



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 162

Bogotá, D. C., once (11) de mayo de dos mil once (2011).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de JULIÁN ENRIQUE MILLÁN VELASCO y JOHN JAIRO MILLÁN VELASCO en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual confirmó la pena de doscientos cuarenta meses de prisión, así como la accesoria de ley y la de *privación del derecho a la tenencia y porte de arma*, que les impuso a las referidas personas el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Descongestión con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, después de adelantarles un juicio oral y declararlos coautores responsables de los delitos de *homicidio y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*.



HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1. En la madrugada del 5 de abril de 2009, los hermanos JULIÁN ENRIQUE y JOHN JAIRO MILLÁN VELASCO se encontraban en el bar *Donde Nico*, situado en el sector de Patio Bonito de Bogotá, en donde también estaba Álbort Darío Díaz Camargo, un amigo en común que tenían desde la infancia.

Este último fue agredido en dicho lugar por Jonathan Eiber Lemus Torres, persona que le disparó con un arma de fuego y, debido a ello, le ocasionó la muerte.

Momentos después, cuando Jonathan Eiber Lemus Torres iba a ingresar a su vivienda localizada a unas cuadras del establecimiento, fue interceptado por los hermanos MILLÁN VELASCO, quienes se movilizaban en un vehículo marca Toyota, de placas COI-010.

De acuerdo con el relato de la compañera sentimental de Jonathan Eiber Lemus Torres, persona que vio lo ocurrido desde la ventana del inmueble, los MILLÁN VELASCO golpearon a su esposo y en dos oportunidades le dispararon con un revólver, situación que produjo el fallecimiento de este último.

Más tarde, JULIÁN ENRIQUE y JOHN JAIRO MILLÁN VELASCO fueron capturados por las autoridades de policía. El primero, cuando entraba el automotor a un parqueadero; y el segundo, luego de que los agentes lo vieran arrojarse del vehículo.

2. Debido a ello, la Fiscalía General de la Nación formuló acusación



en contra de JULIÁN ENRIQUE y JOHN JAIRO MILLÁN VELASCO por las conductas punibles de *homicidio y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 103 y 365 de la Ley 599 de 2000 (actual Código Penal), con la modificación que a los tipos básicos introdujo el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

3. El juicio oral lo adelantó el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Descongestión con Funciones de Conocimiento de Bogotá, despacho que condenó a los acusados por los delitos en comento a la pena principal de doscientos cuarenta meses de prisión, a las accesorias de *inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de arma* (ambas por un tiempo igual al de la sanción privativa de la libertad), y al pago de perjuicios morales (una vez agotado el incidente de reparación integral). Así mismo, les negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.

4. Apelada la providencia por los defensores, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó en lo que fue materia de debate, entre otros temas, en lo concerniente a la participación a título de coautores y la responsabilidad penal de los acusados.

5. Contra el fallo de segundo grado, el apoderado de los hermanos MILLÁN VELASCO interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la demanda dentro del término contemplado por la ley.

El correspondiente escrito contenía seis reproches, de los cuales la Sala no admitió cuatro y declaró que los dos restantes se ajustaban a



los requisitos de admisibilidad y debida argumentación.

LOS CARGOS ADMITIDOS

1. Primero

Al amparo del numeral 1º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto, propuso el demandante la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 57 de la Ley 599 de 2000, toda vez que el móvil aceptado por el Tribunal en la decisión recurrida consistió en una alteración del estado de ánimo derivada del consumo de alcohol y de la muerte de Ábert Darío Díaz Camargo, amigo de toda la vida de los procesados, por acción proveniente del sujeto pasivo de la conducta, circunstancia equivalente a un estado de ira e intenso dolor que, sin embargo, no fue reconocido para atenuar la responsabilidad penal por parte de la segunda instancia.

Por consiguiente, solicitó a la Corte casar de manera parcial el fallo del ad quem y, en consecuencia, redosificar la pena respecto del delito de homicidio por el cual fueron sentenciados sus defendidos.

2. Segundo

Con fundamento en el numeral 2º del artículo 181 del ordenamiento adjetivo, propuso el recurrente la violación del debido proceso y a su vez del derecho de defensa, por cuanto la sanción accesoria de *privación del derecho a la tenencia y porte de arma* (que no está



ligada la pena principal, al contrario de lo que sucede con la de *inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas*) de ninguna manera fue motivada cuantitativa o cualitativamente por las instancias, de suerte que jamás fue posible ejercer al respecto el derecho de contradicción.

Por lo tanto, solicitó a la Corte casar el fallo y excluir dicha pena privativa de la dosificación.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El apoderado, durante su intervención, insistió en lo ya desarrollado en el escrito de la demanda.

2. El representante de la Fiscalía, en su condición de no recurrente, solicitó no casar la sentencia objeto del extraordinario recurso por las siguientes razones:

2.1. *Primer cargo admitido. (i)* El demandante carece de interés para recurrir en sede de casación, pues no existe unidad de materia entre los fundamentos de la apelación del fallo de primera instancia y los que fueron objeto del extraordinario recurso. Por ello, la Corte no puede convertirse en una tercera instancia al examinar un tema que el Tribunal no tuvo la ocasión de estudiar cuando resolvió la cuestión fáctica y jurídica que en la correspondiente etapa procesal le propuso la defensa.

(ii) Lo que hizo el ad quem fue plantear de manera sencilla un estado



anímico alterado como un argumento más para dar por demostrada la participación de los procesados en el homicidio de Jonathan Eiber Lemus Torres, y no para aludir a un estado de menor imputabilidad.

(III) En todo caso, no están probados los elementos estructurales de la figura contemplada en el artículo 57 del Código Penal, pues no se trató de un estado de ira o intenso dolor, sino de una venganza, tal como lo estimó el juez a quo.

2.2. Segundo cargo admitido. La pena privativa del derecho a tener y portar armas está motivada suficientemente, en la medida en que fue sustentado en los fallos de instancia que los procesados portaron un arma de fuego, con la cual acabaron con la vida del sujeto pasivo. En otras palabras, como dicha pena accesoria era consustancial a la realización del delito, su imposición aparece justificada en el contexto de las decisiones judiciales, máxime cuando la conducta punible de *fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones* es de peligro abstracto.

3. La Procuradora Delegada, por su parte, solicitó no casar el fallo, para lo cual argumentó lo siguiente:

3.1. Primer cargo. (I) El análisis efectuado por el Tribunal no estuvo encaminado a estudiar la configuración del estado de la ira e intenso dolor, sino a refutar la postura defensiva según la cual los hermanos JULIÁN ENRIQUE y JOHN JAIRO MILLÁN VELASCO no tuvieron relación alguna con los hechos imputados en su contra.

(II) En ningún momento la defensa ni quienes intervinieron durante el



juicio oral pidieron el reconocimiento de esta atenuante, ni tampoco su configuración fue materia de análisis por parte de las instancias, ni mucho menos fue vislumbrada en las audiencias de imputación o acusación. Por el contrario, antes del juicio se debatió la configuración de una circunstancia relativa a la sevicia y el representante de la víctima solicitó hasta el último momento que fueran condenados por el delito de *homicidio agravado*. De ahí que no sería razonable ir al extremo de condenar a los implicados reconociendo una disminución punitiva de la forma en que lo sostiene el demandante.

(iii) En las sentencias de casación de 8 de octubre de 2008¹ y 7 de abril de 2010², proferidas bajo el sistema mixto de la Ley 600 de 2000, la Corte reconoció oficiosamente el estado de ira e intenso dolor. Sin embargo, en el primer caso, dicha circunstancia había sido imputada en la resolución acusatoria y luego objeto de la figura de la variación de la calificación jurídica por parte del juez. Y, en el segundo, había sido discutida a lo largo del proceso y negada por el Tribunal. Ello significa que el instituto, para que fuera reconocido en casación dentro el procedimiento anterior, debía haberse propuesto de alguna forma en el desarrollo de la actuación procesal.

De la misma manera, si en un asunto regido bajo la Ley 906 de 2004 el estado de ira e intenso dolor no fue objeto de discusión en el juicio oral, y si ninguna de las pruebas tuvo como objetivo probar la configuración de la atenuante, y si tampoco fue alegada por los interesados, ni mencionada como circunstancia con efectos punitivos

¹ Radicación 25387.

² Radicación 27595.



en la providencia, y si además el supuesto fáctico que se consideró demostrado tampoco se ajusta a los precedentes jurisprudenciales, no se justifica aplicar el artículo 57 del Código Penal en este caso.

3.2. Segundo cargo. A pesar de que en los fallos de instancia no está motivada de manera expresa la pena privativa del derecho a tener y portar armas de fuego, del contexto de las mismas resulta posible inferir su justificación, dada la relación directa que hay entre la realización de la conducta y la sanción accesoria. Por lo tanto, no sería ajustado a derecho excluir de la dosificación punitiva la imposición de esta última.

CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos por resolver

La Sala se ocupará de los reproches en el orden planteado por el recurrente.

En el primero, relativo al reconocimiento de un estado de ira e intenso dolor en el actuar de los procesados, abordará en un principio la postura sostenida por el Fiscal Delegado, según la cual no existe identidad temática entre lo alegado en la apelación por parte de la defensa y el contenido sustancial de la demanda. Y sólo en el evento de no compartirse este criterio, estudiará si la violación directa de la ley sustancial aludida por el apoderado debe o no debe prosperar.

Finalmente, analizará la segunda censura, atinente a la pretendida



ausencia de motivación de la pena accesoria de *privación del derecho a la tenencia y porte de arma*.

2. Primer cargo admitido

2.1. *Del interés para actuar*. En el fallo de 11 de abril de 2007³, la Sala reconoció dentro del sistema con tendencia acusatoria de la Ley 906 de 2004 una línea jurisprudencial de vieja data, de acuerdo con la cual el interés jurídico para actuar en sede de casación debe manifestarse, además de los requisitos de legitimidad, oportunidad y procedencia, en la necesidad de que haya una identidad temática o sustancial entre los motivos del recurso de apelación presentado en contra de la sentencia de primer grado y aquellos por los cuales fue interpuesto el recurso extraordinario. En palabras de la Corte:

"La jurisprudencia de la Sala, vertida en plurales autos y sentencias, en tomo del interés jurídico para demandar en casación ha reiterado lo siguiente:

"[...] – El silencio de los sujetos procesales que han tenido la oportunidad de apelar, materializado en no ejercitar dentro del término legal ese derecho, o en impugnar sólo por algunos motivos, comporta la correlativa aceptación de lo decidido por el juez, en todo, o en los puntos no cuestionados.

"Si ello ocurre, el principio de preclusión de los actos procesales concatenados que conforman la unidad lógico jurídica del proceso impide que por fuera de la oportunidad que confiere la ley se intente censurar lo decidido por el juez. Admitir lo contrario sería tanto como atentar contra el

³ Radicación 26297.



principio de la seguridad jurídica y, en determinadas condiciones, contra la inamovilidad de las decisiones de mérito.

"- Debe existir identidad temática, de materia, conceptual o sustancial entre los motivos de disenso que se ponen en conocimiento del Tribunal Superior a través del recurso de apelación y los cargos que más tarde se someten a consideración de la Corte en casación.

"No se trata de que exista plena identidad, repetición textual, ni correspondencia exegética producto de una confrontación puramente formal entre la apelación y la casación, pues la naturaleza de la apelación contra la sentencia de primera instancia muchas veces la impediría, sino de que sea verificable que la alzada y la impugnación extraordinaria tienen identidad sustancial en lo fáctico y en lo jurídico, aunque pudiesen presentar enfoques o argumentos distintos"⁴.

De esta forma, la Sala acogió el criterio, desarrollado en múltiples providencias, de que el concepto de identidad debe ser entendido en un sentido material. Por ejemplo, en la sentencia de 16 de julio de 2001, la Corte señaló que *"la unidad de materia entre la apelación y la casación no guarda relación con los fundamentos de la pretensión, sino con las pretensiones propiamente dichas"*⁵. Así mismo, reiteró en aquella oportunidad que la correspondencia entre las impugnaciones resultaría del *"ejercicio epistemológico de la argumentación sobre lo que es objeto del conocimiento para procurar un fin sustantivo en favor, como sería por ejemplo la absolución del acusado"*⁶. E incluso en los fallos de 14 de diciembre de 1999 y 21 de octubre de 2001⁷, la Sala no encontró reparo alguno frente al principio de identidad

⁴ Sentencia de 11 de abril de 2007, radicación 26297.

⁵ Sentencia de 16 de julio de 2001, radicación 15488.

⁶ *Ibidem*, citando la decisión de 29 de abril de 2001.

⁷ Radicaciones 12343 y 10869, respectivamente.



temática o conceptual, a pesar de que en las demandas se hubieren presentado enfoques fácticos o jurídicos distintos a los debatidos en la apelación, en la medida en que el presupuesto argumental haya podido ser examinado o rebatido por la segunda instancia.

En ambos casos, el recurrente en casación solicitó el reconocimiento de un estado de ira o intenso dolor. No obstante, ante la segunda instancia, la pretensión jurídica había sido la de obtener la exclusión de responsabilidad por legítima defensa putativa del procesado⁸.

La Corte, al respecto, consideró lo siguiente:

"[...] si bien, en principio, este control de procedibilidad del recurso se concreta en la confrontación objetiva de las pretensiones alegadas en la apelación instancial del fallo del ad quem y en la casación, lo que generalmente se facilita por la clara exclusión argumentativa y conclusiva, tanto de las sentencias como de las alegaciones recursivas, ello no necesariamente significa que se trata de una labor mecánica de simple constatación formal remitida a la elemental comparación de las nominaciones jurídico-legales con que se distingue los fenómenos en cuestión, dejando de lado la complejidad sustancial que pueda presentarse, tanto en los temas tratados como en la forma en que han sido analizados por los jueces y por los impugnantes, y en las propias circunstancias procesales que en cada caso se presenten, pues, por

⁸ Fallo de 14 de diciembre de 1999, radicación 12343: "[...] la pretensión del casacionista se centra en el reconocimiento que aspira haga la Corte del estado de ira a favor de su representado y [...] la finalidad de la apelación al recurrir el fallo de primera instancia era sacar adelante la legítima defensa putativa que para entonces pretendía". Sentencia de 22 de octubre de 2010, radicación 10869: "[...] la impugnación extraordinaria promovida por el demandante se centra en el reconocimiento que aspira haga la Corte del estado de ira a favor de su representado, y la finalidad de la apelación al recurrir el fallo de primera instancia lo fue en primer lugar sacar adelante un alegado estado de inimputabilidad del procesado y subsidiariamente la legítima defensa putativa que para entonces pretendía".



tratarse de un juicio de valor, los sustentos argumentales fáctico-jurídicos no pueden quedar absorbidos fatalmente por conclusiones huérfanas de explicaciones demostrativas, que no siempre pueden presentar la homogeneidad excluyente de los fenómenos psíquicos, sino que por el contrario, ante la imposibilidad de recurrir a argumentos generales propios de aquellos saberes, es el juicio alternativo dependiente de la dinámica probatoria el que a manera de hipótesis se impone proponer, necesaria y progresivamente individualizada ante la dificultad de convicción que las propuestas hayan recibido en anteriores decisiones, pero que dada la naturaleza misma de los hechos, así se ubiquen en un distinto concepto dogmático, se torna imprescindible incluirlas⁹.

En síntesis:

"[...] el hecho de que a un determinado supuesto fáctico o jurídico se le hagan derivar consecuencias diversas o que jurídicamente pueda admitir enfoques distintos no podría ser motivo para negar la procedencia del recurso, toda vez que la base argumental, a la postre fundamento del análisis, opuesto a lo que suele pensarse, puede ser determinante para colegir el interés para recurrir, sobre todo en aquellos casos en que la decisión ha exigido la exclusión de otras hipótesis¹⁰.

En el asunto materia de análisis, la estrategia defensiva asumida por los defensores de los hermanos JULIÁN ENRIQUE y JOHN JAIRO MILLÁN VELASCO, con base en los testimonios de estos últimos y de los demás testigos de descargo, consistió en admitir que ellos estaban

⁹ Sentencia de 14 de diciembre de 1999, radicación 12343.

¹⁰ *Ibíd.* En el mismo sentido, sentencia de 22 de octubre de 2001, radicación 10869: "[...] la correspondencia en el objeto entre una y otra impugnación no es mecánica o producto de una constatación puramente formal, en términos de comparación de la nomenclatura jurídica dada al fenómeno en la alegación de segunda instancia y en la demanda de acusación, sino que debe ser una identidad sustancial, sin que importe que al supuesto fáctico o jurídico se le hagan derivar consecuencias diversas o se le den enfoques distintos".



presentes en el bar en donde Jonathan Eiber Lemus Torres asesinó a su amigo Ábert Darío Díaz Camargo, pero que, sin embargo, después de ese incidente, cada uno de ellos tomó un camino diferente para volverse a encontrar en un parqueadero del barrio Bellavista, lugar en el cual ambos serían capturados por las autoridades de policía¹¹.

El juez a quo descartó tal versión de los hechos, aduciendo, entre otras cosas, que la actitud asumida por los acusados después de la muerte de Ábert Darío Díaz Camargo no había sido otra distinta a la de cobrar venganza quitándole la vida a Jonathan Eiber Lemus Torres.

En palabras de la primera instancia:

“Lo narrado de forma precedente por los hermanos MILLÁN VELASCO deja entrever, como así se anunció en el sentido del fallo, sendas anomalías que no van acordes con el devenir natural de los seres humanos, pues de una parte no es posible que estando dos hermanos departiendo en un bar, en donde se presenta un muerto, amigo de los dos, simplemente se marchen sin mayor miramiento y con frialdad absoluta respecto del fallecido, no le prestan ningún tipo de ayuda y, lo que es más ostensible, JULIÁN se marcha abandonando a su suerte a su hermano y a su amigo, y a su vez JHON JAIRO simplemente se va acompañado a las tres de la mañana de un tercero a pie, pudiendo haberse ido en la camioneta con JULIÁN, pues sea del caso señalar que no es de sana lógica un acontecer connatural a las relaciones fraternales y tan sólo permite concluir una coartada por demás mal elaborada, ya que se considera a partir de lo obrante como prueba en este adelantamiento que la reacción de los hermanos MILLÁN fue diferente y en defensa de los intereses de su amigo muerto, y de forma

¹¹ Folios 80-82 de la carpeta del juicio.



mancomunada y no aislada como se ha pretendido hacer ver¹².

De ahí que llegó a la siguiente conclusión:

"[...] las pruebas vertidas en el juicio oral permiten establecer que Jonathan Eiber Lemus Torres fue la persona que disparó en contra de Albert Darío Díaz Camargo, que ello aconteció en el establecimiento comercial Donde Nico, que éste era amigo de los hermanos MILLÁN VELASCO y que fue éste precisamente el móvil por el cual persiguieron a Lemus Torres la madrugada del 5 de abril [...], con las lamentables consecuencias ya determinadas.

"Las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que la actitud asumida por los MILLÁN VELASCO frente a su amigo herido de muerte no es la que cualquier persona adoptaría, pues lo lógico sería auxiliarlo, y, contrario a lo que ciertamente se evidencia sucedió, procedieron a cobrar venganza, enceguecidos por una mezcla entre indignación y alcohol, no precaviendo las consecuencias fatales de su actuar¹³.

Los defensores apelaron dicha conclusión, argumentando que el juez *"incurrió en varios errores al apreciar las pruebas practicadas durante el juicio, otorgando crédito a los testigos de la Fiscalía a pesar de ciertas contradicciones, y negándoselo a los de la defensa con base en conjeturas contrarias a las reglas de la experiencia y la sana crítica¹⁴.*

Es decir, para los abogados, no era absurda la situación fáctica por ellos sostenida, consistente en que JULIÁN ENRIQUE y JOHN JAIRO

¹² Folios 79-80 ibídem.

¹³ Folio 78 ibídem.

¹⁴ Folio 60 del cuaderno del Tribunal.



MILLÁN VELASCO, a pesar de que estuvieron en el establecimiento comercial cuando su amigo Ábert Darío Díaz Camargo fue herido de muerte con un arma de fuego por parte de Jonathan Eiber Lemus Torres, eran completamente ajenos al homicidio de este último.

El Tribunal respondió dicha cuestión fáctica y jurídica, partiendo del supuesto fáctico no debatido y llegando a la conclusión de que ese crimen, aunado a la ingesta de alcohol, los había afectado tanto en su estado anímico que constituyó el móvil para quitarle la vida a Jonathan Eiber Lemus Torres con la misma arma empleada en la primera agresión.

Así lo precisó la segunda instancia:

"En primer lugar, [...] los hermanos MILLÁN, que habían ingerido altas dosis de licor, se encontraban en un bar en el que su amigo Ábert Díaz fue muerto vilmente por un sujeto, al parecer Jonathan Lemus, con la misma arma que a la postre cegaría [sic] la vida de este último.

"[...] cabe recordar los antecedentes del homicidio por el que se procede en esta actuación, de donde puede inferirse el móvil de los acusados para perpetrarlo. En efecto, como se expresó anteriormente, estas dos personas habían consumido grandes cantidades de licor, lo que sin duda alguna había alterado su estado de ánimo, cuando de repente Jonathan Lemus asesinó a Ábert Díaz, cuya muerte los afectó tanto que JHON JAIRO rompió en llanto en ese mismo lugar. No era para menos, pues según explicó este último, 'Ábert ha sido amigo de la familia de muchos años, de crianza, porque mi hermano y él se conocen desde pequeños'"¹⁵.

¹⁵ Folios 62-63 y 72 ibídem.



De la reseña anterior, no es posible predicar, como lo hizo el Fiscal Delegado, la ausencia de identidad temática o sustancial entre la controversia suscitada ante las instancias y la pretensión en casación de aplicar la atenuante consagrada en el artículo 57 del Código Penal.

En efecto, mientras que para la defensa la muerte violenta de Áibert Darío Díaz Camargo fue una circunstancia irrelevante a efectos de determinar la responsabilidad penal de los procesados respecto de los hechos materia de imputación, tanto para el a quo como para el ad quem, y en particular para el Tribunal, fue el motivo que determinaba, y además explicaba, la conducta de aquéllos cuando produjeron el resultado lesivo del bien jurídico de la vida.

Desde ese punto de vista, el reproche del apoderado en sede de casación consistió en argumentar que si el ad quem calificó como móvil ese presupuesto advertido a lo largo de toda la actuación, y además le aplicó una consecuencia jurídica desfavorable, relacionada con la demostración de la coautoría y de la responsabilidad penal de los procesados, al mismo tiempo debió extraer del mismo el enfoque que los beneficiaba, atinente a la configuración de los elementos jurídicos del estado de ira o intenso dolor.

En este orden de ideas, existe una continuidad de índole sustancial en el debate presentado durante todo el procedimiento, que no le impide al abogado impugnar a esta altura de la actuación en el sentido indicado, ni mucho menos conduciría a la Sala a pronunciarse a modo de tercera instancia, máxime cuando fue el Fiscal quien admitió que el ad quem se había valido de tal postura para resolver los argumentos esgrimidos en la apelación.



Por consiguiente, como lo que se busca es establecer si la situación fáctica que consideró demostrada el Tribunal también podría ser valorada jurídicamente en aras de reconocer la figura traída a colación por el demandante, esto es lo que la Sala estudiará a continuación dentro del cargo por violación directa de la ley sustancial.

2.2. Del estado de ira e intenso dolor. Según jurisprudencia reiterada de la Sala¹⁶, para que se configure la circunstancia atenuante prevista en el artículo 57 del Código Penal, se requiere de *(i)* un acto de provocación grave e injusto, *(ii)* una reacción por parte del autor (o de los autores), constitutiva del resultado típico y realizada bajo un estado anímico alterado y *(iii)* una relación causal entre ambas conductas.

Al respecto, la Corte ha señalado que la valoración acerca del estado emocional de quien realiza el Injusto depende de las condiciones de cada situación en particular:

"[...] la evaluación acerca de la concurrencia de los requisitos del estado de ira e intenso dolor depende más que todo de la correcta apreciación de las circunstancias particulares del caso, situadas dentro del contexto de los valores tanto individuales como culturales que imperan en el sector social en el que se produjo la conducta punible, por lo que la desestimación de un estado psíquico en el procesado no puede fundarse en estimaciones generales, abstractas o absolutas que prescindan de tales parámetros, o que desconozcan la realidad del entorno [...]"

"Lo importante, en todo caso, consiste en establecer que la persona que reacciona emocionalmente comparte con quien ha sufrido la conducta grave e injusta vínculos personales, afectivos, sociales o de cualquier otra

¹⁶ Cf., por ejemplo, sentencia de 7 de abril de 2010, radicación 27595.



Índole que ameriten, en armonía con el contexto socio-cultural dado, dicha reacción¹⁷.

Adicionalmente, la Corte ha sostenido que calificar una determinada conducta como fruto de una 'venganza' no excluye necesariamente su realización bajo uno de los estados emocionales requeridos por la norma, pues *"quien actúa en estado de ira generalmente lo hace con el ánimo de vindicar el comportamiento ajeno, grave e injusto que suscita la reacción, estado subjetivo que de ninguna manera es obstáculo para negar la configuración de la atenuante¹⁸.*

Ello, por cuanto excluir la realización de un estado de ira o intenso dolor con el argumento de que la conducta lesiva tuvo como fin último el de vengarse no obedece, en últimas, a una valoración jurídica, sino a una de corte moral, pues desconoce, entre otras cosas, que

"[...] desde la época del pensamiento penal ilustrado, en todo Estado de derecho que se precie de serlo la aplicación de la ley no puede obedecer a la observancia de buenas costumbres, ni a parámetros de conducta no contemplados en el precepto normativo, ni mucho menos a pautas éticas de corte subjetivista ideadas por los funcionarios encargados de dirimir los conflictos¹⁹.

Por último, no sobra recordar que, en vigencia de la Ley 600 de 2000, no era indispensable que la ira o el intenso dolor fuera alegado de manera expresa por cualquiera de los sujetos procesales para que luego pudieran ser reconocidos por el juez:

¹⁷ Sentencia de 8 de octubre de 2008, radicación 25387.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.



"No es menester que se alegue de modo expreso la circunstancia de la ira para que ésta sea reconocida judicialmente, si los medios de prueba establecen que el procesado fue objeto de un comportamiento ajeno, grave e injusto que la desencadenó"²⁰.

Tampoco era necesario que el procesado manifestara en diligencia de indagatoria, o en cualquier otra etapa de la actuación, haber obrado al amparo de un tal estado emocional, o como consecuencia del impulso violento que suscitó la acción grave e injusta, ni mucho menos tenía que haber admitido su participación en el hecho materia de imputación:

"Desde luego que sus propias consideraciones [las del procesado] son elementos de juicio importantes para dicho efecto, pero así éstas falten, si objetivamente, con el resto del haz probatorio se acredita una de estas circunstancias, el fallador está obligado a reconocerla, así el procesado no lo diga o, como en el presente caso, niegue toda participación en el hecho imputado"²¹.

Lo anterior, por cuanto los estados emocionales o de ánimo "pueden ser establecidos objetivamente con el caudal probatorio acopiado a la actuación"²².

En el sistema de la Ley 906 de 2004, no hay razón de índole procesal alguna para alterar la posición sostenida por la jurisprudencia, según la cual es deber oficioso del juez reconocer el estado de ira o intenso dolor cuando esté demostrado, máxime cuando, en reciente decisión,

²⁰ Sentencia de 30 de noviembre de 2006, radicación 22634.

²¹ Sentencia de 19 de octubre de 1994, radicación 8916:

²² *Ibidem*.



la Sala concluyó que, en materia de congruencia entre acusación, solicitud de condena y sentencia, los funcionarios no están ligados de manera estricta a las calificaciones jurídicas del Fiscal si de lo que se trata es de favorecer la situación del acusado:

"[...] los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la Fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal, no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado"²³.

Si esto es así respecto de la denominación jurídica de la conducta, nada les impide a los funcionarios de instancia, ni mucho menos a la Corte en sede de casación, reconocer respecto de un delito imputado la atenuante de la ira o el intenso dolor sin la necesidad de solicitud de parte o de interviniente, ni tampoco de argumento, debate probatorio expreso o teoría del caso en tal sentido, en la medida en que sus requisitos concurren de conformidad con las particularidades de cada asunto.

2.3. El caso concreto. En el fallo objeto del extraordinario recurso, el Tribunal consideró demostrados los siguientes hechos:

(I) JULIÁN ENRIQUE y JOHN JAIRO MILLÁN VELASCO tenían una amistad íntima con Álberty Darío Díaz Camargo ("Álberty ha sido amigo de la familia de muchos años, de crianza, porque mi hermano y él se

²³ Sentencia de 16 de marzo de 2011, radicación 32685.



conocen desde pequeños"²⁴).

(ii) La madrugada del 5 de abril de 2009, en el establecimiento *Donde Nico*, "Álbert Díaz fue muerto vilmente por un sujeto, al parecer Jonathan Lemus, con la misma arma que a la postre segarfa la vida de este último"²⁵.

(iii) Los hermanos MILLÁN VELASCO se encontraban presentes en dicho lugar cuando ocurrió ese homicidio y "habían ingerido altas dosis de licor"²⁶.

(iv) La ingesta de alcohol "sin duda alguna había alterado su estado de ánimo"²⁷. Y la muerte de Álbert Darío Díaz Camargo "los afectó tanto que JHON JAIRO rompió en llanto en ese mismo lugar"²⁸.

(v) De esta situación, "puede inferirse el móvil de los acusados"²⁹.

(vi) Finalmente, los MILLÁN VELASCO decidieron "ir en busca [sic] de Jonathan Lemus"³⁰ y fueron quienes (a título de coautores) acabaron con la vida de este último³¹.

Para la Sala, con tales presupuestos fácticos es posible establecer de manera objetiva que los procesados actuaron en este caso bajo el

²⁴ Folio 72 del cuaderno del Tribunal.

²⁵ Folios 62-63 ibídem.

²⁶ Folio 62 ibídem.

²⁷ Folio 72 ibídem.

²⁸ Ibídem.

²⁹ Ibídem.

³⁰ Folio 70 ibídem.

³¹ Folio 72 ibídem.



impulso de una emoción violenta, constitutiva de un estado de ira en los términos del artículo 57 del Código Penal.

En primer lugar, no hay duda alguna en el sentido de que hubo un comportamiento grave, ajeno e injustificado: el homicidio perpetrado en contra de Ábert Darío Díaz Camargo, acerca del cual el Tribunal afirmó que fue ejecutado de manera 'vil', lo que para efectos jurídicos significa que, en principio, no se encontró en ese acto causal de justificación o de exclusión de responsabilidad alguna.

No sobra precisar que dicho comportamiento grave e injusto le es atribuible únicamente a Jonathan Eiber Lemus Torres, sujeto pasivo de la conducta de *homicidio* en este caso. El hecho de que el cuerpo colegiado haya utilizado la expresión "*al parecer*"³² no incide de forma alguna en el análisis, en la medida en que debe prevalecer el criterio del *favor rei*, según el cual toda incertidumbre relacionada con la verdad fáctica (así como con cualquier otro presupuesto cognoscitivo previo a la imposición de la pena) deberá resolverse siempre en beneficio del procesado.

En segundo lugar, existe un nexo de determinación o de causalidad entre la muerte de Ábert Darío Díaz Camargo y la de Jonathan Eiber Lemus Torres, no sólo porque ambos crímenes fueron ejecutados con la misma arma de fuego, tal como lo reconoció el Tribunal, sino porque además sostuvo que el móvil del homicidio de este último se había originado en el del primero. En otras palabras, la conducta de los hermanos MILLÁN VELASCO fue una reacción al comportamiento

³² Folio 63 *ibídem*.



grave e injusto.

Y, en tercer lugar, los procesados ejecutaron el injusto en un estado emocional que se ajusta al de la ira. A esta conclusión se llega apreciando el contexto socio-cultural y personal que rodeó el móvil, a saber: los hermanos MILLÁN VELASCO eran, desde la infancia, amigos íntimos de Álbort Darío Díaz Camargo, ambos estaban en el bar cuando este último fue asesinado y uno de ellos estalló en lágrimas. Momentos después, irrumpieron frente a la residencia del presunto asesino y le quitaron la vida, disparándole con la misma arma de fuego usada en contra de su allegado.

De ahí que, en virtud de los hechos antecedentes y concomitantes que el Tribunal consideró acreditados, es tan evidente como razonable predicar que la conducta violenta fue la consecuencia de un impulso emocional por parte de los MILLÁN VELASCO cuando encontraron que Álbort Darío Díaz Camargo había sido víctima de una agresión grave por parte de Jonathan Eiber Lemus Torres.

Es cierto que el Tribunal, en el fallo impugnado, también achacó una alteración del estado de ánimo en los procesados debido al consumo de alcohol y que la Sala, por su parte, ha reconocido que ello "*produce alteraciones en el organismo e incide en la percepción sensorial de la realidad*"³³ Lo anterior, sin embargo, no implica de manera necesaria que el proceder de los acusados hubiera sido distinto en el evento de que no estuvieran bebiendo, y menos que en su reacción no haya sido determinante el homicidio injustificado del amigo.

³³ Sentencia de 23 de marzo de 2005, radicación 18746.



Por otra parte, no sobra anotar que para la Sala no convencen los argumentos aducidos por el Fiscal Delegado y la representante del Ministerio Público en la audiencia de sustentación.

En efecto, si el Tribunal se valió de las circunstancias antecedentes del caso y llegó a una conclusión respecto del móvil, todo ello en aras de sustentar la participación a título de coautores y la responsabilidad penal de los procesados, dicha demarcación no lo exoneraba del deber oficioso de reconocer el estado de ira e intenso dolor en el evento de que las circunstancias probadas durante el juicio oral así lo ameritasen, como sucedió en el presente caso.

De lo contrario, nos enfrentaríamos al absurdo de sostener que, ante una misma situación fáctica, el juez tendría la facultad de aplicar ciertas consecuencias jurídicas, pero no todas las que en derecho podrían derivarse, postura inadmisibles que riñe con el imperio de la Constitución y de la ley.

Otro tanto ocurre en lo atinente a que, hasta su última intervención, el representante de la víctima solicitara condena por la conducta punible de *homicidio agravado*; y a que, en la audiencia preliminar, la Fiscalía atribuyó la agravante de la sevicia para luego retirarla de la acusación tras considerar que no podía demostrar, más allá de toda duda razonable, que después de recibir los disparos Jonathan Eiber Lemus Torres fue arrollado por el vehículo de placas COI-010.

Se trata de situaciones irrelevantes, pues las instancias estaban en la obligación de decidir el caso con fundamento en los hechos objeto de acusación, y de ninguna manera con base en suposiciones o



circunstancias no achacadas ni probadas, indicativas de una mayor gravedad del injusto. Es más, incluso en el evento de haberse mantenido la imputación de la causal prevista en el numeral 6º del artículo 104 del Código Penal, y de demostrarse la realización de un delito de *homicidio agravado*, en lugar de uno simple, ello en ningún momento imposibilitaría aplicar la atenuante de responsabilidad.

También resulta intrascendente que la primera instancia afirmara que la realización del delito de *homicidio* se debió a una 'venganza', pues, como se indicó en precedencia (*supra* 2.2), corresponde a un término valorativo que carece de cualquier interés jurídico-penal, en tanto no excluye la configuración de la figura contemplada en el artículo 57 de la Ley 599 de 2000.

En este orden de ideas, la Sala casará de manera parcial el fallo de segunda instancia para reconocer en la imposición de la pena privativa de la libertad el estado de ira bajo el cual actuaron JULIÁN ENRIQUE y JOHN JAIRO MILLÁN VELASCO durante la ejecución de la conducta punible de *homicidio*, tal como lo solicitó el demandante en el cargo admitido.

2.4. Redosificación. Como en virtud de la anterior decisión deviene en necesario redosificar la pena impuesta por el a quo y confirmada por el Tribunal, la Corte procederá de la siguiente manera:

El funcionario de primera instancia partió del delito de *homicidio* de que trata el artículo 103 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que consagra una pena de 208 a 450 meses de prisión.



Al no atribuirse circunstancias genéricas de mayor punibilidad, el a quo determinó como ámbito de movilidad el denominado *cuarto mínimo*, que oscila de 208 a 265,5 meses de prisión, y dentro de éste individualizó un monto de 220 meses de prisión³⁵.

Ahora bien, como en el presente asunto se dejó de aplicar el artículo 57 de la Ley 599 de 2000, según el cual la pena imponible no podrá ser menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad, el ámbito de movilidad en comento debía oscilar (a partir de unos límites de 34,66 y 225 meses) entre 34,66 y 82,25 meses.

Por lo tanto, guardando la debida proporción con el criterio del juez, la pena de prisión por el delito de *homicidio* deberá ser individualizada en 36,66 meses de prisión.

Y como al guarismo de 220 meses el juzgado le incrementó 20 debido al concurso con la otra conducta punible imputada, para un total de 240 meses, al de 36,66 le corresponde un aumento de 3,33 meses, para un resultado de 40 meses de prisión.

En consecuencia, las penas que corresponde fijar en contra de JULIÁN ENRIQUE y JOHN JAIRO MILLÁN VELASCO, en razón del reconocimiento de la atenuante, ascenderán, para cada uno, a cuarenta (40) meses de prisión, como coautores responsables de los delitos de *homicidio en estado de ira e intenso dolor* y *fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*. Así mismo, la Corte aclarará que la pena accesoria de *inhabilitación para el ejercicio de*

³⁵ Folio 77 de la carpeta del juicio.



derechos y funciones públicas tendrá un término igual al de la sanción aquí modificada.

3. Segundo cargo admitido

3.1. En reiterada y pacífica jurisprudencia, incluso anterior al mandato normativo contemplado en el artículo 59 de la Ley 599 de 2000 (según el cual "[t]oda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cuantitativa y cualitativa de la pena"), la Sala ha estipulado que cualquier sanción accesoria distinta a la que lleva aparejada la de prisión deberá ser motivada en forma específica y de acuerdo con las circunstancias particulares del caso concreto. Así lo analizó la Corte en anterior oportunidad:

"Muchas han sido las oportunidades en que la Sala ha llamado la atención sobre el hecho de que la única pena accesoria de imposición obligatoria cuando la sanción principal es prisión es la de interdicción de derechos y funciones públicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Código Penal.

"Las demás, relacionadas en el artículo 43 del mismo ordenamiento, son de imposición discrecional por parte del juzgador, quien las aplicará atendiendo los criterios relacionados en el artículo 61 ibidem, con indicación en cada caso de los fundamentos de hecho y de derecho que las sustentan, pues éstas, se insiste, no operan de forma automática.

"La obligación de motivar la imposición de la pena surge del contenido del artículo 59 del Código Penal [...]

"Este mandato legal exige que toda pena –en ello no se diferencian las principales de las accesorias– debe responder a una motivación específica,



que la legitime en sus aspectos cualitativos y cuantitativos.

"Esto implica un ejercicio argumentativo basado en las reglas que rigen la pena, los principios que la inspiran y las razones por las que en el caso concreto se llega a la determinación final de su imposición.

"La aplicación de estos criterios moderadores significa que la argumentación no puede fundarse en la íntima convicción del juez, ni en la sospecha, sino en las pruebas legalmente practicadas, y en el significado jurídico de los hechos probados. De alejarse el juez de estos parámetros ingresará en la proscrita arbitrariedad.

"Debe entenderse que la imposición de una pena accesoria conlleva la privación de un derecho, que puede ser limitado si se establece en el proceso que el condenado abusó de él, o que su ejercicio facilitó la realización del punible, o que su restricción se toma aconsejable para prevenir conductas similares a la que es objeto de condena. De allí que la discrecionalidad de su imposición esté atada a su MOTIVACIÓN³⁶ (destacado en el texto original).

3.2. En el caso materia de interés, es evidente que el funcionario de primera instancia no motivó la *privación del derecho a la tenencia y porte de arma*, pues al respecto tan sólo anotó lo siguiente:

"Adicionalmente, se le impone a los sentenciados las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el mismo periodo³⁷.

De acuerdo con los representantes de la Fiscalía y la Procuraduría,

³⁶ Sentencia de 21 de octubre de 2009, radicación 31399.

³⁷ Folio 76 de la carpeta del juicio.



esta sanción está suficientemente justificada, en la medida en que es consustancial a la motivación que acerca de la realización del delito de *fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones* figura en los fallos de instancia.

Más allá del desconocimiento a lo establecido en el artículo 59 del Código Penal, así como a la línea jurisprudencial que en este sentido ha emanado de la Sala, dicha postura es insostenible.

Por un lado, no es posible confundir la motivación acerca de la realización del injusto con la motivación relacionada con la imposición de la pena. La primera atañe a las pruebas que sustentan la manifestación en el mundo exterior de una conducta típica y antijurídica, mientras que la segunda concierne al reproche personal (manifestada en la sanción punitiva) que debe hacersele al autor de dicho comportamiento, situación que en cada evento implica el análisis de una serie de principios, fines y valores distintos.

Esta postura no es novedosa, en la medida en que podría rastrearse desde comienzos del siglo pasado, época en la cual comenzó a desarrollarse el concepto normativo de la culpabilidad. Por ejemplo:

"El cajero de un comercio y un portador de valores realizan, cada uno por su lado, una defraudación. Este último posee un buen pasar y no tiene familia, pero sí amoríos suntuosos. El primero, en cambio, se gana apenas la vida, tiene una mujer enferma y numerosos hijos pequeños. [...] En este caso todos dirán que el cajero tiene una culpabilidad menor que el portador de valores, puesto que ella es mitigada por las circunstancias desfavorables en las cuales se encontraba; mientras que la culpabilidad del segundo (portador de valores), por el contrario, es agravada gracias a su buena



*situación financiera y sus inclinaciones lujosas*³⁸.

De esta manera, la motivación de la imposición de la pena, ya sea principal o accesoria, tendría que ser diferente e independiente a la sustentación de la ejecución del ilícito, tanto en uno como en otro caso.

Por otro lado, tampoco es cierto que en este asunto en particular era necesario imponer la sanción accesoria de *privación del derecho a la tenencia y porte de arma* ante la sola perpetración del delito de *fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*.

Al respecto, es de recordar que el Tribunal encontró demostrado que el arma de fuego con la cual murió Jonathan Eiber Lemus Torres fue la misma utilizada en contra de Álbert Darío Díaz Camargo, lo que significa que JULIÁN ENRIQUE y JOHN JAIRO MILLÁN VELASCO la llevaron consigo sólo después de producirse el primer resultado, razón por la cual era importante aducir los motivos (si es que los había) para apoyar la privación del aludido derecho.

En este orden de ideas, la Sala procederá a casar parcialmente la sentencia impugnada, a fin de dejar sin efecto la sanción accesoria de *privación del derecho a la tenencia y porte de arma*.

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

³⁸ Frank, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, B de F, Buenos Aires, 2000 (1907), p. 28.



RESUELVE

1. **CASAR** parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en razón de los cargos propuestos por el demandante.
2. Como consecuencia de lo anterior, **RECONOCER** en el delito de *homicidio* la circunstancia de atenuación relativa al estado de ira e intenso dolor de que trata el artículo 57 del Código Penal.
3. Así mismo, **FIJAR** la pena privativa de la libertad en contra de **JULIÁN ENRIQUE MILLÁN VELASCO** y **JOHN JAIRO MILLÁN VELASCO** en cuarenta (40) meses de prisión para cada uno de los procesados, y en el mismo término la accesoria de *inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas*.
4. **DEJAR** sin efectos la pena accesoria de *privación del derecho a la tenencia y porte de arma* impuesta a los procesados.
5. **PRECISAR** que el fallo impugnado se mantendrá incólume en todo lo demás que no fue objeto de modificación.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase


JAVIER ZAPATA ORTIZ



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMARGO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESRINOSA PÉREZ

CITA MEDICA

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria