió el atentado estaban separados, lo que significa que no eran cónyuges o compañeros permanentes, tanto es así que esa noche, después de asistir al partido de fútbol y celebrar el triunfo del Nacional, le habían pedido permiso a la señora Yaneth Vargas para pernoctar en esa residencia, aspecto que revela que para esa época no convivían. Adicionalmente, por la versión de Yubelly Sánchez Vargas se sabe que Nelson Enrique Marín convivía con Johana Murcia, afirmación que encuentra somera constatación porque después de realizado el atentado criminal a Chiquinquirá le llevó a su menor hija LMMS y esta menor a su vez fue entregada al Bienestar Familiar, aspectos que denotan la no estructuración de la causal de agravación endilgada.

Respecto de las dos restantes, la fiscalía no arrimó pruebas tendientes a su demostración lo que significa que no se probó que el homicidio tentado se

hubiera realizado colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación ni mucho menos que se hubiera cometido contra Yubelly Sánchez Vargas por el hecho de ser mujer.

Recuérdese que para deducir la existencia de estas causales de agravación subsiste una dificultad adicional, referida a que la responsabilidad de Nelson Enrique Marín se dedujo mediante la estructuración de indicios, prueba que por su naturaleza tiene aptitud para indicar la autoría y responsabilidad del justiciado en el comportamiento punible a él atribuido, pero de ninguna manera tienen la capacidad de reproducir, describir o circunstanciar la forma en que el hecho deducido ocurrió.

Con la prueba indiciaria, partiendo de un hecho plenamente probado y por tanto conocido, mediante el empleo de inferencias lógicas es posible deducir un hecho desconocido; pero dicha prueba no tiene capacidad de describirlo, narrarlo, detallarlo o especificarlo, como sí lo haría la versión de un testigo presencial, por ejemplo. El indicio entonces no es una prueba reconstructiva del hecho sino indicativa y por tanto no puede revelar las circunstancias específicas en que el atentado se cometió, razón adicional para afirmar que las causales de los numerales 7 y 11 del artículo 104 del código penal atribuidas no emergen demostradas y a este respecto prospera el motivo de impugnación, siendo necesario realizar la respectiva dosificación punitiva.

2.- Del porte de armas:

A su vez el artículo 365 modificado por la Ley 1142 de 2007:

"El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o

porte armas de fuego de defensa personal y municiones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años..."

En sentir de la Sala la tipificación del comportamiento tiene plena estructuración en la medida en que el verbo alternativo "*portar*" se actualiza porque el procesado Nelson Enrique Marín llevaba consigo el arma de fuego de defensa personal plenamente identificada e individualizada en autos, pues con ella se realizó el atentado contra la vida de Yubelly Sánchez Vargas, arma que también llevó la madrugada de los hechos a Chiquinquirá donde habitaba con Johana Murcia y donde se recuperó por parte de las autoridades. Además el ingrediente normativo derivado de la inexistencia de permiso de autoridad competente para portarla, fue probado plenamente por la vía de la estipulación de ese hecho. Con prueba técnica se probó que dicha arma era apta para disparar, hecho que se corrobora por la realización del atentado criminal, pues éste se perpetró mediante la percusión de dos proyectiles dirigidos contra la humanidad de la víctima Yubelly Sánchez Vargas. Por lo demás la conducta se realizó con conciencia y voluntad, por lo que predicamos su realización mediante dolo, por lo que se acredita la tipificación del comportamiento.

De otro lado la conducta es antijurídica en razón a que vulneró el bien jurídico de la seguridad pública en tanto se demostró que el arma estaba en perfecto estado de funcionamiento y también la munición, lo que conlleva la posible amenaza al bien jurídico tutelado.

También tiene plena estructuración la culpabilidad dolosa, porque el procesado pudiendo y debiendo comportarse conforme a derecho no lo hizo, mereciendo juicio de reproche y por tanto haciéndose acreedor a las cargas que han sido impuestas a dicha responsabilidad, predicándose la existencia de comportamiento punible.

3.- De la dosificación punitiva:

El delito de homicidio simple está sancionado con pena de prisión de trece (13) a veinticinco (25) años o ciento cincuenta y seis (156) a trescientos (300) meses de prisión, pero con base en el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 la pena oscila entre doscientos ocho meses (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses de prisión. Como el delito fue cometido en tentativa se incurre en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo lo que significa que oscilaría entre ciento cuatro (104) a trescientos treinta y siete (337) meses quince (15) días de prisión.

El ámbito punitivo de movilidad es de doscientos treinta y tres (233) meses quince (15) días, que dividido en cuartos da cincuenta y ocho (58) meses once punto cinco (11.5) días. El cuarto mínimo oscila entre ciento cuatro (104) a ciento sesenta y dos (162) meses once punto cinco (11.5) días; los medios de ciento sesenta y dos (162) meses once punto cinco (11.5) días a doscientos setenta y nueve (279) meses tres punto setenta y cinco (3.75) días y el máximo de doscientos setenta y nueve (279) meses tres punto setenta y cinco (3.75) días a trescientos treinta y siete (337) meses quince (15) días.

Como en la acusación no se le atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad la Sala selecciona el cuarto mínimo punitivo y como el juzgado de primera instancia impuso la pena mínima, para respetar el principio de la no reforma peyorativa al ser la defensa apelante único, impondrá también la mínima de ciento cuatro (104) meses de prisión por el delito de homicidio.

Respecto al delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, el art 365 del C.P., modificado por el art. 38 de la Ley 1142 de 2007 vigente para la época de los hechos (10 de abril de 2011) establecía pena de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión equivalentes a cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y la modificación efectuada por el art. 19 de la Ley 1453 de 2011 entró en vigencia el 24 de junio de ese año estableciendo nueve (9) a doce (12) años equivalente a ciento ocho (108) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, esa última modificación no le era aplicable al procesado por violar flagrantemente el principio de favorabilidad, aspecto en el que se modifica oficiosamente la providencia de primera instancia.

Entonces el ámbito punitivo de movilidad es de cuatro (4) años o cuarenta y ocho (48) meses, lo que significa que el cuarto mínimo oscila entre cuarenta y ocho (48) a sesenta (60) meses; los cuartos medios de sesenta (60) a ochenta y cuatro (84) meses y el máximo de ochenta y cuatro (84) a noventa y seis (96) meses de prisión.

Como no se le endilgaron circunstancias de mayor punibilidad la Sala selecciona el cuarto mínimo punitivo y como el juzgado de primera instancia impuso la pena mínima, para respetar el principio de la no reforma peyorativa al ser la defensa apelante único, impondrá la mínima de cuarenta y ocho (48) meses por el delito fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, el art 365 del C.P., modificado por el art. 38 de la Ley 1142 de 2007, vigente para la época de los hechos.

En aplicación del art 31 del C.P., la Sala parte de la pena de ciento cuatro (104) meses de prisión impuesta por el delito de homicidio y la incrementará en un (1) mes por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones contenido en el art 365 del C.P., modificado

por el art. 38 de la Ley 1142 de 2007, en respeto del principio de la no reforma peyorativa, como lo determinó el señor juez de primera instancia, desde luego para no hacer más gravosa la pena impuesta a la parte defendida como apelante único, para un total de ciento cinco (105) meses de prisión, aspecto en el que se entiende modificado el numeral segundo de la sentencia impugnada. En consecuencia se aclara que la pena interdictiva de derechos y funciones públicas se entiende impuesta por el mismo término de la pena principal, esto es por ciento cinco meses aspecto en el que se entiende aclarado y modificado el numeral segundo de la sentencia de primera instancia.

Como el factor objetivo para conceder la condena de ejecución condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, no obstante la modificación punitiva efectuada por la Sala, subsiste y lo impide, en este aspecto se impone la confirmación de la providencia impugnada.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de decisión penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia impugnada para imponer la pena principal de ciento cinco (105) meses de prisión y ACLARARLO en el sentido de imponer la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal esto es por ciento cinco (105) meses, por lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO.- CONFIRMAR el numeral tercero de la providencia impugnada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- EMÍTANSE la respectivas órdenes de captura contra Nelson Enrique Marín para que cúmplala pena impuesta en el establecimiento carcelario que designe el IMPEC.

CUARTO.- Abstenernos de pronunciarnos respecto de las restantes resoluciones en cuanto no fueron motivo de inconformidad.

QUINTO.- Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Quedan las partes notificadas en estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ
Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ
Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ
Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ
Secretario