



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Julio 16 de 2021 n.º 06

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

DECLARACIONES RENDIDAS ANTES DEL JUICIO

Testimonio adjunto: las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio, puede ocurrir que cuando los testigos concurren al debate público se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales atestaciones.

Al resolver una impugnación especial la Sala precisó de manera detallada el uso que se puede dar a las declaraciones anteriores al juicio, especialmente en los casos de retractación o modificación sustancial de los testimonios a través del denominado testimonio adjunto, precisando sus requisitos y manera de apreciación. Finalmente, confirma la sentencia condenatoria de segunda instancia, valorando estas declaraciones.

SP1875-2021 (55959) del 12/05/2021

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

RESUMEN DE LOS HECHOS:

En la noche del 21 de mayo de 2017, en una residencia ubicada en [...], departían [...] RZC, RZC (hermano del anterior) y EGG ingiriendo licor, hasta que se suscitó una riña entre los dos últimos.

Entonces, RZ se fue del lugar y minutos más tarde regresó con un revólver en la mano, con el cual disparó contra JM e hizo lo propio con EG cuando trató de huir, causándoles su deceso.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, facilitar el interrogatorio cruzado (refrescar la memoria o impugnar la credibilidad) o como medio de prueba (prueba de referencia, prueba anticipada o declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o complementario / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, debe garantizar la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción

«La figura del testimonio adjunto, también llamada declaración complementaria, ha sido desarrollada por la jurisprudencia, pues como al amparo de los artículos 271, 272 y 347, entre otros, de la Ley 906 de 2004, las partes tienen la facultad de recibir entrevistas y declaraciones para preparar el juicio, puede ocurrir que **cuando los testigos concurren al debate público se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales atestaciones**, proceder en ocasiones determinado por amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no mantenerse en una mentira, etcétera, y que atenta contra la recta y eficaz administración de justicia.

A su vez, tal variación en lo expuesto por el declarante puede impedir a la parte que solicitó la prueba acreditar su teoría del caso, precisamente porque la fundó total o parcialmente en las versiones recogidas antes del juicio.

[...]

Tiene dilucidado la Sala que por regla general, únicamente pueden ser objeto de ponderación judicial los testimonios escuchados en el juicio, pues cuando tienen lugar fuera de tal escenario son inadmisibles como elementos de convicción, a menos que se acredite una causal de admisión excepcional por tratarse de una prueba de referencia o de un testigo disponible en juicio que se retractó o varió sustancialmente su versión anterior, el cual puede ser incorporado como testimonio adjunto. En ambos casos es necesario cumplir los requisitos definidos en la jurisprudencia, respectivamente.

Entonces, **la Corte ha dispuesto un conjunto de reglas orientado a superar en el juicio aquellas situaciones de retractación o modificación trascendente de lo declarado por el testigo**, en orden a conseguir los mecanismos para que en el marco de un debido proceso garantista de las exigencias de confrontación y contradicción (artículo 16 de la Ley 906 de 2004), la parte interesada pueda integrar como testimonio adjunto, susceptible de ponderación judicial, aquellas manifestaciones anteriores al debate oral».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: incorporación, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: en casos de retractación o variación, su incorporación y valoración requiere satisfacer el principio de confrontación mediante contrainterrogatorio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de prueba, eventos de admisión excepcional

«[...] **para incorporar al juicio una declaración previa se precisa de lo siguiente:**

(i) El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes, es decir, ofrece un relato sustancialmente diverso al que ya había expuesto.

(ii) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, oportunidad en la cual expondrá los hechos, será confrontado respecto de sus declaraciones anteriores y responderá las preguntas que sobre el particular le sean formuladas, con el objeto de permitir al juez ponderar la credibilidad de lo dicho antes del debate oral y lo manifestado luego en su desarrollo. La demostración de que el testigo se

ha retractado o cambiado la versión, atañe al fundamento del instituto.

Esa disponibilidad del testigo para ser contrainterrogado permite desarrollar el derecho a la confrontación, constituye la principal diferencia entre prueba de referencia y testimonio adjunto, y es uno de los principales fundamentos de la admisión de tal declaración anterior al juicio como prueba, en cuanto asegura el equilibrio entre la eficacia de la administración de justicia y la materialización de las garantías debidas al procesado.

(iii) La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o inclusive, de apartes de la anterior y fragmentos de la última, o descartarlas.

De ninguna manera se quiere significar que la primera versión de los testigos recoja de manera fidedigna la forma en que ocurrieron los sucesos, sino resaltar la importancia de que el fallador pueda discernir entre la declaración anterior y la expuesta en el juicio a cuál o a qué segmentos otorga credibilidad, motivando debidamente su decisión.

La incorporación de dicho texto permite que todos conozcan su contenido, máxime si tendrá el carácter de medio probatorio, a partir de lo cual se podrán ejercer los derechos de contradicción y confrontación, además de que el juez estará en condición de dimensionar su aporte demostrativo, en especial al momento de expresar por qué le otorga mayor credibilidad a la declaración anterior al juicio o a la recibida en él, sin perjuicio de que ambas puedan ser razonadamente desestimadas.

(iv) Es necesario que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación sustancial de su atestación pretérita. En un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior.

Esa solicitud de parte cumple dos importantes funciones:

En primer lugar, **le permite a la contraparte oponerse**, pues no puede olvidarse que la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, como prueba, constituye una

excepción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 que corresponde a una norma rectora. Además, puede afectar derechos de la contraparte en el ámbito de la contradicción y la confrontación. Finalmente, por tratarse de una decisión trascendente en el ámbito probatorio, debe contar con la garantía del contradictorio, esto es, la posibilidad de oposición a que sea incorporada.

En segundo término, **brinda claridad sobre las pruebas que pueden fundamentar el fallo**, pues en el proceso no puede haber incertidumbre acerca de los medios de convicción practicados o incorporados con vocación para sustentar la sentencia, finalidad desarrollada por el legislador al establecer las reglas del descubrimiento probatorio, la enunciación, solicitud y decreto de pruebas en la audiencia preparatoria, así como en la regulación de la prueba sobreviniente.

Dentro de la misma función se constata que **si por regla general las declaraciones anteriores al juicio oral no tienen el carácter de pruebas, su admisión excepcional en tal condición debe ser ordenada por el juez a solicitud de la parte interesada**, exigencia que sirve para diferenciar la prueba de referencia y el testimonio adjunto, de otros usos posibles de las declaraciones anteriores, como el refrescamiento de memoria y la impugnación de credibilidad».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o complementario, apreciación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: impugnación de credibilidad, por la misma parte que lo solicitó / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: cuando se utilizan para impugnar credibilidad o como testimonio adjunto, diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, imprecisiones durante el proceso de incorporación deben tener la trascendencia suficiente para desestimar dichas pruebas / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, debe garantizar la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción

«[...] constata la Sala que lo expuesto por BMTB y ONC en el juicio, denotó su **evidente retractación voluntaria de lo informado de manera detallada en las entrevistas rendidas a**

los investigadores antes del debate, para lo cual adujeron que al momento de los hechos estaban embriagados, no recordaban, estaban durmiendo o firmaron sin dar lectura al escrito en el cual aparece la rúbrica y huella que reconocieron como suyas.

Sin dificultad se advierte cómo en sus entrevistas fueron prolíficos, de modo que la coincidencia de aducir su estado de embriaguez, de sueño o de falseamiento de cuanto expusieron pone de presente su interés en retractarse para favorecer a RZC, muy seguramente por el miedo que expresamente dijeron en sus entrevistas le tenían.

[...]

[...] **aunque no resulte frecuente, es posible que una parte se vea forzada a impugnar la credibilidad de un testigo solicitado por ella misma**, como cuando, en medio del juicio, se percata que el declarante ha mentado. Es más, es posible que el testigo no se retracte o cambie su versión y sea posible que su credibilidad deba ser impugnada, si en un momento específico de su declaración se constata que ha faltado a la verdad (antes y/o durante el juicio).

En este asunto, en el desarrollo de las referidas declaraciones en el juicio oral y a instancia de la Fiscalía, se dio lectura a cuanto expusieron previamente a los investigadores, reconocieron como suyas las firmas y huellas que allí aparecen, fueron interrogados acerca de las razones para haber variado sustancialmente sus asertos y se le permitió a la defensa intervenir sobre el particular en orden a activar la facultad de ejercer la contradicción y confrontación, sin que procediera a ello.

En ese contexto, **materialmente las declaraciones anteriores fueron utilizadas para demostrar la retractación y/o cambio de versión**. Esto es importante, porque la juez utilizó un término inapropiado (impugnación de credibilidad) cuando preguntó a la Fiscal por su intención de incorporar tales exposiciones.

Al respecto se tiene que **la impugnación de la credibilidad es un procedimiento diferente a la incorporación de una declaración a título de testimonio adjunto**. La diferencia sustancial emana de las mismas denominaciones, pues se impugna credibilidad para restarle fuerza demostrativa al testigo, mientras que **el testimonio adjunto supone la incorporación de una prueba** -en este caso la versión rendida

por fuera del juicio—, **con el propósito de que sea tenida en cuenta por el juez como soporte de la condena.**

A partir de lo anterior, colige la Corte que en este caso la Fiscalía utilizó las declaraciones anteriores con el claro propósito de que las mismas fueran valoradas por la juez, esto es, que fueran tenidas como testimonios adjuntos.

Así fue asumido por todos los intervinientes, pues, en primer lugar, la Fiscalía nunca expresó su intención de restarle credibilidad a los declarantes. En segundo término, su finalidad estaba claramente dirigida a demostrar que las versiones rendidas por fuera del juicio oral, que fueron soporte trascendente de la acusación, así como de la solicitud de medida aseguramiento formulada por la Fiscalía -la cual fue negada en primera instancia, pero concedida en segundo grado—, daban cuenta de lo realmente acontecido. En tercer lugar, en vez de acreditar contradicciones puntuales en las versiones -lo que es propio de la impugnación de credibilidad—, la Fiscalía incorporó el contenido de las declaraciones anteriores.

En cuarto término, cuando la juez indagó por la intención de incorporar las declaraciones anteriores -lo que no procede cuando simplemente se impugna credibilidad, ya que en esos casos es suficiente con leer el punto específico de contradicción—, **la Fiscalía hizo manifiesto su propósito de que las mismas hicieran parte del acervo probatorio.** Por último, aunque la juez utilizó el término “impugnación de credibilidad”, de lo acontecido se desprendía unívocamente que el propósito era que las mismas se tuvieran como testimonios adjuntos.

Así, se tiene que los testigos comparecieron al juicio oral, donde la Fiscalía demostró que se retractaron o cambiaron sustancialmente sus versiones. El ente acusador de manera poco ortodoxa expresó su intención de que las declaraciones anteriores fueran incorporadas como pruebas, lo que fue aceptado por la juez, pese a que cuando preguntó a la Fiscal por el propósito de incorporar dichas declaraciones aludiera a la impugnación de credibilidad.

Es atinente destacar que la defensa tuvo la oportunidad de oponerse y pudo contrainterrogar

a los testigos sobre lo declarado dentro y fuera del juicio oral, pero renunció a ello. En suma, si bien es cierto ocurrieron imprecisiones durante el proceso de incorporación de las declaraciones anteriores a título de testimonios adjuntos, las mismas no tienen la trascendencia suficiente para desestimar dichas pruebas.

Debe destacarse que los testimonios recibidos en la vista pública no versaron únicamente sobre la imposibilidad de los declarantes de haber percibido la comisión de los homicidios, pues también se abordó el tema de lo expuesto antes del juicio, de modo que, se reitera, no fue sorprendente la defensa al respecto, estando en posibilidad de confrontar y contradecir, pues todo ocurrió en su presencia.

Así las cosas, **le asiste razón a la Corporación de segundo grado**, pues conforme al mandato legal y en especial, a los principios de inmediación, contradicción y confrontación, **las entrevistas rendidas previamente al juicio, en especial las de BMT y ONC, corresponden materialmente a testimonios adjuntos y, como tales, sirvieron de fundamento al fallo de condena.**

[...]

Como tantas veces lo ha dicho la Corte, es necesario armonizar los derechos de confrontación y contradicción del sujeto pasivo de la acción penal, con la eficacia de la administración de justicia, esto es, no incurrir en arbitrariedades violadoras de los derechos y garantías de los procesados, pero tampoco en ingenuidades frente a la tozudez de una realidad procesal capaz de soportar la justicia material del caso, que como la ocurrida en este asunto, pone de presente el indebido propósito de los declarantes de no reiterar en el juicio -a partir del temor revelado respecto del acusado— lo ya dicho, al punto que dieron cuenta de los momentos previos y posteriores a los atentados a la vida, pero invocaron unas inverosímiles condiciones para sustraerse del teatro de los acontecimientos, todo lo cual no compagina con la reconstrucción de los sucesos investigados».

(Texto resaltado por la Relatoría)

ENFOQUE DE GÉNERO

Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, impone al fallador valorar la prueba eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad prejuicios machistas

Al resolver una demanda de casación en un caso de presunto acceso carnal violento, la Sala recuerda los elementos del enfoque de género con que las autoridades judiciales deben adelantar los procesos de este tipo, evitando caer en prejuicios y estereotipos que revictimizan a las mujeres negándoles el derecho a una justicia pronta, eficiente e imparcial. Por otra parte, se casa la sentencia y condena al procesado.

SP1793-2021 (51936) del 12/05/2021

Magistrado Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

[...] a eso de las nueve de la mañana del día 23 de agosto de 2015, MOH, para entonces mayor de 70 años, acompañó a su hermana mayor H al consultorio de CEAB, quien ejercía como médico acupunturista en la ciudad de [...].

Encontrándose en la sala de espera del consultorio, AB se arrimó donde MO, quien le manifestó que la aquejaban dolores en el cuello, por lo que le propuso realizarle algunos masajes, haciéndola pasar al consultorio y recostándola sobre una camilla.

En el curso de dicha terapia, el acusado comenzó a acariciarla en sus partes íntimas, procediendo a continuación a taponarle la boca con una mano y, mientras le pedía que guardara silencio, sacó su miembro viril, le bajó parte de sus pantalones y la accedió por vía vaginal.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ENFOQUE DE GÉNERO - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Obligaciones de las autoridades

judiciales: en el ámbito de juzgamiento, impone al fallador valorar la prueba eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad prejuicios machistas / **FALSO RACIOCINIO** - Configuración: estereotipos sobre comportamiento sexual de la mujer / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, evolución del concepto, enfatiza en la anuencia libre de la víctima y no en el rompimiento de su resistencia mediante actos instrumentales de violencia física o moral / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - No siempre hay actos de defensa ante la violencia / **DERECHOS DE LA MUJER** - Discriminación: en el ámbito judicial, a través de los argumentos de una decisión judicial / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, se configura con cualquier acción que doblegue la voluntad de la víctima

«**El juez colegiado dio por cierto el encuentro sexual.** Admitió que la hipótesis planteada por la Fiscalía encontró demostración en la prueba testimonial de la víctima MOHA, corroborada por la prueba científica relacionada en precedencia.

Sin embargo, **entendió que no se alcanzó el estándar de prueba para dar por demostrado que el acusado CEÁB realizó el tipo penal de Acceso carnal violento** previsto en el artículo 205 del Código Penal, puesto que, según fundamentó, no existe un conocimiento que supere la duda razonable en relación con el elemento típico alusivo a la violencia. Su tesis se sustenta en que *«al analizar la víctima, encontramos que es imposible deducir, con grado de certeza racional, una resistencia real de su parte tendiente a malograr o prevenir el presunto ataque».*

[...]

Así, entonces, **lo que finalmente plantea el Tribunal es la presencia de una duda probatoria fundada en la ausencia de actos de resistencia física o de manifestaciones verbales** de contradicción o de auxilio como indicadores de la aquiescencia de la titular del bien jurídico en la realización de la conducta sexual en la que se vio involucrada con el acusado CEÁB.

Entiende el Tribunal, de manera equivocada, con fundamento en una dogmática penal y en una doctrina jurisprudencial elaboradas en otras épocas y bajo condiciones sociales muy diversas a la actual, que para predicar la violencia sexual

no se requería de «*actitudes heroicas*» de parte de la víctima, pero sí de una resistencia seria y constante que ofreciera «*un resultado no consentido y seriamente rechazado*».

[...]

Dichas fuentes provienen, como puede observarse, de sociedades que no habían adoptado una perspectiva de género y en las que, por consiguiente, las ideas de discriminación e inferioridad de la mujer dominaban en las ciencias sociales, a lo que no escapaba la dogmática penal. **Hoy en día se impone «un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción».** Bajo una perspectiva de género **no le es exigible a la mujer agredida sexualmente ejercer ningún rechazo serio o constante**, de hecho, como se verá a continuación, no se le puede demandar ninguna clase de oposición para manifestar su falta de consentimiento.

En efecto, una mirada con enfoque de género tiene que eliminar definitivamente aquella clase de estereotipos que, como en el presente caso, hacían gravitar en la mujer como sujeto pasivo de la conducta punible unas obligaciones o «*demandas*», según el término empleado por el juez colegiado, sobre un determinado comportamiento que estaba llamado a asumir en su condición de víctima, como si ello hiciera parte del tipo penal a manera de necesaria oposición a la agresión.

La Corte debe subrayar que precisamente la sexualidad voluntaria como derecho de no ceder a otros el poder para decidir cuándo quiere tener relaciones íntimas, ha sido uno de los fundamentos para la emancipación de la mujer de la dominación patriarcal, para que se sientan y sean tratadas como miembros iguales en la sociedad moderna.

En ese sentido, se ha venido insistiendo en que, en el ámbito penal, **el necesario abordaje de los casos con un enfoque de género implica**, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que:

(i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las

medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.

La vinculación de los funcionarios judiciales a una perspectiva de género les impone la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o de prejuicios de género, por lo que, según se ha enfatizado, **se incurre en un error por falso raciocinio cuando se incorporan en su valoración falsas** reglas de la experiencia como lo son aquellas construidas con el empleo de preconceptos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual, puesto que «*fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres*»

En realidad, como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Sala, **el tipo de Acceso carnal violento consagrado en el artículo 205 del Código Penal no exige para su configuración la realización por parte del sujeto pasivo de actos de resistencia o de defensa alguna.**

En ese sentido, la Sala ha señalado que, en aquellos delitos en los cuales confluye el elemento de la violencia, **la figura del consentimiento como excluyente del tipo debe valorarse desde la perspectiva del comportamiento del sujeto activo**, y no la de la víctima, pues se corre el riesgo de incurrir en una desigualdad material:

[...]

Así mismo, se subrayó en lo concerniente al ingrediente de la violencia, que dicho «*elemento normativo del tipo [...] no se desvirtúa ante la ausencia de gritos o actos de resistencia física de la víctima (en la medida en que el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de esta)*».

Este criterio, por otro lado, tiene sustento legislativo. El numeral 2 del artículo 18 de la Ley 1719 de 2014, por medio de la cual se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, consagró como recomendación para los funcionarios en la valoración judicial de la prueba que **el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la violencia sexual**. Así mismo, estipuló en el numeral 1 de tal precepto que la aquiescencia tampoco podrá derivarse de ninguna palabra, gesto o conducta de la víctima cuando este no sea voluntario y libre:

[...]

Tales recomendaciones establecidas en la citada Ley 1719 de 2014 bajo los criterios que ya habían sido desarrollados por la jurisprudencia de la Sala, tal como se acabó de precisar, son de aplicación general, es decir, para todos aquellos casos que impliquen la realización del elemento de violencia en los delitos sexuales, incluido el tipo de acceso carnal violento de que trata el artículo 205 de la Ley 599 de 2000.

Dicha ley entró en vigencia el 18 de junio de 2014. Pero, antes de eso, el artículo 38 de la Ley 1448 de 10 de junio de 2011, o Ley de Víctimas (por medio de la cual se dictaron medidas de protección a «*aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985 [...] con ocasión del conflicto armado interno*» -artículo 3), señaló dentro del ámbito de los principios probatorios en casos de violencia sexual que el consentimiento (i) «*no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual*» (numeral 3), (ii) tampoco «*de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento voluntario y libre*» (numeral 2), ni (iii) «*cuando la fuerza, la amenaza de fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad [para consentir]*» (numeral 1).

[...]

En suma, **la víctima no está obligada a actuar de determinada forma para que se pueda establecer que la acción del autor fue violenta**, tampoco tiene que hacer manifestaciones de repudio ni proferir palabras de auxilio, bastando con la determinación de su voluntad, la misma que debe ser inferida del contexto de los

acontecimientos, bajo el claro sentido de la naturaleza de las relaciones surgidas entre víctima y victimario».

ACCESO CARNAL VIOLENTO - Demostración / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Se vulnera: al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: ausencia de consentimiento de la víctima / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Elementos: violencia, apreciación probatoria / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Dolo / **DELITOS SEXUALES** - Juez: debe verificar el comportamiento del victimario y no las posibles omisiones de la víctima / **DELITOS SEXUALES** - Bien jurídico protegido: la libertad, integridad y formación sexuales, no el honor / **DELITOS SEXUALES** - No configuración: encuentro sexual, requiere el consentimiento expreso de aceptación de quien está autorizado legalmente para consentirlo / **ACCESO CARNAL VIOLENTO** - Se configura

«Encuentra la Sala que las condiciones en que se desarrollaron los acontecimientos en el asunto que es objeto de estudio, **permiten identificar con claridad un evento de violencia contra la mujer o de género**, en la medida en que el autor de la conducta actuó con un claro carácter punitivista al someter a su víctima a una agresión sexual en virtud de su condición de mujer. Ello obliga a contextualizar en esa perspectiva lo sucedido evitando los sesgos y prejuicios que ponen a la mujer en un plano de inferioridad y subordinación frente al agresor.

[...]

Ya se ha dicho en esta decisión que es un hecho inconcuso la existencia del encuentro sexual entre MOHA y el acusado CEÁB, conclusión a la que se llegó no solamente por la claridad que en ese sentido ofrece el testimonio de la mujer sino porque además existe poderosa evidencia científica que corrobora esa circunstancia, puesto que en el protector vaginal que usaba en esa oportunidad MO se encontraron rastros de semen y, además, se halló una mezcla genética aportada por los dos.

Ahora bien, el debate se viene suscitando especialmente sobre la determinación de si esa conjunción sexual fue un acto permitido por MOHA o, por el contrario, si fue violento en la medida en que ella no prestó su concurso voluntario para la consumación de la conducta.

[...]

En ese contexto de los hechos, **surge evidente para la Corte la ausencia de consentimiento de MOHA**, pues aparte de que el agresor la sometió por la fuerza, ella no hizo ninguna manifestación que permitiera inferir su aquiescencia con el contacto sexual.

Lo primero, porque el acusado ÁB desplegó sobre su víctima actos físicos de dominación claramente dirigidos a doblegar su voluntad. No otra cosa podría desprenderse del hecho de que una vez inició sus maniobras eróticas y cuando sintió la menor repulsa por parte de la mujer, le cubrió con su mano la cara y le introdujo un dedo en la boca, lo que le impedía hacer alguna manifestación verbal de oposición y ofrecer la mínima resistencia física. Por eso manifestó que «*No hice nada porque yo me sentía ahí como aprisionada*» y que «*yo trataba de hacer una fuerza pero él tenía más que yo*».

Lo segundo, porque la intempestiva conducta desarrollada por el procesado cuando supuestamente se dedicaba a ofrecer una terapia para aliviar el dolor, creó tal perturbación en MOHA que le impidió exteriorizar con alguna vehemencia su contrariedad con lo sucedido.

[...]

Con lo anterior **queda develado el desacierto del ad quem cuando puso en duda la imposibilidad de resistencia física de la víctima**, aduciéndose en el fallo recurrido que bien pudo levantarse de la camilla porque nada le impedía hacerlo. No es cierta esa afirmación. **La mujer se encontraba sometida físicamente por el agresor**, quien no solamente estaba de pie con ventaja sobre ella que yacía en la camilla, sino que también la sometió empleando la fuerza sobre su cara.

Además, según narró, «*Hice repulsa pero él me decía que chito, porque mi hermana estaba afuera*». Fue entonces que «*obedecí la orden de callarme*».

Se puede concluir, entonces, que el procesado ÁB ejerció una coerción física y moral sobre MOHA idónea para sojuzgarla y someterla a sus designios.

[...]

De manera que **la objetividad de los hechos muestra a las claras que MOHA no quiso ni consintió lo sucedido**. De parte de ella resulta

apenas comprensible que su pasiva respuesta física y emocional ante lo acontecido estuviera condicionada por el estado de shock, de angustia y de incredulidad por lo que estaba ocurriendo, según lo manifestó. Y, en todo caso, ninguna razón objetiva reveló que con su silencio haya prestado su consentimiento como una manifestación del libre albedrío en el contexto de los acontecimientos, lo que de suyo representa un claro indicador de su oposición o rechazo al acto sexual.

[...]

Resulta falaz, además, desde todo punto de vista **el argumento esgrimido por el Tribunal en el sentido de que el procesado interpretó la resistencia de la mujer como una maniobra para defender su honor**, pero que jamás la consideró un rechazo serio y vehemente, que le permitiera imaginar un actuar lesivo a la norma. Pareciera una percepción de las cosas enclavada en una arcaica protección penal del bien jurídico del honor y de la honestidad de la mujer, **conceptos asociados a la castidad de la mujer, y no, como es hoy, fundado esencialmente en la libertad, integridad y formación sexuales**. No era el honor lo que claramente pretendió defender la víctima, sino su misma libertad sexual.

[...]

Así, **es posible que no haya verbalización de la aquiescencia en la relación** por parte de la mujer, **pero siempre debe existir la explicitud de su querer**, la cual debe ser definida por el contexto de los acontecimientos en concreto. Es así como, según acaba de verse, el acusado ÁB tenía un conocimiento pleno sobre los componentes del tipo penal y, en especial, sobre el elemento de violencia que acompañó su comportamiento, por lo que sabía que acceder carnalmente a MOHA sin atender a su voluntad es de por sí una vía de hecho constitutiva de violencia.

[...]

Por el contrario, es imperioso concluir que **la Fiscalía demostró con un grado de conocimiento más allá de duda razonable que el acusado ÁB realizó el tipo penal del artículo 205 del Código Penal**, emergiendo la presencia de un yerro que atañe a la formulación de la experiencia insostenible, según la cual la frágil o nula oposición, a través de gritos y actos de resistencia, de parte de la víctima de un delito

sexual, se traduce en su aquiescencia por la realización de la conducta.

Por último, **la Corte debe llamar la atención sobre la necesaria introducción de una perspectiva de género por parte de los funcionarios no solamente en la sentencia sino en todos los momentos de la actuación judicial.** Ello a propósito de que la jueza de conocimiento realizó algunas preguntas complementarias a la víctima relacionadas con

sus años de viudez y la ausencia de parejas, como si ese fuera un factor del que se podía inferir su consentimiento para la relación sexual. **Tal interrogatorio por parte de la jueza no solamente se ofreció impertinente sino claramente ofensivo y prejuicioso frente a los derechos de la mujer,** por lo que resulta inadmisibles, con mayor razón proviniendo de la misma jueza».

(Texto resaltado por la Relatoría)

CONCUSIÓN

Configuración: es suficiente demostrar que el sujeto calificado hizo la solicitud ilegal, aunque esta no se concrete

Resuelve la Sala el recurso de apelación en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia que absolvió a una fiscal por el presunto delito de concusión. Para ello se recuerdan los elementos de dicho tipo penal y se aclara que entre ellos se encuentra el verbo rector “solicitar”, por lo que la conducta se actualiza, así no se obtenga ninguna contraprestación, o esta ya estuviere determinada de manera legal. Al resolver el caso se revoca la sentencia y condena a la procesada al encontrar efectivamente desarrollado dicho tipo penal.

SP1650-2021 (54326) del 05/05/2021

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS:

[...] el 18 de octubre de 2011 CHT, obrando como apoderado especial del Banco [...] con sede en Cali, denunció ante la Fiscalía varios hechos irregulares que se suscitaron a raíz de la reclamación que a dicha entidad hiciera el ciudadano MEMM “*por unas anomalías en la constitución, emisión, redención y renovación de varios CDT que involucran una suma superior a los ciento cincuenta millones de pesos (150.000.000)*”.

Para la gestión correspondiente, MM confirió poder al abogado GBL, quien se acercó a las instalaciones del banco para solicitar “*los rendimientos y perjuicios ocasionados*” e informar que se debía agotar una conciliación ante la Fiscalía.

[...], pese a que la corporación financiera decidió asumir la pérdida y cancelar la suma de \$158.000.000 al reclamante, ante su oficina concurrieron intempestivamente, en la tarde del 10 de octubre de 2011, MMM, GBL y BAG, Fiscal [...] Seccional de Cali, quien fue presentada como la funcionaria a cargo del asunto y afirmó, sin ser cierto, que el proceso penal por el tema del pago del dinero reclamado, ya le había sido asignado por reparto, aunque aún no contaba físicamente con la respectiva carpeta.

Dijo el quejoso, que la Fiscal AG, aduciendo velar por los intereses de la víctima, pidió reconocer el valor acordado, así como los perjuicios sufridos y los honorarios profesionales de BL, que para el caso ascendían a la cantidad de 15.800.000 pesos. Así mismo, deprecó que se reconociera la “*tasa ilícitamente plasmada en las fotocopias de los CDT exhibidos por él*” y advirtió, antes de abandonar la reunión, “*que cualquier acuerdo debía ser comunicado de manera directa a ella como representante de la Fiscalía*”.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCUSIÓN - Configuración / **CONCUSIÓN** - Elementos: relación de causalidad entre el actuar del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad no debidos / **CONCUSIÓN** - Abuso de cargo o de la función / **CONCUSIÓN** - Elementos: verbos rectores / **CONCUSIÓN** -

Consumación / **CONCUSIÓN** - Delito de mera conducta

«La conducta punible que se estudia, recibe delimitación típica en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000 [...].

La configuración típica de este ilícito requiere los siguientes elementos: (i) sujeto activo calificado que tenga la calidad de servidor público; (ii) el abuso del cargo o de la función; (iii) una conducta que se concreta con la ejecución de uno cualquiera de los distintos verbos rectores: constreñir, inducir o solicitar una prestación o utilidad indebidas; y (iv) la relación de causalidad entre el actuar del funcionario y el efecto buscado de dar o la entrega del dinero o utilidad no debidos (CSJ SP, 5 may. 2012, rad. 36368).

[...]

Así mismo, como presupuesto necesario para la configuración del punible de concusión, la Sala tiene discernido que debe abusarse del cargo o de la función, diferenciando ambos conceptos:

*“se abusa de la función cuando se desbordan o restringen indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos; y **se abusa del cargo, cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que éste pueda tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones**”* (CSJ SP, 10 sep. 2003, rad. 18056).

El delito se consuma, conforme se ha advertido en otras oportunidades, **simplemente**, *“al ejecutarse cualesquiera de estas acciones en provecho del servidor o de un tercero, independientemente de que la dádiva o la utilidad hayan ingresado o no al ámbito de disponibilidad del actor.*

Tal conclusión se desprende no sólo del alcance y significación de los verbos rectores empleados por el legislador, sino igualmente del hecho que la administración pública, que es el bien jurídicamente tutelado, se ve transgredida con el acto mismo del constreñimiento, de la inducción, o de la solicitud indebidos, en cuanto cualquiera de ellas rompe con la normatividad que la organiza y estructura, derrumbándola y generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados (negrillas fuera del texto original).

Como en el presente caso la censura contra AG, se contrae a reprochar la **solicitud de sumas de dinero indebidas** -el interés del 7% anual sobre el CDT, los honorarios del abogado GB y perjuicios-, también es preciso recordar lo expuesto por la Sala acerca de esta específica modalidad de la conducta, así:

*“En el caso que ocupa la atención de la Sala, la conducta ilícita que se le reprocha a la procesada por **“solicitar”** dinero indebido, debe exhibir para que tenga relevancia penal, las siguientes características: en primer lugar, que la petición la haga un servidor público; en segundo lugar, que ésta sea idónea e inequívocamente dirigida a obtener un provecho o utilidad indebidos, ya para un tercero, ora en beneficio del servidor que hace la ilícita solicitud; y, en tercer aspecto, que el servidor público, al hacerla, abuse del cargo o de sus funciones”.*

En torno al verbo solicitar, que hace parte de la descripción típica del comportamiento, la Corte ha precisado:

“(La solicitud) puede ir acompañada de fuerza física o moral (constreñimiento) o simplemente mueva la voluntad del destinatario por engaño o justo temor, este último en todo caso no generado por violencia o amenazas (inducción).”

En otra oportunidad indicó:

“Dicha solicitud debe ser inequívoca, pues no toda expresión o comportamiento del funcionario pueden ser tomados como delictuosos. No debe quedar duda, por decirlo de otra forma, acerca de la pretensión del funcionario de poner en venta su propia función o cargo mediante el ofrecimiento directo, y sin necesidad de acudir al ardid o a las amenazas.

Es importante señalar finalmente que, en tratándose de una cualquiera de dichas formas de exteriorizar la exigencia, debe permanecer subyacente el denominado metus publicae potestatis como elemento subjetivo predicable de la víctima. De modo que, si la investidura carece de la capacidad de persuadirla, en el sentido de no llegar a comprender fácilmente que no tiene otra alternativa que ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios derivados de su negativa, la conducta no alcanza configuración”.

CONCUSIÓN - Sujeto activo: debe ser servidor público / **CONCUSIÓN** - Demostración / **CONCUSIÓN** - Abuso de cargo o de la función / **CONCUSIÓN** - Consumación / **CONCUSIÓN** -

Delito de mera conducta / **CONCUSIÓN** - Configuración: es suficiente demostrar que el sujeto calificado hizo la solicitud ilegal, aunque esta no se concrete / **CONCUSIÓN** - Elementos: verbos rectores, solicitar / **CONCUSIÓN** - Implícita / **CONCUSIÓN** - Consumación: no se requiere que todos los testigos se sientan coaccionados, solo quien tiene la disposición de dar o prometer algo / **CONCUSIÓN** - Se configura: Fiscal al inducir al sujeto pasivo a realizar un pago indebido

«No se discute la calidad de servidora pública de BAG para la fecha de los acontecimientos, en tanto, ello fue estipulado por las partes.

Con la misma contundencia puede afirmarse que, con abuso del cargo, la enjuiciada exaltó su investidura para utilizarla al margen del ordenamiento jurídico.

[...]

[...] la Sala enfatiza que **se abusa del cargo o de la función pública cuando el servidor**, al margen de las normas constitucionales y legales a las cuales debe obediencia, es decir aquellas que organizan y diseñan estructural y funcionalmente la administración pública, **constríne, induce o solicita a alguien dar o prometer alguna cosa.**

El delito se consuma con el solo hecho de ejecutar alguna de estas acciones, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, pero, eso sí, con independencia o **sin que resulte necesario que la dádiva o la utilidad hayan ingresado efectivamente a la esfera de disponibilidad del actor.**

Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido:

“(...) para su consumación basta con la exigencia no requiere que el desembolso se cause o se entregue el objeto o la dádiva por tratarse de un punible de conducta o mera actividad basta con la manifestación del acto de constreñir inducir o solicitar dinero u otra utilidad indebida independiente de que el sujeto pasivo esté en posibilidad de cumplirla a reiterado la corte recientemente” (CSJ SP 8 Jun 2011. Rad, 27703).

Lo anterior se explica, porque la idoneidad de la conducta no se examina de cara al resultado producido en la víctima, sino desde la perspectiva de que se observe, ex ante, apropiado o adecuado para algo, no en vano estamos ante un **tipo penal de mera conducta.**

Así, entonces, se reitera lo siguiente: una Fiscal delegada se acerca a un banco, se contacta con la persona del área de seguridad que tiene a cargo el trámite de las reclamaciones de los clientes, engaña al afirmar ser quien tiene a su cargo una investigación penal por delito presuntamente cometido por una de sus empleadas, resalta las virtudes y bondades de la víctima que la acompaña y respecto de quien resalta su amistad, para luego manifestar su interés en que resulte debidamente indemnizada, dado que de lo contrario, la entidad se vería afectada, ello indiscutiblemente informa de la extralimitación de poder idónea e inequívocamente dirigida a lograr que el sujeto pasivo acceda a sus pretensiones.

Ello, se reitera, sin que resulte relevante, para efectos de la configuración típica del delito de concusión, que lo pretendido sea o no finalmente realizable, pues **lo determinante es la ejecución de las maniobras adecuadas para el ilícito fin propuesto.**

En este asunto, para la Sala no hay duda de que **BAG abusó de su cargo**, pues, prevalida de su calidad de funcionaria pública -específicamente como Fiscal 81 Seccional de Cali-, se presentó como representante de autoridad y en tal virtud **ejecutó una de las acciones contenidas en los verbos rectores alternativos del tipo penal en mención**, esto es, **solicitó**, en este particular asunto, sumas de dinero indebidas, con el pretexto de propender por una debida indemnización de quien era la víctima y su amigo personal.

[...]

[...] **no se desestima la comisión del delito por el hecho de que MLB o DEI se hayan sentido ajenos a presiones indebidas** por parte de BA, **por cuanto, su intervención operó apenas en calidad de intermediarios.** El interés de AG era entablar contacto con CH, dado que era quien estaba encargado de llevar la investigación interna por la reclamación radicada; tanto así, que acudió al Banco de Bogotá manifestando la necesidad de hablar con él. En ese orden, es apenas lógico que el denominado metus publicae potestatis no se hubiese consolidado en relación con ninguno de los dos primero citados.

Es el mismo CH quien respalda las conclusiones a las que arriba la Sala. En efecto, narró como suspendió las actividades que adelantaba, para responder al llamado de ME, BA y el abogado GB,

únicamente, por la consideración de que se le intimaba acudir al llamado de la Fiscal encargada del caso.

Expresó, que **si no le hubiesen dicho que quien quería hablar con él era la fiscal asignada a un asunto específico, habría obviado intervenir.** Empero, como lo sostenido era que había llegado la fiscal asignada a la carpeta ya referida, se apresuró a buscar una oficina para atender el requerimiento de la autoridad.

Agregó el citado testigo, que fue precisamente en esa reunión del 10 de octubre, que BAG le recomendó a su amigo y **le recordó sobre la existencia de consecuencias desfavorables** para quien al interior de un proceso penal no indemnice de manera integral a las víctimas.

De lo anterior se sigue que, no obstante resultar suficiente el despliegue de conductas exteriorizadas por BA para configurar el punible contra la administración pública – en tanto idóneas en el cometido de generar presión, desde la simulación de autoridad –, refuerza la comisión del punible la presión que en todo caso logró AG ejercer sobre CH.

Véase que este ciudadano no solo otorgó prioridad a la comunicación con MEM y su abogado, por cuanto arribaron al banco en compañía de una delegada de la Fiscalía General de la Nación, quien en uso de esa calidad no solo mintió sobre la asignación del caso, sino que con evidente abuso del mismo, pretendió obtener sumas dinerarias acompañadas de un mensaje implícito de consecuencias nocivas al interior del proceso penal, para quien no indemnice como es debido a un perjudicado.

[...]

La Sala debe subrayar **en el ámbito de este tipo de punibles, esa sutileza que suele rodearlos**, generalmente reflejada en la imposibilidad de recaudar otros medios de conocimiento directos que respalden la declaración de la víctima.

Sin embargo, como viene de verse, **ello no significa la imposibilidad de rebasar el estándar de conocimiento de la duda razonable**, para lo cual será especialmente relevante el acopio de medios de conocimiento que permitan la corroboración periférica.

[...]

Tampoco puede sostenerse que, como la decisión del banco ya estaba tomada y que únicamente

bastaba la comunicación formal a MEM, las solicitudes hechas por AG hayan resultado inanes, pues, se insiste, **para la consumación de esta modalidad delictual basta con el impacto capaz e idóneo para viciar o alterar la voluntad**, por desconcierto, confusión, molestia o repudio.

Entender el “metus publica potestatis”, únicamente desde la óptica del miedo extremo generado por quien abusa del poder, equivale a desconocer esas formas de engaño que, sin producir un sentimiento de esas características, logran emerger idóneas para minar la voluntad de la víctima.

Lo anterior, por cuanto *“no siempre el sujeto activo se dirige a cara descubierta, pues son maneras demasiado groseras y, por lo mismo, de las más raras (...) así nace la vieja fórmula de derecho romano, la llamada concusión implícita o fraudulenta, que se concreta en la receptación de lo indebido, a través de una forma de actuar de inducir al sujeto”*.

Sobre este particular aspecto, suficiente resulta señalar que de tiempo atrás la Sala ha puntualizado que **en la concusión implícita** *“el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, los emplea en tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado (...)”*.

Es así como de manera tradicional pero con total vigencia en la actualidad, la Sala ha considerado que la concusión puede presentarse, a partir del entendimiento de cada uno de los vocablos que componen el tipo penal, a través de acciones distintas: **“la de naturaleza activa, ha sido denominada concusión explícita; y a la de índole pasiva se le dado el nombre de concusión implícita (...) la primera se configura cuando se utilizan medios claramente coactivos que vencen el consentimiento del sujeto pasivo, cuando se amenaza abiertamente con un acto de poder. En la segunda, se consigue el resultado mediante un exceso de autoridad que va latente u oculto, en forma sutil, con un habilidoso abuso de funciones o del cargo (...)”**. (negrillas fuera del texto original).

Sostener lo contrario como lo hizo el Tribunal a quo, esto es, que la conducta carece de relevancia penal por cuanto ninguno de los empleados del banco expresó sentir el miedo a la autoridad, significa poner en tela de juicio la idoneidad de la exigencia que, como viene de verse, emerge indiscutible.

[...]

En ese orden de ideas, se concluye, queda demostrado que BAG solicitó el pago de dineros en favor de un tercero, valiéndose de una situación creada por ella misma con el objeto de generar coerción en su víctima, no solo por hacer valer su cargo, sino porque **hizo creer que le había sido asignada la investigación penal; conducta que desplegó, dada su condición de Fiscal**, con conocimiento de ilicitud y voluntad de realización, para obtener una contraprestación irregular; comportamiento con el que afectó de manera injusta las expectativas que la sociedad

y el Estado depositaron en ella, cuando fue nombrada en la posición aludida.

[...].

Así las cosas, demostrada la materialidad del delito y la responsabilidad de BAG en su comisión, no queda solución distinta que la de **revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, condenarla como autora del delito de concusión**».

(Texto resaltado por la Relatoría)

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN DEL HOMICIDIO

Necesidad de verificar los presupuestos que justifican el incremento de las penas cuando la conducta imputada al procesado está afectada por circunstancias que agravan la sanción.

Resuelta la demanda de casación y sin que se presente insistencia, la Sala procede a casar de oficio la sentencia verificando la viabilidad de dos circunstancias de agravación. Para ello desestima la primera por falta de sustentación (*por medio de los delitos de peligro común que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad*), en cuanto a la segunda (*cuando el agente coloca a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovecha esta situación*), realiza un análisis detallado de la figura y la situación fáctica y su inexistencia en el caso concreto. Para la concluir, la Sala retira los dos agravantes y redosifica la pena.

SP1328-2021 (48468) del 14/04/2021

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS:

[...] el 9 de noviembre de 2010, aproximadamente a las 9 de la noche, en [...], ASJ atacó con disparos de arma de fuego a CEC, quien se

encontraba compartiendo con su esposa y unos amigos frente a la casa.

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

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA - Demostración / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Situación de indefensión o inferioridad: la Fiscalía debe indicar con claridad, tanto fáctica como jurídicamente, a cuál de las cuatro hipótesis de la circunstancia de mayor punibilidad hace referencia / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Situación de indefensión: evento en que no se configura / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Situación de indefensión o inferioridad: concepto / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena: ante la supresión de un agravante

«En relación con el tema que provoca el pronunciamiento oficioso que aquí se adopta, la Corte en diferentes decisiones ha puntualizado la **necesidad de verificar los presupuestos que justifican el incremento de las penas cuando la conducta imputada al procesado está afectada por circunstancias que agravan la sanción**, de manera que se garantice el principio de proporcionalidad y de protección de bienes jurídicos como justificación del daño inherente a la sanción penal, y se asegure, además, la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que

al Estado le corresponde la carga de demostrar los presupuestos de la sanción penal (CSJ Rad. 32173 del 12-05-12, 52394 del 01-10-19, 53596 del 12-08-20).

En tales condiciones - tiene dicho la Corporación - **no basta con que en la acusación y en la sentencia se indique con precisión el fundamento normativo de la circunstancia de agravación. Se exige que, en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación y en los hechos declarados en la sentencia, se incluyan los aspectos que encajan en cada uno de los elementos estructurales de la causal elegida.**

[...]

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

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

[...]

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

En el primer caso, precisó la Fiscalía, por haberse realizado el atentado a través del delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones; **en el segundo**, por indefensión de

la víctima, toda vez que *‘SJ disparó contra la humanidad de EC, en momentos en que éste se encontraba **distraído** dialogando con su esposa y un amigo.’*

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

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

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

La Corte ha precisado que en eventos similares al presente (homicidio ejecutado con armas de fuego de la que se carezca de permiso para su porte), concurren los dos ilícitos, y más todavía, que puede presentarse el concurso de homicidio agravado por el empleo de armas y el porte ilegal del arma. [...].

[...]

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

[...]

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

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

[...]

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

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

aprovechada por el agente para asegurar su cometido.

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

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

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

FA, cuñado del afectado, narró en su testimonio similares circunstancias y dijo también que AS se aproximó y comenzó a disparar contra CE.

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

Al contrario, las declaraciones de los testigos conducen a señalar que **CE y sus acompañantes anticiparon el arribo de SJ** desde cuando lo vieron ascender por las escaleras que llevaban al lugar donde se hallaban, y también el desarrollo de la agresión, como lo evidencia el testimonio de

la víctima quien a la distancia lo vio aproximarse, mantuvo su atención en él hasta que se acercó y le disparó a una distancia aproximada de cuatro metros; de manera que **el ataque no fue inadvertido o sorpresivo**, al menos no para el agredido EC, conforme lo evidencia su relato, en el que informó igualmente las desavenencias forjadas desde algún tiempo con su agresor.

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

esas condiciones **deviene evidente la aplicación indebida por parte de los juzgadores del artículo 104-7 del Código Penal**.

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

(Texto resaltado por la Relatoría)

TESTIMONIO

Testigo: oculto: prohibición

Al resolver una demanda de casación por el delito de homicidio, la Sala analiza la validez del testimonio de una persona que percibió directamente los hechos, pues su testimonio se recibió por teleconferencia y en el momento el testigo aparecía “disfrazado” ocultando sus rasgos físicos. Si bien, se recalca la prohibición de este tipo de testimonios, se logra determinar la plena identificación del testigo y su conocimiento por todas las partes, determinando su legalidad y confirmando la sentencia condenatoria.

SP920-2021 (57230) del 17/03/2021

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS:

En la mañana del 24 de febrero de 2009, SO estaba esperando un bus en [...] cuando fue abordado por CACP, quien le disparó en la cabeza con un arma para cuyo porte no tenía permiso. Inmediatamente después huyó del lugar en una camioneta conducida por HEGS.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba testimonial: tratamiento / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: Concepto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: prerrogativas que lo estructuran

«**Uno de los pilares del sistema de procedimiento criminal establecido en la Ley 906 de 2004 es el derecho de confrontación de la prueba**, establecido expresamente en el artículo 16 de esa codificación («*en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento*») y derivado del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual «*quien sea sindicado tiene derecho a... presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*».

Se trata de una garantía integrante del debido proceso (en general) y del derecho de defensa (en particular) que tiene distintas manifestaciones y se compone de varios elementos estructurales. Así, la Sala

«...ha puntualizado que **respecto de la prueba testimonial cobra especial importancia el derecho a la confrontación**, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que supone: (i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las objeciones a las preguntas y/o las respuestas);

(iii) el derecho a asegurar la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo» .

Por ahora, y en atención a las concretas quejas del censor, resulta relevante referirse más detalladamente a dos de tales garantías; por una parte, la consistente en (i) «**la posibilidad de... interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo**», que comprende «**las prerrogativas del contrainterrogatorio**», incluida la de "cuestionar la credibilidad de los testigos"; por otra, la de (ii) «**estar frente a frente con los testigos de cargo**».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Derecho a la confrontación: normas que lo regulan / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: prerrogativas que lo estructuran / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: derecho de confrontación, alcance / **TESTIMONIO** - Reserva de identidad: Sentencia C - 392 de 2000 no pueden ser objeto de evaluación probatoria / **TESTIGO** - Identificación

«En lo que respecta al primero de los elementos mencionados, la legislación adjetiva contempla distintos mecanismos de orden procesal orientados a lograr su efectiva materialización.

[...]

Ahora, evidente resulta que **la posibilidad de ejercer la confrontación de manera real y efectiva** - no como una simple formalidad incapaz de depurar la prueba - **depende** (especialmente cuando se busca hacerlo cuestionando la persona del testigo y no el contenido de su declaración) **de que la parte contra la cual se aduce conozca su identidad.**

De ahí que, como lo entiende de antaño la jurisprudencia de la Corte Constitucional (proferida en el ámbito de la justicia regional pero aplicable, máxime por la mayor amplitud de las garantías acá reconocidas, al procedimiento que rige las presentes diligencias),

«...cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicado se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del

derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad».

Siguiendo la misma línea de pensamiento, esta Sala sostuvo, en vigencia de la Ley 504 de 1999, que «**los testimonios bajo reserva de identidad... no pueden ser objeto de evaluación probatoria por parte de los funcionarios judiciales en cuanto resultan violatorios de los principios de publicidad del proceso, de la imparcialidad del juez y de la contradicción de la prueba**».

Lo anterior explica que en los estatutos procedimentales expedidos con posterioridad - las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 - **haya desaparecido la figura de los testigos con reserva de identidad**, más aún de cara a los recientes desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el particular:

[...]

Y es que, a no dudarlo, tratándose del testimonio anónimo, la parte contra la cual se aduce queda imposibilitada para explorar aspectos como la capacidad rememorativa o perceptiva del declarante, la eventual existencia de intereses en faltar a la verdad o en incriminarla falazmente o la posible presencia de patrones de mendacidad que enerven la credibilidad de su dicho.

En tal virtud, **ninguna duda cabe en cuanto a que, en el orden nacional actual, la práctica de testimonios anónimos** (entendidos como aquéllos cuya identidad es desconocida para las partes) **es, siempre y en todo caso, inadmisibles**; ello, porque en tales condiciones la confrontación material y sustancial de la prueba - esto es, su confrontación allende un remedo artificial de la garantía - deviene imposible y, en cualquier caso, no existe ninguna previsión legal que autorice una tal limitación del derecho en comento.

Ello, sin embargo, no puede confundirse con una suerte de exigencia legal en cuanto a que todo testigo deba exhibir su cédula de ciudadanía u otro documento como presupuesto ineludible para tenerlo por identificado.

[...]

Y aunque esas posturas jurisprudenciales corresponden al entendimiento de normas de la Ley 600 de 2000, lo cierto es que **la más reciente codificación adjetiva tampoco reclama que la identificación de los testigos se haga**

documentalmente (o de cualquier otra manera predeterminada).

En efecto, el artículo 390 de la Ley 906 de 2004 únicamente prevé que, antes del testimonio y luego del juramento, el Juez pedirá a quien lo rinde «*que se identifique con sus nombres y apellidos y demás generales de ley*», de manera que no aparece indispensable la exhibición de documento alguno.

Así, aunque la presentación de la cédula de ciudadanía constituye, si se quiere, la mejor evidencia de la identidad del testigo, no existe precepto legal alguno que permita tenerla como única evidencia de esa circunstancia, a cuyo conocimiento, por consecuencia, puede llegarse por cualquier medio lícito».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testimonio: a través de audio video (teleconferencia), el testigo está físicamente impedido para comparecer, se configura cuando sufre amenazas en su contra / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: testigo amenazado, medidas de protección, el derecho a la integridad física prevalece sobre el derecho de confrontación

«Ya quedó suficientemente explicado que, **contrario a la comprensión del actor**, la adecuada hermenéutica del artículo 386 de la Ley 906 de 2004 indica que el testimonio puede recabarse telemáticamente no sólo cuando quien debe rendirlo padece una condición médica que le hace imposible desplazarse al despacho, sino también cuando enfrenta alguna situación que le impida concurrir físicamente a declarar (§ 2.2).

Visto lo anterior, surge irrefutable para la Sala que **la existencia de amenazas en perjuicio de un testigo constituye una circunstancia objetiva que justifica y legitima la recepción a distancia de su declaración.**

Ello es lo que inequívocamente se desprende de la interpretación armónica del precitado artículo 386 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 28 de la Resolución 1006 de 27 de marzo de 2016, a cuyo tenor, tratándose del declarante que ha sido amedrentado o constreñido, ha de preferirse «**la realización de teleconferencias**» sobre «**el traslado del beneficiario**».

Desde luego, **el acopio telemático de la declaración produce una tensión entre dos derechos**: de un lado, el que tiene quien declara bajo amenaza a la preservación de su vida e integridad; de otro, el que asiste a la parte contra

la cual se ofrece la prueba de estar «*frente a frente*» con los testigos.

Con todo, ninguna inquietud constitucional o valorativa suscita la solución acogida por el legislador (esto es, la de permitir que se privilegie la integridad del declarante a costa de una limitación del derecho de confrontación de la parte acusada), básicamente porque la afectación de la mencionada garantía que se deriva del uso de medios informáticos en la recepción del testimonio es, como ya se dijo, insustancial.

Es que, se insiste, **la utilización de sistemas de audio y video en la práctica probatoria permite, en un modo muy similar al que se logra con la presencia física del deponente, que las partes observen las maneras, gestos y comportamiento del testigo**, lo confronten (en la acepción común del término) y contrainterroguen».

TESTIGO - Identificación / **TESTIGO** - Identificación: cuando está bajo el programa de protección de testigos / **TESTIGO** - Identificación: cuando se hace por medio de medios audiovisuales

«FR no exhibió su cédula de ciudadanía ni dijo dónde se encontraba cuando rindió testimonio.

Aunque es verdad que el nombrado no presentó su cédula de ciudadanía u otro documento para corroborar su identidad, ya quedó establecido que ello, por sí solo, no merece ningún reproche de validez (§ 2.1).

Lo cierto es que **la identidad del testigo fue suficientemente establecida antes de recibírsele la declaración y todas las partes e intervinientes la conocieron**, incluso desde los comienzos mismos de la investigación.

En efecto, en la sesión del juicio de 12 de abril de 2018, cuando se escuchó a FR a instancias de la Fiscalía, aquél se identificó así:

«...*mi nombre es FR, número de cédula [...]... mi grado de estudio es técnico y en este momento no me encuentro laborando... (nací el) 27 de agosto de 1973... ahora no estoy conviviendo con nadie por seguridad...*».

En la siguiente sesión de la vista pública, cuando fue interrogado por la defensa, hizo lo propio en los siguientes términos:

«...mi nombre es FR, mi número de cédula es [...] de la ciudad de Bogotá, mi grado de instrucción es técnico».

Por su parte, en la carpeta contentiva de las diligencias obraba - desde antes de la vista pública - la plena individualización del deponente, la cual entonces era de conocimiento real o potencial de los acusados y sus representantes.

Así, se tiene que en el informe de primer respondiente elaborado el 24 de febrero de 2009 se consignó lo siguiente:

«Según el señor FR, cc. [...] de [...], 35 años, residente en la [...], tel. [...], cel. [...] o [...], unión libre, grado de escolaridad bachiller, ocupación comerciante, el cual es testigo presencial de los hechos...».

Ese mismo día se le recibió al nombrado una entrevista en la que se consignaron su nombre, documento de identidad y apodo [...], así como su edad [...], fecha de nacimiento [...], profesión (comerciante), estado civil (unión libre), nivel educativo (bachiller y técnico), dirección y teléfono, e incluso su «relación con el victimario» (como «conocido del barrio») y huella dactilar.

Su identificación también reposa en la entrevista que rindió más adelante - el 18 de agosto de 2009 - y en las diligencias de reconocimiento fotográfico en las que participó el 25 de mayo de 2010.

Lo anterior descarta de plano que la prueba en comento corresponda a un testimonio anónimo. Además, visto que los datos personales ofrecidos por FR en el juicio oral coinciden con los recabados en las fases preliminares de las pesquisas y que el contenido de su testimonio concuerda con lo que manifestó en las entrevistas previas, no existe ningún motivo para inferir que se trate de personas distintas o que el primero haya sido suplantado por un tercero en la vista pública.

De igual manera, cualquier sospecha de impostura o sustitución del testigo aparece superada por la intervención de la Fiscal del caso en el juicio, cuando aseguró que la persona cuya declaración se recibió era, en efecto, FR, y explicó que éste se encontraba en un lugar reservado luego de haber sido «trasladado a varias ciudades de este país» en el marco del programa de protección a testigos.

Y aunque el demandante critica simultáneamente que no se estableció el lugar desde el cual FR rindió testimonio - lo cual, admite la Corte, es cierto - ello, además de aparecer irrelevante de cara a la garantía del derecho de defensa (pues no se entiende cómo el conocimiento de esa circunstancia podría incidir en la adecuada confrontación del testimonio), no responde a ninguna exigencia establecida en la Ley.

Tampoco esta irregularidad, entonces, ocurrió».

TESTIMONIO - Oculto: prohibición / **TESTIGO** - Medidas de protección: por parte del Juez, únicamente la expedición de órdenes para proteger su vida e integridad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: estar frente a frente con los testigos de cargo, excepciones / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testimonio: a través de audio video (teleconferencia), el testigo está físicamente impedido para comparecer, se configura cuando sufre amenazas en su contra / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Derecho a la confrontación: no se vulnera, testigo con amenazas contra su vida que comparece disfrazado al juicio, explicación

«**FR atestó disfrazado y de un modo evocativo de la “justicia sin rostro”.**

Según quedó visto (§ 4.1), **le asiste razón al demandante al afirmar que FR declaró portando un disfraz que ocultaba sus rasgos físicos.** Aunque en los registros del juicio no se grabó su imagen, ello fue admitido por la Juez a quo («el testigo efectivamente tiene puestos algunos aditamentos que alteran... ser su imagen real») y por el representante del Ministerio Público («el testigo... tiene un, pues... se le ha alterado su fisionomía... la palabra quizá más adecuada sería “disfrazado”»).

En ese orden, claro aparece que la dinámica con la que se recabó esa declaración corresponde a lo que en algunos ámbitos judiciales se ha calificado como un testimonio oculto, esto es, aquél que «se presta sin ser visto por el acusado».

[...]

Así pues, permitir o facilitar que el deponente comparezca disfrazado constituye una medida de protección por la cual se le cubre para sustraerlo de la vista del enjuiciado o de las partes.

Sin embargo, **aunque aquella herramienta - la de ocultar o disfrazar a quien rinde testimonio**

- **es válida en algunos ordenamientos extranjeros, en el derecho nacional ninguna regla la permite.** Mal podría entenderse que se encuentra comprendida entre las medidas que el artículo 342 de la Ley 906 de 2004 permite tomar al Juez de conocimiento con miras a proteger a los testigos, como que estas, conforme quedó explicado (§ 3.2), no permiten la modificación de las condiciones de práctica de la prueba sino únicamente la expedición de órdenes para proteger su vida e integridad. A pesar de lo anterior, **en este asunto el despacho autorizó que FR se presentase disfrazado** (justamente con el pretexto de que ello era una medida para su protección) **con lo cual la funcionaria interpretó equivocadamente el referido precepto.**

Con todo, **de ese dislate interpretativo no puede afirmarse lesionado el derecho de confrontación** del acusado ni quebrantado, en lo sustancial, el procedimiento de práctica de la prueba. Así se desprende, sin asomo de duda, de la revisión de los registros del juicio oral.

En primer lugar, porque aunque el embozo pudo impedir la observación del semblante del testigo, con ello **no se obstruyó ni la auscultación de su lenguaje corporal** (ademanos con las extremidades, actitud inquieta, etc.) **ni la percepción de los matices verbales de su declaración** (mutismos, pausas en la narración, hesitaciones). En esas condiciones, lo fundamental del derecho a estar en frente de aquél se mantuvo indemne.

De otra parte, porque **la representación judicial de GS tuvo la posibilidad de controlar el interrogatorio adelantado por la Fiscalía y, además, ejerció el conainterrogatorio cabalmente.** En ese cometido, exploró posibles contradicciones e inconsistencias respecto de (i) las condiciones en las que el deponente percibió lo sucedido, (ii) el conocimiento previo que tenía de los enjuiciados, (iii) las circunstancias que le permitieron identificarlos, (iv) los detalles de la realización del delito y (v) lo sucedido en los instantes posteriores a su ejecución. Incluso, se le permitió explorar en directo - sin las

limitaciones técnicas y termáticas del conainterrogatorio - la versión de FR (§ 4).

[...]

De ahí que **el derecho de confrontar la prueba**, especialmente en sus aristas más determinantes - esto es, las que atañen a la posibilidad de controlar el interrogatorio e impugnar la credibilidad o el mérito de los testimonios de cargo - **no sufrió ninguna limitación, menos aún de carácter sustancial**, como consecuencia del yerro cometido por la Juez de primera instancia.

Por otro lado, no sobra enfatizar en que **el mérito suasorio otorgado por las instancias al dicho de FR** no devino de la observación del comportamiento del testigo o de sus gestos y maneras, **sino de la contrastación de sus afirmaciones con otros medios de prueba y de la ponderación de la coherencia global y grado de corroboración de su relato.** Así, el ad quem se refirió, entre otras circunstancias, a (i) la coincidencia entre el dicho del deponente y los resultados de la necropsia; (ii) la constatación de que el homicidio se cometió - como lo afirmó aquél - con un revólver calibre .38; (iii) la acertada descripción que hizo FR de las características físicas del occiso y (iv) la correcta descripción que hizo de los acusados y la consistencia de sus señalamientos desde las diligencias de reconocimiento en fila de personas. En esos razonamientos ninguna incidencia tiene que el nombrado se haya presentado disfrazado, con lo que no se entiende - y el censor tampoco lo explicó - cuál sería la incidencia sustancial que el dislate interpretativo identificado pudo haber tenido en la adjudicación del caso.

La conclusión que antecede necesariamente conduce a la desestimación del único cargo contenido en la demanda, máxime que la Sala no advierte situaciones que hagan necesaria una decisión oficiosa de otra naturaleza».

(Texto resaltado por la Relatoría)

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Juicio de peligrosidad, previsibilidad: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

La Sala de Casación Penal establece la necesidad de un análisis particular para lograr la imputación objetiva en los casos de homicidio preterintencional. Para ello se analiza el elemento “previsibilidad” del resultado final, requerido para imputar la responsabilidad penal. Tras dicho análisis se observa su imposibilidad y por ende se revoca la sentencia y absuelve al procesado, pero modificando la conducta por lesiones y declarando su prescripción ante el vencimiento del término de juzgamiento.

SP352-2021 (52857) del 10/02/2021

Magistrado Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

RESUMEN DE LOS HECHOS:

Aproximadamente a las 10:30 p.m. del 12 de octubre de 2007, en [...], se presentó una riña entre NGMA y GRV. En ese momento, intervino ARV en favor del último, y, con ocasión de ello, MA lo golpeó en el rostro. Como consecuencia del impacto, ARV cayó al piso y quedó inconsciente por un instante, circunstancia por la que fue trasladado a un Centro Médico y, luego, dado de alta.

Al día siguiente, el agredido ingresó a la Clínica de Especialistas de Girardot, donde se le diagnosticó «*traumatismo cerebral focal*», después fue trasladado a la Clínica Calambeo de Ibagué, en la cual, el 14 de ese mes y año, se le practicó una «*craneotomía*», por presentar «*trauma craneoencefálico cerrado severo y hemorragia subdural e intracerebral aguda frontotemporal derecho*». Falleció el 18 de octubre de esa anualidad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

IMPUTACIÓN OBJETIVA - Concepto / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Elementos para su existencia / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Juicio de valor: se concreta en la imputación del comportamiento y del resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Creación del riesgo jurídicamente desaprobado: atribución al resultado

«Al respecto, debe acotarse, como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Sala, que en virtud de lo previsto en el artículo 9° del Código Penal, «(L)a causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado». **Para atribuir responsabilidad penal no es suficiente establecer que una determinada acción u omisión fue la causa de un resultado lesivo**, pues la determinación de la responsabilidad penal descansa no sólo sobre supuestos fácticos o naturales, sino también sobre presupuestos valorativos de contenido jurídico-penal, lo que se ha denominado imputación objetiva. Por lo tanto, **aparte de la causalidad es necesario acudir a criterios adicionales para considerar la imputación al tipo objetivo**, como las que demuestran que la consecuencia lesiva es «*obra suya*», o sea, «*que depende de su comportamiento como ser humano*».

De allí que **en el planteamiento de la teoría de la imputación objetiva la realización del tipo objetivo se cumple cuando el hecho causado por una persona crea un riesgo jurídicamente desaprobado y el mismo se concreta en un resultado determinado, siempre y cuando exista relación de causalidad entre el riesgo creado y el resultado.**

De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, no es suficiente para imputar el resultado al tipo objetivo que un sujeto produzca un riesgo que pueda hacer parte de la **cadena de causalidad** que conduce al resultado; **es necesario**, además, **que ese riesgo** no permitido creado por el autor, y no otro, **sea el que se materialice en ese resultado**. De manera que no procede la imputación si, aunque el sujeto haya originado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado no se produce como concreción de ese peligro, sino sólo en conexión causal con el mismo, como ocurre cuando el resultado es consecuencia de un curso causal imprevisible.

Es por lo anterior que en el presente caso, **para atribuir el resultado a la acción de riesgo que, según se dice, fue emprendida por el acusado NGMA, se debe verificar que el peligro por él originado fue el que se realizó en el resultado**, para lo cual no basta, como se ha dicho, establecer la simple relación de causalidad ontológica, sino que se requiere determinar, valorativamente, la relevancia para el tipo penal del nexo entre la acción y el resultado.

No se remite a duda alguna la relación de causalidad existente entre la acción desaprobada del acusado MA cuando asestó un puño en la cara de ARV, produciéndose la muerte de éste tras el acaecimiento de una serie de circunstancias subsiguientes: su caída al piso, el

contragolpe recibido en su cabeza, la intervención médica y la existencia de una enfermedad de base que lo aquejaba».

IMPUTACIÓN OBJETIVA - Nexo causal entre la conducta de la víctima y el resultado / **IMPUTACIÓN OBJETIVA** - Riesgo no permitido: se configura

«Interrupción del nexo de imputación del resultado:

Teniendo establecido que fue el acusado quien originó un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, se hace necesaria la comprobación de si ese riesgo fue el mismo que se concretó en el resultado o, por el contrario, el resultado fue producto de un riesgo distinto, creado con posterioridad y que no podría ser atribuido al autor.

La imputación al tipo objetivo se excluye cuando, no obstante el peligro para el bien jurídico tutelado, el riesgo creado por el autor carecería de relevancia debido a la irrupción de otro nexo de imputación por la presencia de una circunstancia extraordinaria o por formas de intervención de la víctima en la imputación del resultado lesivo, en la medida en que el resultado final no constituyó su realización, ora porque sólo contribuyó de modo causal-fenomenico a la producción del mismo, ora porque es la víctima quien introdujo un riesgo distinto .

En ese sentido, se plantea en la demanda la imposibilidad de imputar objetivamente el resultado al procesado MA porque, según se sustenta, la muerte de ARV se produjo como concreción de otros cursos causales diversos a la conducta inicial ejecutada por aquel. Se refiere, en primer lugar, a que la víctima padecía una enfermedad de base -hemofilia- y, en segundo lugar, que no obstante la gravedad de la lesión y la enfermedad que lo aquejaba, continuó consumiendo licor después de haber sido dado de alta en su primer ingreso al hospital.

En relación con la posible hemofilia que sufría la víctima RV, debe recordarse que, de acuerdo a lo dictaminado por el médico neurocirujano LAAL, **no existía ninguna evidencia científica que diera cuenta de la presencia de esa patología**, no obstante que se estableció que **padecía plaquetopenia**, discrasia sanguínea que dificultaba el proceso de coagulación y que es compatible con el medicamento antihemorrágico que, según se acreditó, le había sido prescrito.

Dicha condición, sin embargo, a decir del mismo profesional, **no implicó en la víctima la merma en las plaquetas por el hecho de haber consumido licor antes de involucrarse en la reyerta y aún después de su lesión**, porque, según justificó dicho galeno, sólo tendría alguna importancia en caso de que padeciera cirrosis, lo que consideró improbable conforme a los hallazgos obtenidos en su hígado durante la necropsia.

De allí que no podría inferirse que el estado de salud de ARV haya incidido sobre el riesgo creado por la lesión recibida, pues la plaquetopenia -patología que le fue diagnosticada- solo vino a representar un obstáculo para el momento de la cirugía a la que fue sometido por la extensión de su hemorragia, remediado a través de las transfusiones de sangre y hemopreparados que recibió como medida terapéutica, según lo explicó el cirujano JECH, encargado de la intervención.

El perito médico AL fue aún más contundente al atribuir desde el punto de vista neurológico el resultado al trauma recibido por el ofendido, sosteniendo que un impacto de aquella naturaleza -golpe directo y contragolpe- puede desarrollar las lesiones intracraneales observadas, con prescindencia del déficit hemático que padecía la víctima, reconociendo que esa condición médica de RV pudo agravar su situación y precipitar el resultado.

[...]

Es cierto que el nexo de imputación al resultado puede verse superado por la conducta posterior imprudente de la víctima, cuando haya omitido realizar medidas de prevención o de tratamiento indicadas para neutralizar los riesgos derivados de la lesión inicial. Sin embargo, aparte del escueto hecho narrado por ORV, hermano del occiso, sobre que una vez fue dado de alta en el hospital de Melgar entraron a una cantina y tomaron otras cervezas antes de salir para sus casas, ninguno de los profesionales médicos que intervinieron en su tratamiento hace alusión a que ese factor haya tenido alguna incidencia en su fallecimiento. Al respecto, **el perito médico AL, sostuvo que el déficit plaquetario que el occiso padecía no sufrió alteración negativa por la ingesta de licor.**

[...]

Así las cosas, no es acertado sostener que la patología de base que padecía la víctima, así

como su actuación descuidada desplegada con posterioridad a la primera observación médica, tuvieran la connotación de desplazar el riesgo jurídicamente desaprobado creado inicialmente por el acusado y pudieran originar una nueva relación de riesgo que se plasmara en el resultado, como fundamento para excluir su responsabilidad penal».

JUICIO DE PELIGROSIDAD - Previsibilidad: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - Elementos / **PRETERINTENCIÓN** - Estructura y requisitos / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: antecedentes legislativos / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: requiere un análisis ex ante

«Homicidio preterintencional:

La configuración típica del delito de Homicidio preterintencional se encuentra previsto de manera concreta en el artículo 105 del Código Penal (El que preterintencionalmente matare a otro, incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores disminuida de una tercera parte a la mitad) y de manera general en el artículo 24 íbidem (La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente).

De allí se tiene que la conducta se configura como preterintencional cuando el sujeto activo, habiendo dirigido su voluntad conscientemente a la concreción de un resultado típico y antijurídico, produce a la postre otro de la misma naturaleza, pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería.

La preterintención es una figura compleja que tiene una composición mixta de tipicidad dolosa y culposa, en tanto una conducta que en principio se ejecuta con dolo deviene en un resultado típico que pueda atribuirse a la imprudencia del ejecutor, no existiendo coincidencia entre su propósito inicial y el resultado, al ocasionarse un efecto dañoso superior o más grave que en todo caso excede su intención.

Según lo ha sostenido la Sala, **la configuración de la conducta punible preterintencional requiere los siguientes requisitos**: i) una acción dolosamente orientada a la producción de un resultado típico; ii) la verificación de un resultado típico más grave, al que no apuntaba la intención del agente, pero que **era previsible** por él; iii) el

nexo de causalidad entre el uno y otro evento; y, iv) la homogeneidad entre uno y otro resultado o, lo que es igual, la identidad del bien jurídico vulnerado como consecuencia de la progresión criminosa del resultado .

Es importante destacar que cuando el artículo 24 de la Ley 599 de 2000 señala que la conducta es preterintencional si su resultado, siendo previsible, rebasa la intención o referente psíquico del agente, **está descartando toda forma de resultado típico que pueda atribuirse al caso fortuito**, pues éste siempre es imprevisible o inevitable.

Lo anterior es consecuencia de lo normado en el artículo 12 del Código Penal, que establece como característica del hecho punible el principio de culpabilidad, en el sentido de que no pueden imponerse penas sin dolo, culpa o preterintención, y que del ordenamiento jurídico penal colombiano queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva, lo que se traduce en la proscripción de la responsabilidad fundada en el principio versari in re illicita que obliga a responder por cualquier resultado, aun los fortuitos; a su vez, el artículo 9 íbidem señala que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable, advirtiendo perentoriamente que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

[...]

Previo al abordaje del contenido de la previsibilidad, es necesario acotar que, en virtud del principio de responsabilidad subjetiva, **no todo riesgo para el bien jurídico concretado en el resultado es penalmente relevante**, pues sólo lo serán aquellos que pueden ser advertidos por el sujeto activo de la actuación y que corresponden a los que, en una perspectiva ex ante, puede aprehender en el momento de su realización, con la información que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, puede disponer en ese momento. La perspectiva ex ante, como criterio de valoración de la conducta, se determina en atención a lo que se hubiera representado un observador objetivo situado en la posición del autor.

Consecuente con ello, **desde una perspectiva ex ante no es posible sancionar conductas cuyos efectos no se hubieran podido prever por el sujeto activo**. Ese juicio de previsibilidad corresponde, normativamente, a los efectos de la

actuación desplegada, de tal manera que el sujeto pudiera implementar acciones de neutralización o control del riesgo para evitar la afectación de los bienes jurídicos, constituyendo, por lo tanto, el objeto del juicio de previsibilidad el riesgo de causación del resultado disvalioso.

En los delitos de resultado, la exigencia de ese juicio de previsibilidad no responde a una abstracción sino a la concreta afectación de un bien jurídico, lo que impone la exigencia de que, para poderla neutralizar, el sujeto se haya podido representar la concreta peligrosidad de la actuación, lo cual, conforme a la clase de actividad desplegada, corresponde a que estuviera en la posibilidad o en el deber de hacerlo.

Bajo estas reglas **es preciso determinar si el acusado tuvo la posibilidad de advertir las circunstancias en las que se produjo su actuación y el desarrollo del proceso de riesgo hasta la ocurrencia del resultado**, lo que se determina a través del nivel de su conocimiento sobre la peligrosidad concreta de la actuación, que en el caso de la imprudencia consciente alude a la improbabilidad de afectación del bien jurídico con el comportamiento realizado bajo la racional convicción de que el resultado no se producirá en virtud de las propias capacidades de evitación o del mismo desarrollo del proceso de riesgo.

Lo anterior quiere decir que **para configurar la existencia de una conducta imprudente**, adicional al dolo que sirve de base en la estructuración de la preterintención, **el sujeto activo debe por lo menos haber podido prever la situación de riesgo** -en la perspectiva de un hombre medio situado mentalmente en su posición en el momento de realizar la acción y con los conocimientos de la situación que pudiera tener-, sin advertir, por desatención a un deber de cuidado, que el proceso causal iba a desencadenar el resultado. De allí la consideración de la imprudencia como un error de tipo vencible sobre el desarrollo del proceso de riesgo.

Ahora bien, la razonabilidad en la confianza de no producción del resultado demanda probatoriamente, desde la perspectiva del conocimiento del acusado, desentrañar a través de un proceso lógico inductivo, la naturaleza de los actos ejecutados y su valoración, para lo cual deberán tenerse en cuenta, entre otros, aspectos acreditados relativos a la idoneidad del medio

empleado para la lesión, su proporcionalidad en la situación concreta, la región corporal escogida, la situación personal frente al agredido, sus vínculos personales, los móviles en la actuación y demás circunstancias que puedan tener relevancia frente al juicio axiológico de su comportamiento».

PRETERINTENCIÓN - Previsibilidad: requiere un análisis ex ante / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: no era previsible para el autor, que el golpe que diera a la víctima tendría un desenlace fatal / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: no era previsible para el autor la existencia de una enfermedad de base en la víctima / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - No se configura

«[...] en este asunto **se tiene probado que el deceso de ARV se produjo por un shock neurogénico secundario a laceración y contusión cerebral severa producida por mecanismo contundente en cráneo**, lo cual se corresponde con el trauma que recibió cuando se golpeó la cabeza contra la superficie de concreto como consecuencia de haber caído tras el golpe recibido en su rostro por el acusado NGMA.

Concluye la Corte, tras el análisis de la prueba aducida a la actuación, que **ese resultado era imprevisible para el procesado, quien en el contexto de la riña golpeó en el rostro a su oponente**, con la definida intención de causarle un menoscabo en su integridad personal, **no encontrándose en condiciones de representarse en el momento de los hechos las consecuencias que de allí se derivarían**: que el agredido, como derivación del golpe recibido, perdiera su equilibrio y se impactara la parte posterior de su cabeza contra un muro de cemento, en un efecto de contragolpe producido con tal intensidad que condujo a una contusión cerebral, causante de su deceso días después.

Según los mismos testigos presentados por el acusador, ARV intervino en defensa de su hermano G en la riña que este sostenía con el acusado MA, recibiendo un puño en el pómulo izquierdo con tanta fuerza que se cayó de espaldas, perdiendo el conocimiento cuando se golpeó su cabeza, de «*contragolpe*», con un muro de cemento.

Sin duda, la acción que de manera directa generó el severo trauma intracraneano padecido por ARV **no fue el golpe inicial sino aquel movimiento de «contragolpe»** descrito por los

testigos y ratificado pericialmente cuando el médico neurólogo presentado en juicio sostuvo, con criterio científico, que esa fue la causa que desencadenó el grave cuadro neurológico, incontinente a pesar de la intervención quirúrgica.

Esa situación en particular, **resultaba imprevisible para el agresor**, quien, mirado el asunto en perspectiva ex ante, no se podría representar que el puñetazo que le asestó a su rival habría de provocar su caída hacia atrás y, de efecto, golpearse su cabeza en la zona anatómica con mayor vulnerabilidad sobre una superficie dura: el fragor de los sucesos no permitía adelantar un pronóstico de tan fatal desenlace.

El juez ad quem sostiene que con su acción el acusado podía prever que causaría un daño mayor a la víctima *«ya que como consecuencia del puño, aquel podía caer y golpearse su cabeza que es una parte vital del cuerpo humano, como en efecto ocurrió, además, si el ofendido se encontraba de pie cuando fue agredido, la caída fue de una altura mayor»*.

Tal razonamiento es equivocado porque traslada al campo objetivo de la previsibilidad una serie de factores que resultaron inesperados, pues si bien es cierto que de la conducta del acusado se podía anticipar el efecto de la caída -lo que además lo pudo haber deseado-, en las circunstancias concretas no estaba en condiciones de calcular que lo haría sobre su cabeza y golpeándose en el lugar más sensible, mucho menos que pudiera pronosticar los efectos de su actuación considerando el dato de encontrarse de pie la víctima como factor de incremento del riesgo por la caída.

Por lo mismo, no resulta razonable la afirmación de que aunque el golpe asestado con el puño en la cara de la víctima pudo haber sido leve (conclusión extraída del hematoma percibido en la necropsia), el impacto contra el piso fue grave por la fuerza de la caída. **Esa circunstancia tampoco era previsible**, pues no puede habersele exigido al autor un cálculo en torno al influjo de la gravedad en el desplome de la víctima sustentado en su propio peso corporal.

Aparentemente, en el contexto de los acontecimientos, **ninguna desventaja sustancial jugaba en contra de la víctima y sobre la cual el ofensor haya podido prever las consecuencias de su acción**, pues ambos se

encontraban al parecer bajo efectos del licor que habían consumido, se enfrentaron a los golpes sin hacer uso de arma alguna, se encontraban sobre una superficie plana sin presencia de algún accidente espacial que hiciera precaver algún daño adicional ante una caída (unas escaleras, un balcón, etc.) y se hacía evidente en cada uno de ellos su propósito de infligir daño al otro. La diferencia de edad y de contextura no representaba, per se, una notable superioridad para el acusado (el acusado tenía 26 años, la víctima con 51; el acusado medía 1,85 mts., la víctima 1,71; el acusado pesaba 90 kilos, la víctima 70).

Por último, **en la evolución del nexo causal por el riesgo creado se hace relevante la aparición de circunstancias que**, si bien no tuvieron la virtualidad de desplazar el peligro originado por el autor para inhibir la imputación objetiva, como ya se expuso en esta decisión, **podieron elevar el riesgo de producción del resultado o acelerar el mismo**, aspectos que no podían haber sido previstos por el procesado.

Como se ha precisado, **la víctima ARV contaba con una patología de base** consistente en una plaquetopenia, discrasia sanguínea que le impedía a su organismo un adecuado proceso de coagulación, especialmente en la etapa posoperatoria por la reducción plaquetaria, lo que, conforme lo explicaron los médicos tratantes y peritos, fue un **factor que agravó aún más el cuadro clínico que condujo finalmente a la muerte**, aunque no la generó.

Esa condición médica de base, que elevó el riesgo creado por el autor de la conducta, no podía estar al alcance de su conocimiento, por lo que le era por completo imprevisible.

Por lo tanto, estima la Sala que ex ante el supuesto de un hombre medio ideal no habría considerado, conforme a las reglas de la común experiencia, el resultado finalmente producido como un riesgo inherente a la acción inicial. Sin duda que resultaba previsible que como consecuencia del normal forcejeo y del intercambio de golpes se produjeran caídas con consecuencias lesivas para la integridad personal -esa, además, era la intención de los contrincantes frente a sus opositores-; sin embargo, no era posible calcular, en las circunstancias concretas en que sucedieron los hechos, que el peligro de la caída iba a derivar en una cadena de condiciones materiales

infortunadas que culminaría con la muerte de uno de los intervinientes.

En suma, **el resultado de la muerte de ARV fue un resultado imprevisible para el acusado MA, lo que impide atribuirle la comisión de un delito de Homicidio preterintencional, no obstante que su acción inicial estuvo gobernada por el propósito de lesionar.** De esa manera, el resultado desencadenado **solo puede ser entendido como un caso fortuito** que escapa a su responsabilidad penal por ausencia del elemento subjetivo relativo a la conducción de la voluntad».

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO - Se configura un caso fortuito / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: no era previsible para el autor la existencia de una enfermedad de base en la víctima / **PRETERINTENCIÓN** - Previsibilidad: no era previsible para el autor, que el golpe que diera a la víctima tendría un desenlace fatal / **HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL** - No se configura / **PRESCRIPCIÓN** - Lesiones personales

«La muerte de ARV fue el resultado causal de la acción desplegada por el acusado NGMA, quien le propinó un puño en medio de la riña de la que participaban, lo que ocasionó que cayera al piso y se golpeará su cabeza en la región occipital, derivando en una severa lesión intracraneana asociada a deterioro neurológico, lo que obligó a un procedimiento quirúrgico de craneotomía, sin que ello pudiera evitar su deceso.

El comportamiento de la víctima no excluye la imputación objetiva, así como tampoco es posible atribuir el resultado a una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro, como lo reclamó el demandante.

Sin embargo, **se demostró que el riesgo jurídicamente desaprobado, originado en la conducta del procesado MA, no fue el mismo que se concretó en la producción del resultado muerte**, por lo que no le puede ser imputable objetivamente al no estructurarse el delito de Homicidio preterintencional toda vez que, atendidas las circunstancias y condiciones del hecho, el resultado, que excedió la voluntad del autor, no le era previsible, constituyendo un caso fortuito que no le es imputable a su responsabilidad penal, **resultando atípica la conducta objeto de juzgamiento frente al delito por el que fue acusado.**

Como consecuencia de lo anterior, **la conducta se adecúa típicamente al delito de Lesiones, descrito en el artículo 111 del Código Penal**, sobre el cual acaeció la prescripción de la acción penal antes del fallo de segundo grado, por lo que procede casarlo y declarar la nulidad de lo actuado a partir del momento en que sobrevino el fenómeno extintivo, así como la consecuente preclusión de la actuación.

El juzgado de conocimiento deberá librar las comunicaciones de rigor que sean pertinentes».

(Texto resaltado por la Relatoría)

Carlos Alfonso Herrera Díaz
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá