

# EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

## LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL.

*Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra*

### TEMA I

#### HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES. CONEXIDAD. UNIDAD PROCESAL

**“Las lesiones, personales con incapacidades que no sobrepasan los treinta días por mandato de la Ley 23 de 1991 dejaron de ser delito para convertirse en contravenciones especiales asignadas a los Inspectores Penales de Policía (art. 1º ibídem). Ocurredos los hechos en vigencia del mencionado precepto, no podía la jurisdicción ordinaria ocuparse de conductas ilegalmente despojadas de la categoría de delitos sin afectar el factor de competencia legal inherente al debido proceso, y so pretexto de la conexidad existente entre el homicidio y las demás acciones realizadas, porque el artículo 18 del Decreto 800 de 1991 reglamentario de la Ley 23 expresamente advierte que no se conservará la unidad cuando el hecho contravencional concorra con la comisión de un delito.**

(...)

Como quedó establecido en la reseña de los libelos y en el concepto de la Delegada, la identidad que éstos presentan (apenas diferentes en cuanto al nombre de cada recurrente y las fechas de presentación), permite darles también unidad de tratamiento y de respuesta.

1. El cargo de nulidad. Sin duda la Jurisprudencia que evoca la Procuraduría Delegada sobre el tema del no decreto de pruebas y la omisión de su recaudo resuelve en gran medida las inquietudes del libelista, pues a la vez responde con claridad a los dos aspectos planteados:

“Tanto la negativa como la omisión –de pruebas- deben significar: La primera, una forma de obstaculizar el ejercicio de la defensa y, la segunda, una inercia censurable de los jueces. Es necesario, por consiguiente, que tales circunstancias afecten de manera grave y ostensible el derecho de la defensa. Esta exigencia se alcanza si las pruebas que se niegan u omiten son sustanciales porque apuntan a la responsabilidad del procesado para excluirla o atenuarla. No basta afirmar esa dirección de las pruebas no practicadas, es fundamental que emerja de la investigación la probabilidad de que tienen un contenido capaz de modificar favorablemente la situación jurídica del inculpado. Solo sobre bases conocidas en el proceso que revelan esa capacidad transformadora procede alegar la nulidad...” (Sentencia de noviembre 29 de 1984, Magistrado Ponente Dr. Fabio Calderón Botero).

Ninguna relación guarda con los hechos de este proceso el posible testimonio de L.C., pues basta recordar que fue mencionado por E.B. en su declaración cuando a la pregunta del Instructor sobre antecedentes de enemistad entre el occiso, “El Pollo” y “El Ñaño” respondió ignorarlas, pero que según comentario de L.C. refiriéndose al incidente en que resultó herido C.C. un mes antes de ser ultimado en su casa “... había sido Ñaño y lo lesionó en la mano derecha de pegaron tres tiros”. Como puede apreciarse, la versión omitida, relacionada con un hecho distinto, precedente y conocido dentro del expediente, carece de capacidad para mudar sustancialmente el rumbo del proceso.

La negativa del fiscal a recepcionar los testimonios solicitados por el defensor con posterioridad la clausura de la instrucción tampoco tiene el carácter de ostensible vulneración del derecho de defensa, ni el actor lo demuestra en su defecto, dado que los precarios argumentos de la demanda no revelan es incidencia o relación sustancial que presume el actor cuando afirma que con esas declaraciones pretendía demostrar la presencia de los procesados en el lugar distinto al de los hechos y al momento de su ocurrencia. Por lo demás, tratándose de pruebas capitales conforme se insinúa, no se comprende que en la causa la defensa no hubiese insistido en su recaudo, ya que nada impedía que al privar la urgencia del cierre de la instrucción, dándose sus requisitos, durante el juzgamiento se insistiese en su recaudo.

Menos podrían despercibirse las versiones de los encartados quienes dijeron haberse transportado en un taxi para ir en búsqueda de la mujer de ELVIS a eso de las nueve y media de la noche (una hora antes de los hechos y en el sector donde fueron capturados), sin que a partir de ese momento refirieran un encuentro con persona alguna conocida o el tránsito por un lugar distinto del de su aprehensión (aledaño al de los hechos), pues al contrario, al preguntar a T.B. si “En el lugar donde lo dejó el carro” se había encontrado con alguien contestó que “Con ninguno”.

Así las cosas, las declaraciones de A.P., M.N. o H.M., denegadas por el Fiscal podrían referir numerosos acontecimientos en los que participaron los procesados hasta unas horas antes de los hechos, pero ninguno a partir de ese momento y menos en lugar distinto de aquel donde fueron sorprendidos por la policía que coinciden con la dirección señalada por el vecindario como de huida de los agresores y en la coincidente compañía de un herido.

En consecuencia, no demostraba la posible aportación de datos relevantes por los testigos omitidos, carece el cargo de la trascendencia y sustancialidad que demanda la jurisprudencia para que la anulación prospere.

**1. Segundo cargo.** Es evidente el defecto que acusan las demandas cuando a pesar de plantear un falso juicio de legalidad entran a desarrollar al mismo tiempo y respecto de la misma prueba una argumentación propia del falso juicio de convicción, pues como con razón lo califica la Delegada ello constituye “protuberante desatino” que conduce el reproche a su fracaso, siendo reiterativa la jurisprudencia al tener por

“Imposible admitir que, simultáneamente y bajo un mismo cargo, se combinen indiscriminadamente el falso juicio de legalidad y el de convicción, tan distintos. Tan inconciliables que, dándose lo primero, resulta igualmente disparatado considerar una prueba con semejante vicio, y tener que demostrar como fue de torcida, inadecuada o distorsionada su apreciación” (Sentencia del 15 agosto de 1993, Magistrado Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

En esencia, el cargo como proposición que se debe representar en forma adecuada el error planteado para procurar la eficacia de la demanda. Así, al aducir un falso juicio de legalidad el actor debe demostrar la violación que afecta las condiciones esenciales de validez o existencia de la prueba apreciada, sin entrar a discutir el valor que le asignó el juzgador, pues lo que no ha sido legal y válidamente allegado al proceso, mal puede merecer una consideración que oriente el sentido de los fallos: “Toda providencia –dice el artículo 246 del C. P.P.- debe fundarse en prueba legal, regular y oportunamente allegados a la actuación”.

Ahora, si lo que pretendía el censor era demostrar que a la prueba aludida se le dio un alcance que desbordó su contenido, mal podía plantear el desacierto como error de derecho sino como error de hecho por falso juicio de identidad que era el adecuado para controvertir esa deformación objetiva, que a la postre se insinúa.

Peor aún, al censurar el valor otorgado al testimonio de M.C. sin demostrar su trascendencia en la parte resolutive de la sentencia olvidó el casacionista una de las formalidades de la demanda, cual es la demostración del nexo entre el error y la decisión asumida, omisión superable si se hubiese tratado de prueba única, lo que difiere del presente caso donde al testimonio controvertido se suman otros de igual significación, haciendo imperioso precisar dicha incidencia para establecer hasta que punto se afecta la solidez del fallo sin objetar las demás pruebas concurrentes.

Es por ejemplo L.C. madre del occiso y hermana de Isabel quien refiere las distintas actividades de los agresores y la privilegiada situación que le permitió estar ceca de éstos y de los acontecimientos:

“Yo me encontraba en la puerta de la casa hablando con una vecina... cuando llegaron cuatro individuos que los conozco como El Ñaño, el Pollo y los otros dos individuos los reconocí cuando los llevó la patrulla al hospital”.

“...Se metieron a la cocina, que fue donde El Ñaño le hizo dos disparos, después de eso, lo sacó de la cocina y entre un muchacho de camisilla, pantalón beige, le dio la primera puñalada, que fue cuando mi hijo cayó al suelo, enseguida le cayó El Pollo y un muchacho que iba de una

camisa manga larga de bigote de... 1.75 a 1.65 de estatura, le metió otra puñalada y El Ñaño le hizo otros tiros, después de eso lo voltearon y de nuevo le dieron puñaladas...”

“Yo presencié todo, porque estaba encima de ellos evitando el problema...”.

Bajo esas excepcionales circunstancias no tenía dificultad la testigo de reconocer a los capturados poco después de sucedido el hecho. Por su parte el Agente de la Policía M.D., integrante de la patrulla que envió la Central a reconocer el caso cuando acababa de ocurrir, relata como el vecindario les informó que los sindicados se habían ido por la vía de Matanza y que “uno de ellos iba herido en una pierna”, indicaciones que por exactas permitieron la captura de los procesados y su señalamiento casual por parte de la madre del occiso cuando llegó al Hospital la patrulla con los capturados para internar al herido.

Se muestra así sin duda, que a los desaciertos técnicos del cargo se une la fragilidad de los argumentos orientados a mostrar el supuesto yerro en la valoración de uno de los testimonios, cuando para socavar la convicción de los juzgadores basada en número plural de pruebas de similar entidad hace imprescindible enfrentar la totalidad de los elementos de juego involucrados en la decisión pugnada. De nada sirve esforzarse en demostrar una sola de las evidencias si la solidez de los demás pilares de la sentencia la sostienen, al amparo de la doble presunción de acierto y de legalidad de que están revestidas las decisiones judiciales.

Los cargos no prosperan.

**1. Casación oficiosa.** Como lo advierte el Ministerio Público, la Fiscalía y las instancias invadieron la órbita de competencia de los Funcionarios de Policía al aprehender la instrucción y juzgamiento de comportamientos contravencionales, con desconocimiento de normas vigentes sobre el particular. Así, entre otros, las lesiones personales con incapacidad que no sobrepasan los treinta días por mandato de la Ley 23 de 1991 dejaron de ser delito para convertirse en contravenciones especiales asignadas a los Inspectores Penales de Policía (artículo 1º. *Ibidem*).

Ocurridos los hechos en vigencia del mencionado precepto, no podía la jurisdicción ordinaria ocuparse de conductas legalmente despojadas de

la categoría de delitos sin afectar el factor de competencia legal inherente al debido proceso, y so pretexto de la conexidad existente entre el homicidio y las demás acciones realizadas, porque el artículo 18 del Decreto 800 de 1991 reglamentario de la Ley 23 expresamente advierte que no se conservará la unidad cuando el hecho contravencional concorra con la comisión de un delito.

Sin embargo, tratándose de yerro que no afecta la totalidad del diligenciamiento, su solución se encuentra a través de la nulidad parcial para que sea la autoridad competente aquella que asuma y culmine la actuación relacionada con el hecho contravencional.

Por tanto, de conformidad con las previsiones del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, procede la casación parcial y oficiosa de la sentencia que plantea el Ministerio Público a fin de separar de este proceso la investigación relacionada con las lesiones personales imputadas al acusado E.T. con incapacidad que no sobrepasa los treinta días, cuyo conocimiento está atribuido por la ley a las autoridades de policía, manteniendo inmodificable el fallo impugnado en todo lo demás.

Como en razón del delito de lesiones que se le excluye al acusado T.B. se le había incrementado la pena de prisión correspondiente al delito de homicidio por razón del concurso en dos meses de prisión, de ese agregado gravoso se prescindirá, por lo que la sanción definitiva en su caso quedará en 16 años de prisión.

En relación con la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas no será posible realizar la misma reducción en cuanto con la sola consideración del delito de homicidio el ad-quem la había fijado en el máximo de los diez años, reduciéndola de ese modo al límite superior que había impuesto el Juzgado, y sin que sobre él hubiese sido posible un incremento derivado del concurso de hechos punibles, pues de haberlo realizado hubiera transgredido el principio de legalidad de la pena.

Por otra parte, ninguna variación amerita la tasación definitiva de los perjuicios, toda vez que el Tribunal, tanto en la parte motiva como en la resolutive (ordinal quinto), se refirió exclusivamente a los causados con el homicidio, estimados por el *a-quo* en 100 y 2000 gramos oro

(comprensión de los materiales y morales, respectivamente) y reducidos a 50 y 10 gramos oro, tras tener “en cuenta la escasa producción del hoy occiso, que se encontraba en rehabilitación por su adicción a las sustancias estupefacientes”, lo que implica que ya allí se había hecho operante la exclusión de aquellos que el Juzgado había relacionado con las lesiones. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, Acta No. 29, 02-03-95, t. CCXXXVI, p. 332).

## COMENTARIOS

*La ley 23 de 1991, ley de descongestión de despachos judiciales, normatizó el concepto de "contravención especial", asignando su conocimiento, a los Inspectores de Policía en primera instancia; así, 19 conductas punibles que se encontraban descritas en el Dto. 100 de 1980 como delitos, fueron revaluadas criminológicamente al nivel contravencional. Esta normatividad no tocó el aspecto sustancial de la incriminación, tan sólo produce efectos en la radicación de competencias; además, en la mayoría de los casos, la cuantía del objeto material o del beneficio económico obtenido era el factor que determinaba su tratamiento como delito o como "contravención especial".*

*La ley 228 de 1995 amplió el elenco de las llamadas contravenciones especiales, estableciendo que el conocimiento de las infracciones consagradas en ella, en la ley 23 de 1991 y de aquellas sancionadas con pena de arresto por la ley 30 de 1986, conocen en primera instancia los jueces penales o promiscuos municipales del lugar donde se cometió el hecho, o en su defecto, los del municipio más cercano al mismo. Igualmente, dispone que la iniciación del proceso por esas contravenciones requiere querrela de parte, salvo casos de captura en flagrancia en los que se iniciará y adelantará oficiosamente.*

*Con la Ley 599 de 2000 -nuevo ordenamiento sustancial- todos los comportamientos que en virtud de la legislación paralela arriba referenciada adquirieron la calidad de contravenciones, vuelven a su anterior condición de delitos, manteniéndose el requisito de la querrela y la posibilidad de terminación anticipada del proceso. En el Proyecto de 1998 se fundamentó la anterior decisión en que la*

*regulación sustancial en materia de contravenciones especiales, no presentaba ninguna diferencia cuantitativa o cualitativa con los delitos; antes, por el contrario, se podía advertir algunos aspectos más gravosos para el procesado. De otra parte, se adujo que el sistema procesal adoptado en esta materia era esencialmente inquisitivo, "por lo que con una mera expresión gramatical se burlan importantes garantías constitucionales." (Exposición de motivos, Proyecto de Ley N° 40 de 1998, Senado, Gaceta del Congreso, No. 139, p. 5)*

*Modificaciones legales como las reseñadas, en cuanto el legislador cambia alternativamente la denominación de diversas conductas punibles, en cuanto delitos o contravenciones, demuestran el criterio anteriormente emitido según el cual esta clasificación obedece a criterios de política criminal, más que a consideraciones de orden objetivo permanente.*

*En nuestro medio, la variación en el tratamiento de las conductas penalizadas ha correspondido a la implementación de criterios coyunturales de despenalización y desjudicialización, que pretenden tan sólo tratamientos punitivos aparentemente más benignos para el implicado o de descongestión momentánea de los despachos judiciales.*

*En el régimen contravencional expuesto -Ley 23 de 1991-, al concentrarse todo el procedimiento en un funcionario judicial -juez penal municipal- la agilización del trámite fue de carácter temporal, pues aquel, habiéndose desprendido de la etapa de instrucción, trasladada a los Fiscales Delegados por virtud del Código de Procedimiento Penal del mismo año, tenía capacidad para evacuar rápidamente los asuntos contravencionales que le fueron asignados, pero sus despachos se vieron nuevamente congestionados, en la medida en que los procesos con resolución de acusación provenientes del Ente acusador, empezaron a llegar en gran volumen para su juzgamiento.*

*Conducta punibles conexas son las ligadas entre si por un vínculo común objetivo, subjetivo, jurídico, ocasional o de medio a fin. La conexas origina concurso material o ideal.*

*En la conexidad el agente dentro del proceso configurativo de un determinado tipo penal estructura, en forma previa, concomitante o consecucional, uno o varios tipos penales diversos. Se tratará entonces de adecuaciones diversas, autónomas e independientes desde los puntos de vista material y jurídico, que presentan ya no un hilo conductor homogéneo, como en el concurso continuado, sino un ligamen lógico y ontológico, en el primer aspecto de causa-efecto y en el segundo de orden consecucional.*

*Así en el homicidio realizado para la efectiva consumación de un delito de hurto, es decir, causación de la muerte para la realización de la conducta apoderativa, se configuran dos tipos en forma naturalística diferencial; no obstante las dos adecuaciones presentan un vínculo, objetivo y subjetivo que las une estrechamente; en esta hipótesis de medio a fin, o conexión lógica y empírica instrumental.*

*La escuela clásica vio en la conexidad un subespecie de concurso ideal (CARRARA, Francesco, ob. cit., vol. I, infra 66), argumentando que cuando se presentan los vínculos de medio a fin, el agente propone solo una finalidad punible, la incriminación de las dos infracciones en forma independiente darían lugar a sancionar dos veces el elemento intencional o la determinación, dando a estas formas la denominación de delito complejo, luego desarrollada doctrinalmente con disimilitud de caracteres.*

*El tema del concurso tipológico se examina en el juicio de tipicidad formal y objetivamente; y las diferentes formas concursales se han determinado en orden a la punibilidad, una vez derivado el punible integral, por lo cual el fenómeno de la pluralidad o singularidad de determinación no corresponde hacerlo en sede de tipicidad, para con ello fijar la naturaleza del concurso; lo único cierto en el primer momento lógico, es que hay varias acciones, las cuales configuran varios tipos penales, que se encuentran unidas por alguno de los nexos lógicos y ontológicos referidos y por tanto configuran una adecuación típica plural.*

*La conexidad se puede clasificar de la siguiente forma. Conexidad por vínculo de medio a fin en la cual un primer hecho es medio para preparar, facilitar o consumir otro. Esta conexidad genera concurso real con pluralidad de comportamientos y adecuación típica*

*heterogénea; conexidad por vínculo consecuencial en la que un hecho es realizado para asegurar el producto, suprimir la prueba o garantizar la impunidad de otro delito; conexidad por vínculo ocasional, en ella la comisión de un hecho punible ofrece la oportunidad para la comisión de otro, lo cual genera concurso material con unidad o pluralidad de comportamientos y adecuación típica homogénea o heterogénea y, finalmente, la conexidad por vínculo jurídico en virtud de la cual las varias infracciones están ligadas por ficción jurídica; una de ellas se produce en forma material y sensible, la otra se realiza únicamente por especiales valoraciones establecidas en la ley.*

*Como requisitos generales del delito conexo encontramos la necesaria unidad de sujeto activo - un solo agente o varios en coparticipación-, unidad o pluralidad de conductas, pluralidad de adecuaciones típicas, nexo vinculante entre los varios tipos realizados, independencia jurídica o material de cada uno de los hechos típicos realizados y que los varios tipos realizados no se excluyan entre si.*

## TEMA II HOMICIDIO TERRORISTA

**“...Este texto normativo revela que la agravante está constituida no solo por la condición de servidor público o por ostentar las dignidades a los cargos allí relacionados, sino que, además, debe existir una relación de causalidad entre la violación del derecho a la vida y las labores cumplidas por la víctima. Por ello, en tales condiciones, solamente el homicidio cometido contra uno de los personajes enumerados en el precepto que se comenta, cuando el origen del atentado se encuentra en el cargo, la dignidad o el ejercicio de las funciones que cumple el sujeto pasivo, se estructura el homicidio agravado, cuya competencia atribuyó a los jueces regionales el artículo 71.5 del Código Penal, reformado por el artículo 9 de la Ley 81 de 1993...”**

(...)

El presente conflicto de competencia se trabó entre un Juzgado Regional de Cali y el Juez Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, por tal motivo esta Corporación es competente para dirimirlo tal como lo dispone el artículo 68 numeral 5 del Código de Procedimiento Penal.

El proceso fue calificado por un Fiscal Delegado ante los Jueces Regionales con resolución acusatoria, por los delitos de homicidio agravado en persona calificada consagrado en los artículos 323 y 324, numeral 8 del C. Penal modificado por la Ley 40 de 1993, artículos 29 y 30, en concurso material homogéneo y simultáneo con tentativa de Homicidio, marcando con su ejecutoria el final del sumario y dando comienzo al juicio que deberá ser tramitado por el Juez a quien esta Corporación le asigne la competencia.

El Juez Regional ha demostrado su inconformidad en el sentido de que el Homicidio cometido contra el agente de la Policía no fue con el propósito específico de alterar el orden público, sembrar pánico o crear un ambiente de zozobra entre la comunidad con fines terroristas, porque sólo se trató de un homicidio agravado y otro tentado, pero sin la connotación que trae consigo el terrorismo, y el artículo 9º de la Ley 81 de 1993 sólo le atribuye competencia en el homicidio agravado, según el numeral 8 del artículo 324 del Código Penal, en la medida que se cometa con fines terroristas.

Al respecto la Corte en pronunciamiento de 21 de octubre de 1994, con ponencia del Magistrado Edgar Saavedra Rojas dijo:

“...Este texto normativo revela que la agravante está constituida no solo por la condición de servidor público o por ostentar las dignidades a los cargos allí relacionados, sino que, además, debe existir una relación de causalidad entre la violación del derecho a la vida y las labores cumplidas por la víctima. Por ello, en tales condiciones, solamente el homicidio cometido contra uno de los personajes enumerados en el precepto que se comenta, cuando el origen del atentado se encuentra en el cargo, la dignidad o el ejercicio de las funciones que cumple el sujeto pasivo, se estructura el homicidio agravado, cuya competencia atribuyó a los jueces regionales el artículo 71.5 del Código Penal, reformado por el art. 9 de la Ley 81 de 1993...”.

En el caso *sub-judice*, se sabe que el occiso J.V. y uno de los lesionados pertenecía a la Policía Nacional, es decir, era miembro de la fuerza pública. Igualmente, para el momento de los hechos en ejercicio de sus funciones según se desprende de la minuta de vigilancia correspondiente al tercer turno del día 26 de septiembre de 1993 con lugar de ubicación en el No. 108 Santa Mónica (folio 326), de donde se concluye que la causa de la muerte y de la lesión no fue otra que el cumplimiento de la función como servidor de la Policía Nacional en el patrullaje propio de los escuadrones motorizados, porque cuando practicaban una requisa y revisaban una documentación se hizo presente el procesado, quien procedió a disparar contra los uniformados y uno de sus amigos al creer que la policía le iba a decomisar la moto a su compañero.

Así las cosas, en la causa adelantada contra S.V. por los delitos de homicidio en concurso con tentativa de homicidio, se halla demostrada la circunstancia descrita en el numeral 8 del artículo 324 del Código Penal, en consecuencia, esta Corporación decide que el competente para asumir el conocimiento es el Juzgado Regional de Cali. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No. 34, 09-03-95, t. CCXXXVI, p. 397).

## COMENTARIOS

*La legislación proveniente de 1980 realizaba en el numeral 8º del artículo 324 una larga e innecesaria enunciación de sujetos pasivos que generan por su calidad, actividad, funciones, prestigio social, etc. agravación en la punibilidad de la conducta homicida contra ellos. “La casuista y antitécnica enumeración la introdujo la ley 40/93 (art. 30), con el objeto de criminalizar más severamente el magnicidio, el homicidio político, ideológico o con finalidad terrorista”. (PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Manual de Derecho Penal, partes general y especial, p. 587, edición 1999). Por fortuna el nuevo Estatuto restringe en su numeral 9º la referida ejemplificación a las personas con protección internacional o diplomática, diversas de las que son objeto de protección por el Derecho Internacional Humanitario. En desarrollo y aplicación de la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo de Nueva York (12 de febrero de 1971) aprobada mediante la Ley 195 de 1995; así mismo en el numeral la agravante por calificación del sujeto pasivo se restringe a los*

*servidores públicos, periodistas, jueces de paz, dirigentes sindicales, políticos o religiosos.*

*En la exposición de motivos el proponente aceptó, expresamente, los anteriores planteamientos: “El numeral 8º de la Ley 40 de 1993, (léase el numeral 8º del artículo 30 de Ley 40 de 1993, que subrogó integralmente el artículo 324 del Código de 1980) referido a la cualificación del sujeto pasivo teniendo en cuenta específica la posición o cargo que ocupaba la víctima dentro de la sociedad fue eliminado por considerarse innecesario, al señalarse en el numeral 3º del artículo 57 del proyecto como circunstancia de mayor punibilidad la ejecución de la conducta punible inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, la orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima; igualmente resulta discriminatoria al desconocer la existencia de otras personas relevantes igualmente dentro la sociedad, que no son objeto de especial protección.” (Exposición de Motivos, Proyecto de Ley Nº. 40 de 1998, Senado, Gaceta del Congreso Nº. 139, p. 8)*

### TEMA III

#### DOLO. HOMICIDIO

**"La intención es un elemento eminentemente subjetivo, cuya presencia se debe deducir de los factores objetivamente ejecutados, tales como la calidad ofensiva del arma utilizada, la región anatómica interesada, el número de golpes y otros similares. Lo anterior no quiere decir que para concluir que existe una intención homicida deben concurrir todos los factores antes enumerados, es decir que se utilice un arma con capacidad ofensiva, que se afecte una región anatómica altamente vulnerable y que además el golpe se reitere en forma plural, porque cada caso debe ser objeto de análisis del juzgador."**

(...)

El hecho de que la normativa procesal respecto al recurso extraordinario se haya modificado parcialmente y que ahora sea factible la postulación de cargos subsidiarios, y que dentro de ellos, como ocurre en el caso que se estudia, se formule una nulidad, podría llevar a pensar en la necesidad de modificar la inveterada jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que las nulidades planteadas deben ser estudiadas en primer lugar, porque de ser aceptada su existencia, haría innecesario el estudio de las demás. Es así como se podría pensar que existiendo cargos principales y cargos subsidiarios en lógica deberían ser analizados en primer lugar los principales y luego sí los accesorios, pero ello no es así, si entre estos, como ocurre en este caso, se plantea una nulidad, porque así se formule como un cargo subsidiario las consecuencias son las mismas, en el sentido de los demás cargos.

En las condiciones anteriores se procederá inicialmente al estudio de la nulidad, formulada en el tercer cargo subsidiario, tal como lo hizo el Procurador de la Corporación.

El segundo y tercer cargo subsidiarios deben ser analizados en conjunto, porque están tan estrecha y lógicamente unidos como de causa a efecto, y su estudio integrado evita llegar a afirmaciones que no corresponden a la realidad como las que hace nuestro distinguido Colaborador Fiscal, cuando sostiene que el censor si limita a enunciar la nulidad, pero no hace esfuerzos para demostrarla.

La correlación existente entre los dos reproches obedece a que el segundo cargo subsidiario es planteado por la supuesta aplicación indebida de los artículos 323 y 22 del C.P. por cuanto para el impugnante no se trata de un homicidio en grado tentado sino de unas simples lesiones personales. De otra parte, en el tercer cargo subsidiario se plantea la consecuencia procesal de una indebida y errónea calificación, al surgir la incompetencia del funcionario que tramitó el juicio.

Para demostrar la aplicación indebida de las normas que prevén el homicidio tentado, el actor sostiene que tanto la psiquiatría como la psicología han demostrado que delitos inmotivados sólo se dan en los inimputables, puesto que los seres normales siempre actúan con una determinada motivación, resultado claro que su defendido únicamente

tuvo intención de herir para proteger a su esposa, víctima de una agresión, y que ningún beneficio obtenía con la muerte de M.G., pues el inmueble había sido comprado y construido en comunidad no con la ofendida, sino con su esposo BM. concluyendo que “en esas condiciones entonces hubiese buscado la forma de eliminar a su verdadero antagonista M.C. y no a la esposa de éste lo cual n le traería beneficio alguno”.

Más adelante el recurrente argumenta que la intencionalidad no puede deducirse únicamente de la parte anatómica vulnerada, sino que se requieren elementos de juicio de mayor jerarquía, como se afirma en una providencia de la Sala citada por el censor.

Como consecuencia de creer que ha demostrado la errónea calificación jurídica del hecho, en el tercer cargo subsidiario plantea la nulidad por incompetencia. En verdad lo hace de manera esquemática, porque como ya se dijo, considera que en el cargo anterior ha demostrado el error jurídico en la calificación del hecho. Por ello el Procurador de manera muy radical, afirma que el demandante se limita a enunciar la nulidad sin realizar ningún esfuerzo por demostrarla.

Tales disquisiciones significan que se acepten como inválidos los cargos presentados como subsidiarios en segundo y tercer lugar, pues tanto la providencia calificatoria, como las sentencias de primera y de segunda instancia dilucidaron con toda nitidez que el agente había usado un arma idónea y la había utilizado con fuerza y vehemencia sobre una región anatómica vital de la ofendida, ocasionándole una herida que alcanzó a lesionar el corazón y de no haber sido por la oportuna intervención de los médicos es evidente que la muerte se hubiera producido.

En su fervor defensivo por demostrar una conducta normal en su poderdante y no inmotivada, como se pretende, el impugnante dice que éste hubiera podido tener interés en agredir al esposo de M.G., olvidando que este ciudadano también fue herido en el hemitórax derecho, lesión que le ocasionó una incapacidad de doce días y que para fortuna del procesado alcanzó a prescribir, pero ello evidencia que la furia agresiva del procesado se dirigió precisamente contra los comuneros del inmueble que habían comprado y construido conjuntamente.

Que no haya repetido el golpe mortal no quiere decir que su intención hubiera sido únicamente la de lesionar, porque, recuérdese, que el autor además de la agresión estaba pensando en la huida, cuya ejecución inmediata pudo impedirle insistir en los golpes con el arma que empuñaba.

La doctrina y la jurisprudencia han sostenido invariablemente que la intención es un elemento eminentemente subjetivo, cuya presencia se debe deducir de los factores objetivamente ejecutados, tales como la calidad ofensiva del arma utilizada, la región anatómica interesada, el número de golpes y otros similares. Lo anterior no quiere decir que para concluir que existe una intención homicida deben concurrir todos los factores antes enumerados, es decir que se utilice un arma con capacidad ofensiva, que se afecte una región anatómica altamente vulnerable y que además el golpe se reitere de manera plural, porque cada caso debe ser objeto de análisis del juzgador.

En la situación particular que se analiza es evidente que la ofensividad del arma y la forma como fue utilizada sobre el cuerpo de la víctima, llevaron a los juzgadores de instancia a concluir de manera inequívoca y acertada que se encontraban en presencia de un homicidio tentado.

En las condiciones anteriores no se presenta la violación directa de una norma sustancial (arts. 323 y 22) y al no presentarse la errónea calificación es evidente que la alegada nulidad por incompetencia tampoco se da. En tales condiciones se rechazarán las censuras formuladas subsidiariamente en los cargos dos y tres.

En el cargo presentado como principal por una supuesta violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de un error de hecho consistente en la distorsión del testimonio de la ofendida H.G., en verdad le asiste razón al censor, porque no sólo la ofendida, sino su esposo, también lesionado y el testigo J.P. dicen que las lesiones se presentaron cuando todavía la riña persistía, de tal manera que la afirmación contraria implica una distorsión de esas pruebas.

No obstante la veracidad del planteamiento anterior, la pretensión del impugnante no puede prosperar porque la responsabilidad del implicado no se dedujo de ese testimonio; y además cuando se rechazó

el alegado exceso en la defensa se hicieron claras consideraciones respecto a la ausencia de requisitos para aceptar la existencia de la causal de justificación por la falta de necesidad de la reacción y por la desproporción del medio empleado.

En relación con este tema, la sentencia de primera instancia, que como debe recordarse se entiende integrada a la de segunda, con mejor acierto interpreta este momento de los hechos cuando afirma: "...y en razón de haber escuchado Plinio el ruido de la trifulca, sale de su pieza, cuando ya por lo menos estaba apaciguada la riña, y entra, ya sin necesidad, a emplear el arma cortopunzante en un momento en que podía meditar si en verdad su mujer se hallaba en serio peligro de perder la vida o sufrir mengua en su integridad como no sucedió, pues, recuérdese que R.G., padrino de la lesionada 'le había quitado las manos del pelo mío' como ella lo informó".

En las condiciones anteriores el cargo debe ser rechazado.

El segundo cargo principal también se fundamentó en la presunta existencia de una violación indirecta de la ley sustancial por la presencia de un error de hecho por tergiversación y distorsión de la prueba indiciaria, cometido por el Tribunal al creer la versión dada por el procesado sobre la fuga y tomarla como un indicio en su contra por haber abandonado el lugar de los hechos, dejando a su familia en peligro, precisamente entre sus agresores.

En este aspecto la sala comparte el criterio del Procurador Delegado, cuando expresa que se trata de una personal forma de interpretar la prueba, porque mientras los juzgadores toman la huida como un indicio de responsabilidad, el censor en su ánimo defensivo, sostiene que ha debido interpretarse el comportamiento del procesado entendiendo que al saberse excedido en la defensa de su esposa, decidió abandonar el lugar de los hechos para evitar una reacción agresiva de más graves consecuencias.

Es bien curiosa, la situación que se plantea en este caso, porque el procesado siempre se manifestó totalmente ajeno a los hechos; a pesar de ello, su defensor siempre pretendió el reconocimiento de un exceso de la legítima defensa; y no obstante que el sentenciado insistió en alegar que había huido por temor a que lo fueran a matar, lo cierto es

que confiere poder el 6 de agosto de 1987, cuatro días antes de que se hubiera abierto proceso penal.

Si M. no fue el agresor, de qué huía; y si nada debía, cuál la razón para otorgar un poder a un abogado para que lo defendiera?

Como se ve, se trata simplemente de variantes interpretativas respecto a un hecho indiciario, que evidentemente, como de manera reiterada lo ha reconocido esta Corporación, no constituye, ni puede constituir un error de hecho.

En las condiciones anteriores se rechazará el cargo formulado en segundo lugar.

En el primer cargo subsidiario el casacionista planteó la existencia de una presunta violación directa de la ley sustancial, al considerar que se inaplicó el inciso segundo del artículo 254 del C. de P.P. anterior que dispone: “El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Por igual, estima violado el numeral 4 del artículo 180 en cuanto dispone que en la sentencia se dará la valoración jurídica de las pruebas en que de fundarse la decisión, de donde el censor concluye una falta de motivación de la sentencia.

En este cargo la demanda presenta un yerro técnico, porque si se trata de una sentencia inmotivada la causal escogida ha debido de ser la nulidad del numeral 2 del artículo 304 del C. P.P por: “La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”; pero planteando una presunta violación directa, termina argumentando para el reconocimiento de una nulidad.

Es de advertir que además del error técnico, no le asiste la razón al impugnante, porque si bien es cierto que las pruebas que tengan incidencia en la demostración del hecho y sus circunstancias, de la autoría y la responsabilidad deben ser analizadas en la decisión judicial, también lo es que la norma que pregona como presuntamente inaplicada en su inciso segundo, dispone prioritariamente en el primero, no mencionado por el impugnante que: “Las pruebas deberán

ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

Aparentemente el aserto anterior constituye una contradicción, pero no es así, porque el juez debe hacer un análisis de todas las pruebas que son relevantes para las cuestiones que van a ser objeto de decisión y por ese motivo configura un error de hecho no apreciar una prueba existente y legalmente producida en el proceso. Sin embargo, la decisión final de responsabilidad, surge de un análisis conjunto de todo el acervo probatorio; sin que se pueda calificar como un error del juzgador que no individualice el valor que le asigna a rosas y cada una de las pruebas.

En el caso particular que es motivo de análisis, en las instancias, los juzgadores de manera razonada expusieron los criterios que les llevaron a darle credibilidad a determinados medios testimoniales y a rechazar la de otros, para deducir la responsabilidad del procesado, como conclusión final proporcionada por el acervo probatorio en su conjunto.

No existe, en consecuencia, tal como lo pregona e Procurador Delegado, la predicada violación de la ley y por tal razón debe rechazarse el cargo formulado como violación directa de la misma. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas, Acta No 055, 19-05-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p. 108).

## COMENTARIOS

*La modalidad tentada queda estructurada con el lleno de los siguientes requisitos generales: intención de realizar un hecho punible determinado, comienzo de ejecución del hecho, medios idóneos y aptos para su realización, no perfeccionamiento por causas ajenas a la voluntad del agente.*

*En oposición a los tipos de resultado, como lo es el homicidio, no admiten la tentativa los tipos penales de mera conducta y ejecución instantánea, ya que lo fundamental en esta institución penal es la posibilidad de análisis de las etapas de ejecución y perfeccionamiento de punible. Por la referida característica esencial-material de la*

*tentativa tampoco puede derivarse frente a los delitos culposos, ya que se exige la clara intención (dolo de propósito) de ejecutar la acción típica y que además tal actitud haya tenido manifestación externa. Si bien es cierto puede haber interrupción del proceso físico de la acción culposa, tal hipótesis se deberá denominar de acuerdo con el moderno dogmatismo delito culposo interrumpido o si se quiere frustrado, pero nunca delito tentado.*

*Debemos anotar la clasificación normativista de la tentativa que incluye a cabalidad sus hipótesis de estructuración: tentativa por falta involuntaria de consumación, tentativa por inidoneidad de los medios utilizados, tentativa por inexistencia del sujeto pasivo: fue eliminada del Código Penal de 1980, por considerarsela como una clara muestra de responsabilidad objetiva, de raigambre peligrosista y tentativa por arrepentimiento eficaz del agente o desistimiento. Se ha estructurado la dogmáticamente llamada tentativa acabada en cuanto se han ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del hecho propuesto como fin por el agente, pero este no se realiza por circunstancias ajenas a su voluntad, la cual se llamó también delito frustrado, en denominación inexacta que definía positivamente el artículo 57 del Código de 1936; en oposición a la tentativa inacabada, que se presenta cuando tan solo se ha dado comienzo a la actividad ejecutiva de una infracción, pero su perfeccionamiento no se produjo por causas ajenas a la voluntad del agente.*

*Es de aclarar que el legislador de 1980 concibió, en adopción normativa reiterada por el nuevo Estatuto, las dos figuras de tentativa mencionadas como equivalentes en sentido normativo -preceptividad- y punitivo -graduación de pena-; ambas al unísono exigen el comienzo de ejecución y la idoneidad de la acción y en la dos el resultado propuesto no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.*

*Para imputar la acción a nivel de tentativa, es necesario que se haya colocado en riesgo al grupo social ante la claridad del delito propuesto por el agente en sus aspectos fácticos e intencionales; ese riesgo hace las veces de daño y la conducta se ha de tener como infracción, aunque falte el resultado exigido por el tipo para su*

*perfecta estructuración punible; todos los restantes elementos dogmáticos deben adicionalmente quedar estructurados.*

*En el hecho se ha de advertir el "disvalor de la acción" aunque no se observe el "disvalor del resultado". El agente ha exteriorizado la voluntad de producir la ofensa propia de un delito y por ello se debe producir reacción defensiva social.*

*El iter criminis puede estar constituido por un solo acto material o por una pluralidad de movimientos corporales y posiciones mentales. Sin duda la finalidad inicial puede ser prácticamente irrelevante: realizar el cobro de una deuda, con lo que observamos en el proceso una singularidad del comportamiento: disparo de arma de fuego sobre una persona; sabido es que el proceso delictual puede contraerse al mínimo en los actos de preparación y ejecución y casi llegar a consolidarse en un solo acto o extenderse en el tiempo en los actos de preparación y ejecución. La contracción cronológica del iter llegó a un mínimo casi instantáneo en conjunción con la acción homicida. Para la aplicación práctica de la tentativa se ha de aceptar que todos los delitos requieren para su ejecución un proceso más o menos extendido en el tiempo, con lo cual puede interrumpirse sin que se produzca el perfeccionamiento, haciendo la excepción de los llamados tipos de ejecución instantánea.*

*El código penal vigente (art. 27) prevé que la punibilidad en la tentativa se da a partir del comienzo de los actos ejecutivos. Entendiendo por actos de ejecución los que en su desarrollo tienen el alcance de invadir en forma manifiesta la esfera de protección y/o ejercicio del sujeto pasivo, con lo cual marcan el comienzo de la lesión al bien jurídico tutelado.*

*El verbo determinador simple utilizado por la descripción básica del delito de lesiones personales, indica la necesaria presencia del nexo de causalidad entre la acción desarrollada y el daño inferido objetivamente. Es irrelevante el surgimiento de concausas, basta la idoneidad de la conducta en vista al evento producido. Si la lesión causada sufrida no tiene relación ninguna de causalidad con la actividad del sujeto activo no puede hablarse de delito de lesiones personales.*

*La lesión -daño- se entiende como perjuicio o perturbación; es dejar perder, menguar o resquebrajar algo. Para el caso el daño ha de consistido en una perturbación física en el cuerpo y la salud del sujeto pasivo. Lesión es aquel menoscabo de la salud o la integridad corporal, lo opuesto a la salud es la enfermedad y lo contrario a la integridad física es la falta o disfuncionalidad de un miembro u órgano; están incluidas dentro del concepto las enfermedades físicas, los defectos que provengan de ellas y la pérdida de una parte de la sustancia corporal.*

*El objeto material es personal. Es el sujeto en quien se produce un resultado lesivo para su integridad personal; en sentido específico la acción recae sobre el cuerpo o la salud. El cuerpo es la materia orgánica que conforma una unidad funcional, la cual se concreta en la unidad fisiológica del organismo. El cuerpo humano está constituido por todos sus miembros orgánicos y anatómicos, así como por su disposición armónica. La salud humana es el estado de un organismo exento de enfermedades. El análisis objetivo del tipo está culminado para la presente infracción el cual se estructura cabalmente con la producción del resultado exigido.*

*El elemento subjetivo exige dolo de lesión y no dolo de muerte; al tiempo que el resultado ha sido el daño sobre la integridad personal de la víctima y no fue su muerte; de lo contrario si podríamos predicar el homicidio tentado o preterintencional respectivamente. La traza comportamental puede manifestar la irrelevancia de la finalidad del agente.*

#### TEMA IV HOMICIDIO CULPOSO. PRESCRIPCIÓN

**"El delito de homicidio culposo está sancionado en el artículo 329 con pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, y multa de un mil a diez mil pesos y suspensión de uno a cinco años en el ejercicio de la profesión, arte u oficio, lo que implica que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 80 del estatuto punitivo, la acción penal por esta conducta ilícita prescribe en el lapso de seis (6) años. Sin embargo el término prescriptivo de la acción se interrumpe con la**

**ejecutoria del "auto de proceder" o su equivalente (art. 84 C. P.), para reiniciarse a contar por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 80, que no podrá ser inferior a cinco años." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas, Acta No 73, 06-07-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII, p. 61).**

Razón les asiste al libelista y al Procurador Tercero Delegado en lo Penal para cuestionar la validez de la sentencia, en la cual se le dedujo responsabilidad penal al procesado J. A., como autor del delito de Homicidio Culposo. Ello obedece a que, al momento de haberse proferido la sentencia de segunda instancia, la acción penal había prescrito.

En efecto, el delito de homicidio culposo está sancionado en el artículo 329 con pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, y multa de un mil a diez mil pesos y suspensión de uno a cinco años en el ejercicio de la profesión, arte u oficio, lo que implica que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 80 del Estatuto Punitivo, la acción penal por esta conducta ilícita prescribe en el lapso de seis (6) años.

Sin embargo, el término prescriptivo de la acción se interrumpe con la ejecutoria del "auto de proceder" o su equivalente (art. 84 C.P.), para reiniciarse a contar por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 80, que no podrá ser inferior a cinco años.

Los hechos objeto de la investigación ocurrieron el día quince (15) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986), el mérito del sumario fue calificado por el Juzgado Primero Superior de ..., el treinta y uno de julio (31) de mil novecientos ochenta y siete (1987) con un auto de llamamiento a juicio, habiéndosele notificado al procesado el veinte de agosto del citado año.

Dentro del término legal el defensor del procesado interpuso el recurso de apelación contra el pliego de cargos, el cual fue confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué con pronunciamiento que lleva fecha del diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete

(1987), habiendo quedado ejecutoriado el anterior proveído el día 26 de noviembre del mismo año, tal como obra a folio 373 Vto.

Tramitado el período del juicio, la sentencia de primera instancia fue proferida por el Juzgado Penal del Circuito de ... (Tol.) el día quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Apelada que fuera la anterior decisión, el Tribunal al desatar el recurso interpuesto concluyó con la confirmación parcial de la condena con pronunciamiento que lleva fecha del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), habiéndose notificado a los sujetos procesales por edicto, el 28 de febrero siguiente y quedado en firme el día 30 de marzo del mismo año (Folio 19 C. Del Tribunal).

Así las cosas, cuando fue proferida la sentencia de segunda instancia, ya la facultad punitiva del Estado se había extinguido, por cuanto ésta fenecía el día diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Por lo anterior, no queda otra posibilidad que la de declarar la extinción de la acción penal por la conducta por la cual se llegó a dictar sentencia condenatoria contra J.A. por el delito de Homicidio Culposo, disponiendo la invalidación de las sentencias proferidas en esta actuación. Así mismo, se ordenará la libertad inmediata del sentenciado, sin someterlo a compromiso ni caución alguna, por cuanto la acción se ha extinguido.

No puede esta Corporación dejar pasar por alto que la mora de los funcionarios que conocieron de la actuación en la etapa de juzgamiento fue la que ocasionó la prescripción de la acción penal, razón por la cual se ordena que por Secretaría se compulsen las copias pertinentes con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, para que se investigue la posible falta en que estos pudieron incurrir. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 6-6-1994. Magistrado Ponente doctor. Edgar Saavedra Rojas. Gaceta Judicial N° 2472, Pág. 64)

COMENTARIOS

*La prescripción de la acción se funda en razones de índole criminológica: el paso del tiempo minimiza los perjuicios causados por la realización del hecho punible y hace que los fines de la acción penal sean inalcanzables. Se extingue la acción penal, por el transcurso de un término equivalente al máximo de la pena imponible, con un límite mínimo de cinco años y máximo de veinte (art. 83 C.P.), salvo en lo referente a los denominados términos específicos de prescripción de la acción (Id. incisos 2, 3, 4, 5, 6 y 7)*

*En consideración a la naturaleza específica de la conducta, de la pena prevista para ella en el Ordenamiento, a algunas calidades especiales del sujeto activo y al lugar de comisión, los términos de prescripción pueden variar o ser señalados de manera expresa por la ley. No obstante cuando el término de prescripción se aumenta, nunca puede exceder el límite máximo de veinte años (Id. inc. 7). Para los delitos que no tienen pena privativa de la libertad el término de prescripción es de cinco años (Id. inc. 3). Para los delitos iniciados y consumados en el exterior se aumenta en la mitad el término ordinario de prescripción (Id. inc. 6). El término de prescripción para los delitos cometidos por servidor público, en ejercicio de su cargo o con ocasión de sus funciones, se aumenta en una tercera parte (Id. inc. 5). Dada la consideración legislativa de la extrema gravedad de las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, su término de prescripción se incrementa a treinta años; única hipótesis excepcional en la que, por expresa disposición, el término prescriptivo de la acción puede superar el máximo genérico de veinte años (Id. inc. 2).*

*El término de prescripción comienza a contarse desde el momento de la consumación del hecho en los delitos de ejecución instantánea; y, desde la ejecución del último acto en los delitos permanentes y en la tentativa (art. 84 inc. 1 y 2 C.P.). En todas las formas punibles omisivas el término prescriptivo de la acción se inicia a contar desde el momento en que cese el deber legal de actuación (Id. inc. 3). En los casos de concurso, conexidad o acumulación de varios delitos en un solo proceso, el término de prescripción corre independiente para cada uno de ellos (art. Id. Inc. 4).*

*La prescripción de la acción penal puede ser renunciada por el procesado (art. 85 C.P.).*

*Esta facultad se encuentra limitada normativamente, cuando se prescribe en el inc. 2º Id. que no obstante la renuncia, ésta no tendrá efectos, si transcurridos dos años desde el cumplimiento del término extintivo, no se ha proferido decisión definitiva, vale decir sentencia ejecutoriada, absolutoria o condenatoria, momento en el cual deberá decretarse irremediabilmente la extinción de la acción. El Estatuto procesal proveniente de 1991 desarrolló en el artículo 42 este fenómeno limitando la facultad de renuncia hasta la ejecutoria de la providencia que la declara, en norma reiterada integralmente por el artículo 44 de la Ley 600 de 2000. La resolución de acusación ejecutoriada o su equivalente, interrumpe la prescripción de la acción penal; con la ejecutoria de dicha providencia comienza a correr un nuevo término, por un lapso equivalente a la mitad del inicial que no puede ser inferior a cinco años ni superior a diez (art. 86 C.P.).*

## TEMA V HOMICIDIO AGRAVADO

1.1. En desarrollo del principio de prioridad, se ocupará la Sala de la sugerencia del Ministerio Público para que se anule oficiosamente la sentencia por falta de motivación de la circunstancia de agravación genérica deducida por el Tribunal pues de prosperar resultaría inútil, por sustracción de materia, entrar a analizar la demanda.

1.2. Dice el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que el Tribunal al deducir la circunstancia genérica de agravación punitiva prevista en el numeral 3º. del artículo 66 del C.P. violó el debido por eso, pues ninguna motivación expuso para justificar su aplicación advirtiendo, que el solo enunciado de la norma por aplicar no puede tenerse como debida motivación por ser apenas “una conclusión, que debe estar precedida de las razones motivantes y justificativas para que pueda ser valorada, compartiéndose o refutándose por los sujetos procesales”. Pide, en consecuencia, se anule parcialmente el fallo y se proceda a dictar el sustitutivo de rigor.

1.3. No le asiste razón a la Delegada en su planteamiento, pues examinado el proceso encuentra en la Sala que la susodicha circunstancia no solamente la dedujo el Tribunal, sino que lo fue

inicialmente por el Juzgado *a quo* y con la motivación suficiente, lo que deja sin piso la observación hecha. En efecto:

En sentencia de marzo 16 de 1993, el Juzgado 30. penal del Circuito del Quibdó condenó al procesado M. M. a la pena principal de 17 años de prisión por hallarlo responsable de delito de homicidio agravado “conforme a la circunstancias agravantes previstas en el numeral 7 del artículo 324 del C. Penal”. (folio 170 C.l.) determinación que al ser revisada por el Tribunal por vía de apelación que anulada con el siguiente argumento: “Examina la sentencia, estima la Sala que a ella concurren factores que obligan a declarar su nulidad, en virtud de la existencia de las causales 2a. y 3a. del artículo 304 del C. de P.P., que informan en su orden : De, la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y la violación de derecho de defensa”.

“Pues es bien evidente, que existe incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia toda vez que la primera decisión elevó pliego de reproches a M.M. por el punible HOMICIDIO AGRAVADO, habida consideración del ordinal 10. del artículo 324 del C.P., en tanto que el fallo no se atribuye a lo previsto en el ordinal 70. del mismo precepto que es bien distinto” (fol 179 C.l.).

Regresado el proceso, el *a quo* analiza el modo como se desarrollaron los acontecimientos que dificultaron la defensa de la víctima y ponen de relieve la insensibilidad moral del procesado, de la siguiente manera.

“Obsérvese como M.M. llega a la casa de propiedad de M.B. y es donde en una de sus habitaciones pernoctara D.R. el día de los hechos; se presenta el procesado de marras en esta casa de habitación casi que subrepticia (sic), pues ninguno de los moradores del inmueble en mención puedo percatarse de la presencia de este individuo en dicho lugar, enterándose sólo cuando éste en forma estrepitosa pretendía ausentarse del lugar del crimen.

“Este proceder nos permite inferir que M.M., había ideado con suficiente frialdad y detenimiento los pasos a seguir cuales eran ultimar a las tantas veces mencionada testigo para luego abandonar (sic) dicho lugar sin ser visto por ningún testigo; no de otra manera

podemos explicarnos su presencia en la prealudida casa de habitación en forma sigilosa, sin ser visto por los dueños y habitantes de la residencia; esta aseveración no resulta caprichosa sino antes por el contrario va tomando cuerpo y forma, con base en los indicios analizados, los cuales son autónomos, conexos y concordantes y nos llevan de manera inequívoca a la certeza del hecho investigado”(fol. 195 C.I)

Más adelante y en claro acatamiento a lo dispuesto por el Tribunal, el Juzgado reconoce que lo prevenido en el numeral 7o. del arto. 324 de inferioridad, o aprovechándose de esa situación, se ha dado en el proceso -“se hace evidente, dice-, pero si embargo no es posible deducírselo como tal, pues ya el Tribunal así lo dijo, y sin mencionar expresamente el artículo 66 numeral 3o. -que señala como circunstancia genérica de agravación punitiva “el tiempo y el lugar... o el modo de ejecución del hecho, cuando haya dificultado la defensa del ofendido...”-, mantuvo incremento de un año que había reducido en la ocasión anterior, con el siguiente razonamiento: “Con su comportamiento M.M. violó el artículo 323 en armonía con el 324 del C. Penal, punible que recibe el *nomen juris* de HOMICIDIO AGRAVADO, delito para el cual se fija una sanción de dieciseis a treinta años. La pena que se impondrá a M.M. por concurrir la circunstancia agravante preanotada

Será la de diecisiete (17) años, como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO de que hiciera víctima D.R. (fol 202 C.I.). La negrilla de texto, de donde se deduce sin mayor esfuerzo que ( la circunstancia agravante preanotada” en que se apoya para incrementar el mínimo fijado en la ley y que el propio funcionario reconoce expresamente que es de dieciséis años es la señalada en el numeral 3º del artículo 66 del C.P., sin que de las circunstancias de no haber sido eficientemente claro en su redacción y el omitir señalar expresamente la norma, pueda inferirse que deba negarse la motivación que al respecto conociera para imponerla. Sostener lo contrario es mantener el culto al normalismo, proscrito hoy por disposición expresa del artículo 228 de la Carta Política).

Ahora, sabido es que el papel de la segunda instancia al revisar un punto específico por vía de la apelación no solamente se circunscribe a revocarlo o confirmarlo, sino también a adicionarlo o

complementarlo dentro de las limitaciones fijadas por la Constitución y la ley; luego, expresado el Tribunal al revisar tal sentencia citó el numeral 3º del artículo 66 de C.P. y afirmó que la conducta del procesado “encuentra a las circunstancias allí indicadas como se ha probado y demostrado en autos y circunstancias de agravación punitiva)”, no estaba haciendo cosa diferente a prohijar el análisis probatorio que al respecto hiciera *el a quo* para deducir tal agravante sin mencionar expresamente la norma que lo contiene y para complementarlo, la citó en ejercicio pleno de su competencia, quedando de esta manera, por el principio de integración debidamente motivada la agravación, y legalmente deducida. Adviértase que ya desde el pliego de cargos al referir los hechos la justicia habló de la forma como penetró el homicida al cuarto donde la obitada dormía cuando fue atacada y que la causa de la muerte fue el no haber querido esta regresar a convivir con el procesado debido a los malos tratos que este le había inferido, lo cual encuadra perfectamente en la norma que finalmente se le dedujo, así tampoco se hubiese mencionado expresamente en aquella oportunidad. No hay lugar, pues, a anular la actuación base en la razón aducida por la Delegada.

(...)

2.1. Según el casacionista, la sentencia incurrió en una incongruencia al hallar responsable al procesado de una circunstancia genérica y agravación punitiva que no le fue deducida en la resolución de acusación.

En sus palabras, la calificación jurídica lo fue por el delito de homicidio agravado por el numeral primero del artículo 324 del C.P. No obstante al revisar el Tribunal la sentencia condenatoria, revocó la aplicación de tipo agravado, por no contemplar nuestra legislación penal como circunstancia calificante la muerte causada a la persona como la que se hace vida marital. En cambio, se le adicionó la contenida en el numeral 3º del artículo 66 de la misma obra.

2.2. En principio podría asistirle razón al impugnante pues, en apariencia se podría observar una discordancia entre el pliego de cargos que no contemplan la agravante genérica en comento y la sentencia recurrida que sí la tuvo en cuenta. No obstante, (sobre el

punto, en varias ocasiones la Sala –por mayoría ha expresado- que como quiera que esta especie de agravantes tan solo tienen que ver con la punibilidad pueden perfectamente ser incorporadas en el fallo. No así las específicas, pues ellas sirven para realizar en debida forma no solo el proceso de adecuación típica sino también la medida punitiva que corresponde al juicio personal de reproche).

Un reciente pronunciamiento, así lo aclaró:

“... la no inclusión de circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva en la providencia enjuiciatoria (auto de proceder o resolución acusatoria) no genera irregularidad sustancial que afecte el debido proceso porque ella constituye, no el único, sino uno de los varios criterios dosificadores de la pena conforme el artículo 61 del C.P. los cuales solo deben ser examinados por el juez en la sentencia de condena para determinar el monto de la pena, dentro de los límites mínimo y máximo establecidos en la disposición violada.

No sucede lo mismo con las circunstancias específicas de agravación, pues en relación con ellas es indispensable que el juez las consigne en la resolución de acusación porque ellas tienen la virtualidad de integrar o modificar instantáneamente el tipo penal y es por ello no sólo conveniente sino necesario que el procesado las conozca para que pueda ejecutar adecuadamente su defensa.

En cambio, como ya se anotará, las circunstancias genéricas de agravación o atenuación que pueden ser comunes a todos los tipos penales y por tanto sólo inciden en la dosimetría de la pena pertenecen a la órbita de apreciación del juzgador en el momento de dictar sentencia”. (Cas. Julio 1º/92, M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas.

No es distinto el caso de la especie. Como ya se anotó, aunque es cierto que en la resolución de acusación no se le dedujo la agravante genérica en referencia, le era permitido al fallador hacerlo en sentencia, dado que ella sirve únicamente como un de los criterios para establecer el monto de la pena. Por este aspecto, ninguna tacha le cabe a esta decisión correspondiente.

No prospera el reproche.

### 3.La casación oficiosa

3.1. Observa, en cambio la sala dos irregularidades de fondo que ameritan la anulación parcial del fallo a las cuales sí no hizo referencia alguna la Delegada, a saber:

a) Cuando el fallador de primera instancia se ocupó de la pena accesoria que correspondía imponer al sentenciado, dijo: “como penas accesorias se condenará a M.M., a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de 8 años ...” (fol. 202 C.I.) por su parte, el tribunal guardó absoluto silencio al respecto en la parte motiva de su fallo al dejar la pena privativa de la libertad reducida a doce (12) años limitándose a decir en parte resolutive “Déjase en firme los otros mandamientos del referido fallo” (fol. 226 C.I.), con el cual ha de entenderse que prohibió los ocho años de pena accesoria impuestos por el *a quo* y con ello, que ambas instancias desconocieron abiertamente el mandato legal contenido en el artículo 52 del C.P. que dice en lo pertinente. “La pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal ...” precepto que si bien implica la deducción inexorable de esta pena a la de prisión que se imponga, ha de entenderse sistemáticamente que lo es con las limitaciones referidas en el artículo 44 *ibídem* sobre el máximo de duración de las penas como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la sala.

Como el comportamiento de las instancias es violatorio del principio de legalidad y este no se opone a la prohibición constitucional del artículo 31, como igualmente lo ha reiterado esta Corporación, se impone el restablecimiento del imperio de la ley por disposición expresa del artículo 230 de la Carta y, en consecuencia, se debe casar parcialmente el fallo para su fundamento en los artículos 228 y 229-1 del C. P.P., imponerle al procesado la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) años.

b) De la misma manera observa la Sala que cuando el *a quo* dosificó la pena principal partió del mínimo incrementándola en un año por razón de la circunstancia de agravación genérica punitiva ya mencionada y que la determinación fue apelada por el procesado, siendo éste único recurrente.

No podía el tribunal, por consiguiente en los términos del artículo constitucional y 217 del C. de P.P., tal como quedó con las modificaciones introducidas por el artículo 34 de la ley 81 de 1993, agravar la pena.

Por manera que cuando resolvió suprimir la causal primera del artículo 324 del C.P. y partir del mínimo indicado en el artículo 323 ibídem, solamente podía incrementar dicho mínimo en un año, no en dos como lo hizo con desconocimiento evidente de los artículos ya mencionados de la Constitución y del Código de Procedimiento Penal.

Se impone, por tanto establecer la garantía vulnerada, decretando también la casación parcial del fallo en este concreto aspecto y, con base en los referidos artículos 228 y 229-1 del C. de P.P. –por haberse presentado la irregularidad solamente en la sentencia- deja como pena principal la de once (11) años de prisión.

## COMENTARIOS

*La agravante consagrada en el artículo 104 N° 1 C.P. es acción que viola los nexos familiares de afecto, solidaridad, ayuda y respeto que unen al agente con el sujeto pasivo. Tales circunstancias revelan mayor determinación delictiva y desprecio por los valores inherentes al nexo familiar.*

*La norma incluye el parentesco de consanguinidad extendiéndolo a ascendientes y descendientes en cualquier grado (arts.35 y 43 C.C.) y a los hermanos sean legítimos o naturales. El parentesco de afinidad se limita hasta el segundo grado de acuerdo con lo previsto por los arts. 47 y 48 C.C. comprendiendo a cuñados, suegros y abuelos del cónyuge. El parentesco civil o por adopción se limita a la relación adoptante-adoptivo, sin distinguir si se trata de adopción simple o plena (arts. 277 y 278 C.C.).*

*Son cónyuges las personas -hombre y mujer- casadas entre si; la calidad se adquiere con la perfección del contrato o sacramento o para el matrimonio católico o del acto-contrato para el matrimonio civil, y perdura mientras el vínculo civil no se disuelva por vía del*

*divorcio(arts. 152 y 160 C.C.) o no sea declarado nulo de acuerdo a las legislaciones civil o canónica respectivamente. (arts. 148 C.C. y Ley 57 de 1887).*

*La norma no hace graduación entre las diversas modalidades parricidas; por aplicación último criterio individualizador de la pena (art. 61 inc. 3 C.P.), el juzgador ha de graduar la punibilidad en concreto, pues resulta ostensible que es merecedor de mayor pena quien mata a su madre que quien mata a su cuñado.*

*El numeral 5 del artículo 58, equivalente al N° 3° del artículo 66 – C.P. de 1980- adicionalmente refunde elementos considerados por éste como agravantes específicos o cualificantes de los delitos patrimoniales, por las circunstancias de comisión. Bajo la expresión “mediante ocultamiento” consideramos incorporadas las diversas hipótesis consagradas en el artículo 351 No. 4 del Código de 1980, casuísticamente enunciadas como “uso de disfraz, aducción de calidad supuesta o simulación de autoridad”, además de múltiples eventos adicionales que quedan comprendidos en la redacción normativa.*

*El ocultamiento reviste las características del engaño o ardid, pero no es requisito normativo que él haya determinado el perfeccionamiento de la infracción, basta simplemente con que lo facilite o allane, en orden a la eficacia delictiva. El disfraz es lo que oculta o disimula, tiene esta calidad todo artefacto -vestido, máscara, etc.- que colocado sobre el cuerpo oculta los rasgos físicos del agente, haciendo imposible o por lo menos difícil su identificación; tal circunstancia revela capacidad y determinación criminal y proporciona mayores posibilidades de impunidad.*

*Aducir calidad supuesta es autoatribuirse falsamente cualificaciones o condiciones que no se poseen, tales como autoridad, cargo, investidura, atributos personales, sociales o económicos; por lo anterior se trata de un acto de simulación u ocultamiento que facilita la comisión del delito. La simulación de autoridad incluye además de la aducción de ser servidor público, la autoatribución de una determinada órbita de competencia funcional; simula únicamente la calidad quien para generar confianza en la víctima afirma ser mensajero de una entidad estatal y simula autoridad, quien, además*

*de presentarse como juez se atribuye falsamente la competencia para realizar una diligencia de inspección judicial, por ejemplo.*

*En el abuso de la condición de superioridad se comprenden las situaciones que colocan al sujeto pasivo en imposibilidad o dificultad para defenderse frente al ataque antijurídico. El procurar tales condiciones o aprovecharse de ellas, manifiesta mayor determinación criminal, a la vez que facilita la comisión y eficacia del delito. En virtud de la situación en que es colocada o encontrada la persona, se anula o se suprime la capacidad de defensa, o por lo menos se resta idoneidad a la misma; no es necesario que estas circunstancias determinen directamente el perfeccionamiento del delito, basta con que su aprovechamiento facilite la ejecución o "economie" tiempo o medios al agente; desde otra óptica estas condiciones no necesariamente deben imposibilitar la defensa, tan solo deben obstaculizarla o disminuirla.*

*Se trata de condiciones objetivas del agente -quien realiza directamente los elementos estructurales del tipo-, y en relación directa con la situación del sujeto pasivo, con lo cual quedan comprendidas en la agravante la niñez, la ancianidad, el estado de sueño, la enfermedad; pueden haber sido provocadas por el sujeto como la embriaguez o la ingestión de sustancias sicotrópicas, igualmente pueden consistir en condiciones de naturaleza permanente como el trastorno mental o la invalidez,- ceguera, sordomudez, parálisis, etc-, todas reflectivas de un estado de superioridad en el actor.*

*En las circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificultan la defensa de la víctima, se encuentran toda una gama de enunciaciones ejemplificativas que ha contenido nuestra legislación tanto en la parte general como respecto de circunstancias específicas de agravación; así la realización de la conducta en tiempo nocturno entendido genéricamente como el lapso entre el fin del crepúsculo y el comienzo del amanecer, que coincide con la ausencia de luz u oscuridad; tradicionalmente se ha considerado que tal circunstancia facilita la consumación de la infracción y hace difícil la identificación del delincuente. No obstante, jurisprudencial y doctrinalmente, el concepto de nocturnidad ha sufrido ampliaciones, en algunos casos realizadas con criterios de interpretación laxa no aceptados*

*plenamente por la hermenéutica dogmática, asumiendo una concepción de la noche más sociológica que física.*

*También queda comprendida en la agravante la ejecución de la acción en despoblado, entendido como aquel lugar en el que no hay en forma permanente casas habitadas; es el campo abierto, los caminos y carreteras, sitios en los que la desprotección y dificultad de defensa son evidentes. El lugar solitario es aquel que en forma accidental o esporádica se encuentra deshabitado o no concurrido, tal es el caso de la calle muy transitada durante el día, pero que en la noche puede convertirse en lugar solitario, circunstancias también recogidas por esta causal genérica de aumento punitivo.*

## TEMA VI

### LESIONES PERSONALES CULPOSAS. RESULTADOS. PRUEBA

**"Que no se hubiera podido practicar un nuevo reconocimiento por física imposibilidad, no quiere ello decir que esta forma delictiva (lesiones culposas) vaya a quedar en la impunidad, porque finalmente el juez con base en la información científica que posea tiene la facultad de realizar el proceso de adecuación típica y no se puede afirmar por tal circunstancia, que la ausencia de un examen de imposible práctica pudiera llegar a generar la impunidad de la delincuencia."**

**"Bien se sabe que el proceso de adecuación típica en las lesiones se hace exclusivamente de conformidad con la incapacidad y las consecuencias que las mismas produzcan."**

El cargo primero se ha de entender formulado por violación indirecta de la ley sustancial, puesto que afirma que "la prueba indubitable declara autor y culpable a..."; pero no precisa si es por la existencia de errores de hecho o de derecho, y si es de los primeros, si es por un falso juicio de existencia, por suposición de pruebas, y si es por errores de derecho, tampoco precisa la modalidad del mismo.

Luego divide el cargo en cinco apartes, el primero de los cuales lo refiere a la vulneración del principio constitucional (art. 250) de la investigación integral.

Para tal efecto, hace una enumeración de lo que no fue investigado y que era favorable al procesado y a renglón seguido afirma que “En cambio se practicaron con mucho interés pruebas desfavorables para G., que entraron forzadas al expediente...”.

Es evidente la falta de técnica del libelo que se estudia, porque es claro que si la censura es por no haberse practicado determinadas pruebas y ellas llegasen a ser trascendentes para el resultado del proceso, la orientación de la censura ha debido ser por la vía de la nulidad, por haberse vulnerado el derecho a la defensa, pero es obvio que en tal caso se debe destacar no sólo la prueba que no fue practicada, sino también la trascendencia que la misma hubiera podido tener en el fallo.

La segunda parte del literal a) del cargo primero lo insinúa como un posible error de derecho, porque luego de afirmar que las probanzas en contra del sindicato si fueron practicadas con mucho celo pero entraron forzadas al expediente, con ello da a entender como si hubiesen sido practicadas con vulneración de la legalidad de las mismas, pero lamentablemente el censor no hace ningún esfuerzo por precisar o por demostrar cuáles y porqué tales pruebas entraron forzadas al expediente.

En el segundo aparte del cargo, estima violado el artículo 445 del C. de P.P. que impone resolver las dudas existentes en favor del procesado.

Piensa que existen muchas dudas no solucionadas en el proceso y se lamenta de la no práctica de algunas de aquellas medios de convicción que considera óptimos para resolver los interrogantes que encuentra en la investigación y es así, como destaca que no se hubiera realizado la prueba de alcoholemia a los lesionados, el hecho de no haber allegado el croquis del accidente, que si un testigo dice que el vehículo al atropellar a los Polanco frenó, retrocedió y la piso a ella, considera que era indispensable haber hecho un análisis técnico, respecto a la velocidad del vehículo, si era posible que se detuviese, retroceder y pisar a una de las víctimas y continuar su marcha.

Que el exceso de velocidad se ha debido determinar por la huella de frenada, estado de las llantas, coeficiente de rozamiento y los demás factores técnicos que deben ser tenidos en cuenta para establecer la velocidad a que marchaba un vehículo.

Ya en antecedencia se ha dicho que si se da el caso de pruebas que no fueron practicadas, siendo ellas trascendentes, se vulnera el derecho a la defensa y por tanto el ataque debe ser enrutado por la vía de la nulidad y no por la violación indirecta como aquí se hace de manera antitécnica; pero así hubiese acertado en la orientación de la censura tampoco le asiste la razón al censor, porque en realidad es el único que plantea tal tipo de dudas, puesto que los juzgadores de las instancias consideraron que las circunstancias del hecho se encontraban debidamente demostradas, así como las maniobras poco éticas de la defensa. Sobre estos tópicos el Tribunal concluyó que:

“Consecuencia de estas premisas argumentales es entonces la convalidación integral de la sentencia de condena recurrida, la que además estuvo acertada tanto en el manejo de la dosimetría como lo atinente a decisiones tales como perjuicios, subrogados e inquietudes y pedimentos de los sujetos procesales, muy especialmente en este punto respecto a los cuestionamientos y objeciones hábilmente planteados por el defensor del procesado quien en la pretensión inequívoca de generar la duda que favorezca a su defendido se empeñó al final luego de todo aquel maniobrar desleal con la prueba que ya se ha destacado, en la elaboración de un extenso y dispendioso interrogatorio que, todo indica ya él no respondió pero no trajo oportunamente al proceso penal como legalmente correspondía”.

En el tercer aparte del primer cargo dice que “Ya hemos demostrado que el H. Tribunal de Cali no podía analizar ciertas pruebas porque no existían, otras son deficientes y, las pocas valiosas que hay en autos fueron desconocidas por dicho Tribunal...”.

Aquí en realidad plantea diversas formas de error de hecho porque habla de suposición y de omisión de algunos medios de convicción; así mismo alude a pruebas que eran deficientes, sin precisar en qué consistía tal falencia, si en errores de producción de la prueba, evento

en el cual se ubicaría en el error de hecho, planteando una tergiversación de la prueba.

Pero el censor se limita hacer el enunciado sin preocuparse de su demostración y en tales circunstancias es imposible que tales censuras puedan llegar a prosperar.

En el aparte cuarto del primer cargo, insiste en que no existe certeza de la responsabilidad y que en los casos de incertidumbre, ésta debe ser resulta a favor del procesado. Las dudas las hace consistir en que nunca se conoció cuál fue el grado de participación que tuvo el occiso en la producción del accidente, teniendo en cuenta que en el acta de necropsia se determinó una alcoholemia cercana al 4% y por tanto no se supo si estaba quieto o en movimiento, sí cerca del andén o en la mitad de la vía.

Que tampoco resolvieron las dudas respecto a la información divergente de los testigos en relación con el vehículo que ocasionó el accidente, porque mientras se habla de un automotor con placa 45 08, otros afirman que el vehículo se distinguía con los números 46 08, ni tampoco sobre el tipo de vehículo, porque la esposa del occiso habla de una camioneta Ford Ranger, café; mientras que el vehículo prestado al procesado era un campero Toyota.

Pero tales dudas, al igual que en el planteamiento de las anteriores, sólo existen en la mente del censor, porque las mismas ya fueron planteadas y rechazadas en las instancias, donde se hace un juicioso análisis probatorio para llegar a la conclusión de que el vehículo que ocasionó los hechos delictivos investigados era el distinguido con las placas LF 46 08 y se apoya la segunda instancia para llegar a tales conclusiones, en varios testimonios entre ellos los de los lesionados P.

Es inútil entonces tratar de replantear debates probatorios que ya se dieron en las instancias y que por las razones elementales de la técnica que gobierna este recurso, son de imposible postulación en esta sede extraordinaria.

En las condiciones precedentes se rechaza el cargo tal como lo solicita el Procurador Delegado.

El cargo segundo es en realidad una continuación del primero que presenta, igualmente, por vía de violación indirecta por errores de hecho, a pesar de que no lo dice con claridad ni siquiera en el enunciado y en el desarrollo de la censura.

Empero, de su desarrollo, ha de entenderse que es uno de hecho por omisión en el análisis y valoración de una prueba, el acta de necropsia, que ya había sido motivo de argumentación en el cargo anterior, porque insiste el censor en el grado de alcoholemia que tenía el occiso y en posible grado de participación que el mismo tuvo en la producción del accidente fatal.

Pero la denunciada omisión no existe porque basta analizar la sentencia de la primera instancia para verificar que el estado de beodez de la víctima fue debidamente analizado y rechazado, cuando se afirmó:

“El señor defensor en algún aparte de su intervención en la audiencia esboza la teoría de que la muerte del señor C. se debió al estado de beodez en que se encontraba como se demuestra con la necropsia médico – legal según la cual la prueba de alcoholemia resultó positiva, con una concentración de 3.8 mgs. por ciento que equivale al cuarto grado de embriaguez, pero dicha argumentación obviamente que la hacen no en defensa de su defendido por cuanto como ya se dijo éste nunca aceptó la autoría: aún con la salvedad que se hizo, tampoco puede aceptar el despacho el argumento al cual se refirió ampliamente el Tribunal en la resolución con planteamientos que el Despacho comparte con su integridad y que sobra repetir, para rechazarlos. No puede perderse de vista que es al peatón a quien le está vedado ingerir licor hasta llegar a un alto grado de toxicidad siempre y cuando y entratándose de un accidente de tránsito concretamente su actuar sea imprudente como lo sería atravesarse a un carro en movimiento, cosa que no ocurrió en el caso *subexámine* ya que A. ¿qué decir respecto de los lesionados? De ellos nadie predica que hubieran ingerido licor sino que se encontraban con la motocicleta haciendo el respectivo pare a la espera de poder continuar su marcha. No prospera, pues, tampoco este tipo de argumentación aún cuando sea indirecta por lo ya dicho”.

No hubo, entonces, omisión en la consideración de esta prueba, si se tiene en cuenta que la sentencia de primera instancia forma un solo cuerpo con la de segunda.

En el cargo tercero enfilado, nuevamente, al amparo del párrafo segundo del artículo 220, pero sin especificar si es por la existencia de errores de hecho o de derecho, vuelve a insistir en la falta de certeza para condenar, al plantear una serie de interrogantes, en relación a si el vehículo llevaba las luches encendidas, si había o no pitado, si marchaba en zigzag, si el conductor estaba ebrio, si era joven o viejo.

Luego dice que a pesar de que el procesado tenía 42 años está muy avejentado y hay testigos que afirman que el conductor era una persona joven y analiza una serie de medios de convicción de acuerdo a sus intereses, para concluir en la existencia de la duda, pero no realiza ningún esfuerzo en demostrar cuál es el error, ni tampoco la trascendencia e incidencia que el mismo hubiera podido tener en el fallo, y en tan precarias condiciones técnicas, es obvio que el ataque no puede prosperar tal como lo solicita el Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

El cargo cuarto lo presenta por una presunta violación directa de ley sustancial por indebida aplicación y concretamente el artículo 333 y 337 del C.P. en concordancia con los artículos 26, 27 y 28 del mismo estatuto. También considera violados los artículos 61, 64, 65 y 67 del C.P.

Considera que se dictó sentencia con base en un dictamen provisional y no con uno definitivo y que por tanto, se violó lo previsto en el artículo 337 del C. de P.P. que ordena que las decisiones se tomen con base en el último reconocimiento médico que obrare en la actuación.

Estima, erróneamente, el censor que al existir dos lesionados de diversa gravedad en cuanto a las consecuencias de las heridas se ha debido sancionar únicamente las de mayor gravedad, y que por tanto, se ha debido condenar por las lesiones inferidas a M.P. y descartar las de H.P.

En relación al primer enunciado del cargo cierto que la norma dice que la decisión de deberá tomar con base en el último reconocimiento que

obrar en el expediente y eso fue lo que hicieron las instancias, pues la sentencia se pronunció con base en el reconocimiento existente, por la imposibilidad de practicar el ordenado, por la inexistencia de la historia clínica donde fue atendido el herido.

Es práctica común en relación con el delito de lesiones personales que se verifiquen varios exámenes a los heridos para de conformidad con la evolución de las lesiones el legista pueda determinar con exactitud sus consecuencias y la incapacidad laboral y en este caso, se ordenó un último reconocimiento pero el mismo no pudo ser realizado, como ya se dijo, por ausencia de la historia clínica que nunca se hizo por haber sido atendido el lesionado por la sección de urgencias.

Que no se hubiera podido practicar un nuevo reconocimiento por física imposibilidad, no quiere ello decir que esta forma delictiva fuera a quedar en la impunidad, porque finalmente el juez con base en la información científica que posee tiene la facultad de realizar el proceso de adecuación típica y no se puede afirmar por tal circunstancia, que la ausencia de un examen de imposible práctica pudiera llegar a generar la impunidad de la delincuencia.

Tampoco le asiste la razón al censor, cuando plantea la posible vulneración del artículo 337 del C.P., porque lo que prevé esta norma es que cuando un mismo sujeto pasivo ha sufrido heridas múltiples, para efectos de la sanción sólo debe tenerse en cuenta las de mayores consecuencias y gravedad; pero bajo ninguna circunstancia puede ser interpretado como lo hace el impugnante, que siendo varios los lesionados, sólo se sancione las lesiones de la persona que haya sufrido las peores consecuencias en su salud.

En tan claras circunstancias es preciso concluir que aquí tampoco se presenta una violación directa de la ley sustancial como bien lo considera el Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

El quinto cargo lo formula al amparo de la causal segunda por la existencia de un desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia, porque en el primero se le dictó resolución de acusación por haber lesionado a H.P., ocasionándole una incapacidad de quince días, pero que en la sentencia se lo había condenado por las lesiones previstas en el artículo 333, lesiones con deformidad, en concordancia con el 340.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita se case la sentencia porque efectivamente la resolución de acusación fue formulada por lesiones personales con una incapacidad simple de quince días y fue condenado por lesiones con deformidad.

No comparte la Sala tales planteamientos, porque si bien es cierto que en la parte final de la parte motiva del auto del Tribunal de Cali, que revocó el cese de procedimiento y dictó la resolución de acusación, sólo se mencionan los artículos 340 y 341 del C., no por ello se puede llegar a la conclusión de que la acusación sólo fue por lesiones de quince días sin consecuencias, porque en otra parte de la providencia se hace alusión al dictamen que aparece a folio 405, que luego refoliado pasó a ser el 375, segundo dictamen realizado por los legistas donde se habla de la deformidad ocasionada en el cuerpo de H.P.

La verdad es que la providencia no hace una adecuación típica respecto a una norma en particular porque se refiere únicamente a los preceptos citados con anterioridad y el primero, es aquel que crea la culpa para todas las lesiones descritas en los artículos anteriores y el segundo, el que hace extensivas las causales de agravación del homicidio culposo a sus similares las lesiones.

Se ha de entender, entonces, que si no se hizo una adecuación típica a una norma específica, necesariamente la misma se debe hacer de conformidad a lo indicado en el último dictamen que es el que sostiene la deformación. En el folio 10 de la resolución acusatoria (f. 518 del expediente) se hace alusión a este dictamen y en tales circunstancias debe entenderse que si no se citó ninguna otra norma, la imputación se formuló de conformidad con el último dictamen y tan fue entendido por la defensa, que uno de los ataques que presenta contra la sentencia es precisamente que no se haya realizado un tercer dictamen que se recomendó cuando se hizo el segundo que habla de la deformidad.

Sin embargo, no se puede predicar que se haya asaltado a la defensa, porque bien se sabe que el proceso de adecuación típica en las lesiones se hace exclusivamente de conformidad con la incapacidad y las consecuencias que las mismas produzcan. Establecido lo anterior, es claro, entonces, que la acusación se produjo por lesiones personales con deformidad, las previstas en el numeral 1 del artículo 333 del C.P.

y la condena y correspondiente tasación de la pena se hizo de conformidad con tal norma. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas, Acta No 126, 09-11-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII, p. 307).

## COMENTARIOS

*La represión en el delito lesión no se concreta en una determinada conducta sino en los efectos perjudiciales que sobre el sujeto pasivo -salud física o mental, armonía y organización corporal- produce cualquier acción antijurídica del agente.*

*El delito de lesión es en esencia de resultado, su incriminación se fundamenta en las consecuencias de la acción, y son irrelevantes las circunstancias y medios concurrentes o las específicas finalidades del agente.*

*Así, por contundente o vil que sea el medio utilizado o por ruines que sean las intenciones del agente, si de la acción no se deriva alguna de las consecuencias dañinas previstas por la ley, no habrá delito de lesión; en tales hipótesis se podrá acudir al dispositivo de la tentativa de acuerdo a los principios generales del artículo 27 C.P.*

*Las lesiones culposas se agravan punitivamente por el obrar del agente en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias que produzcan dependencia física o síquica, al igual que por el abandono injustificado del lugar de los hechos, tales conceptos fueron reseñados a propósito del artículo 110.*

*La Ley 23/91 consagró como "contravenciones especiales" las lesiones preterintencionales o culposas que impliquen incapacidad o enfermedad que no pase de 30 días. Tal disposición hacía que este resultado de lesión quedara bajo el conocimiento en primera instancia de las autoridades municipales. En referencia a la modalidad culposa, la acción queda delictualizada en virtud del Estatuto de 2000, pues en su comprensión queda incluida la hipótesis de resultado determinada en el inciso 1º del artículo 112 C.P.*

*La mencionada normatividad contravencional erigió la preterintención como circunstancia atenuante de la punibilidad; al*

*observar los criterios generales de esta modalidad, concluimos que la lesión preterintencional era, prácticamente, de imposible estructuración ontológica, ya que exigiría el dolo de daño a la integridad personal como condición inicial del reato, pues de lo contrario si no había ese dolo inicial estaríamos en presencia de las lesiones culposas. Al eliminar la disposición el Código de 2000 atendió el anterior criterio.*

*En relación con esta norma remisiva debemos advertir que es del todo innecesaria la exigencia, contenida en el nuevo artículo 110, según la cual el influjo del alcohol o la droga deben ser irremediablemente la causa directa, inmediata y determinante de la producción del evento culposo, pues el fundamento de estas formas de incriminación, como es sabido, se encuentra en la infracción al deber de cuidado, objetivamente realizada, con o sin previsión, en el momento de realizar la actividad respectiva, bajo la sugestión producida por las sustancias adictivas reseñadas por la norma.*

## TEMA VII

### **HOMICIDIO AGRAVADO. IDEOLÓGICA Y CONSECUENCIALMENTE CONEXO CONCURSO. EMPRESA CRIMINAL**

**“La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han aplicado la tesis de que existiendo un acuerdo sobre la comisión de un delito de Hurto y de manera tácita se preparan ante la posibilidad de incurrir en Homicidio, son todos responsables de los actos que ejecuten”.**

El demandante plantea que el sentenciador incurrió en error de hecho por “suponer o imaginar la existencia de pruebas”, pero se queda en la simple afirmación, porque en el desarrollo del cargo no precisa una sola prueba cuya existencia haya sido supuesta en el fallo atacado.

La demostración del error de hecho por falso juicio de existencia implica que el actor señale en forma clara el medio de prueba (testimonio –dictamen pericial – documental etc.) que fue ignorado no

obstante obrar en el expediente, o el que tenido en cuenta sin estar en el proceso, y su trascendencia, esto es, que si no hubiera ocurrido esa falla la decisión habría sido otra. En lugar de cumplir con estas exigencias, lo que hace el casacionista es presentar su particular punto de vista sobre los hechos y las pruebas, introduciendo hipótesis sin respaldo procesal, con el evidente propósito de crear una sensación de incertidumbre que en realidad basta leer el proceso para que quede sin fundamento.

1. De la sustentación se infiere que lo que en el libelo en verdad se censura, no es que el juzgador haya supuesto o imaginado pruebas, sino que haya llegado a conclusiones que el impugnante no comparte. Tanto es así, que las tres objeciones que formula al amparo de mismo cargo son:

a) Admitir el acuerdo y convergencia de voluntades en los coautores del hurto con respecto al homicidio; b) Deducir que el homicidio fue causado por alguno de los implicados en el delito contra el patrimonio y el afirmar que el homicidio está comprendido dentro del plan para cometer el hurto.

El acuerdo de voluntades para incurrir en los ilícitos por los cuales se adelantó el proceso no es invento de los falladores, ni esta aseveración surge de pruebas imaginarias. El Tribunal textualmente dice:

“...Que el delito de homicidio ostenta la calidad de agravado, es algo que no admite hesitación alguna; el artículo 324 de nuestra codificación sustantiva penal en su numeral segundo indica como una circunstancia de agravación punitiva, si el homicidio se comete: “para preparar, facilitar o consumir otro hecho punible...”. Fue exactamente lo que sucedió en el asunto subestudio: Cuando planearon, con unidad de voluntades quienes se comprometieron en esta empresa criminal, el apoderamiento de la crecida y codiciada suma de dinero de cementos “El Nare”; obviamente, sabían que para cristalizarla debían sin ningún escrúpulo, y en caso necesario, hacer uso de las armas de fuego; justamente, por ello se proveyeron de un número plural de estos instrumentos letales; ello lo están confirmando quienes se encuentran entre rejas por cuenta de este proceso e igualmente *J. M.*, quien para estos momentos procesales, está por cuenta de la justicia especial de menores”.

En la conclusión anterior lo que hace el fallador de segunda instancia, coincidiendo con el de primera, es aplicar la tesis que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han entendido que es lo correcto para solucionar esos casos en los cuales, existiendo un acuerdo sobre la comisión de un delito de hurto y a sabiendas de que van a encontrar resistencia por parte de los encargados de la seguridad del objeto material, resuelven ir armados y con la conciencia clara de que para poder apoderarse del bien deberán primero someter a los vigilantes. Aunque en forma expresa no se trazan como objetivo matar a una persona, entre otras razones porque todavía no saben la intensidad del rechazo que van a tener de manera tácita si es del entendimiento de todos, que si llevan armas para superar los obstáculos que les impida el logro del objetivo común; esto implica la posibilidad de incurrir en uno o varios homicidios, de los cuales todos son igualmente responsables.

Los autores de los ilícitos aquí juzgados sabían que el dinero llegaba en un helicóptero custodiado por la Policía, al parecer dos agentes, pero realmente estaban seis, lo que no constituyó motivo para suspender la ejecución, ya que arremetieron contra ellos en una balacera que se prolongó bastante tiempo.

No existe ningún elemento de juicio que pudiera servir de apoyo a las afirmaciones del demandante, sobre la posibilidad de que la muerte del agente *B.* hubiera sido causada por un tercero o por la propia policía, en cambio si obra en el expediente la versión del joven *M.P.*, según la cual sus compañeros le dijeron que el homicidio fue obra de uno de ellos, el que portaba la sub-ametralladora. No se trata de un simple rumor, es un testimonio de oídas de un individuo que participó en los hechos, cuya declaración encaja perfectamente en las circunstancias de modo tiempo y lugar en que estos se desarrollaron. Este medio probatorio sumado a los numerosos indicios que se desprenden de todo lo acreditado por la investigación, constituyen mérito más que suficiente para estimar acertada la decisión del fallador.

Tampoco agrada al defensor que el Tribunal diga que los coautores sabían que para poder apoderarse del dinero “debían, sin ningún escrúpulo y en caso necesario, hacer uso de las armas de fuego, justamente por ello se proveyeron de un número plural de estos instrumentos letales”. Y no fue eso lo que hicieron? Francamente acusar esta conclusión llamándola especulativa o hipotética, cuando

esté plenamente establecido en el proceso que usaron las armas, que atacaron a los policías, y que el combate fue intenso y violento resulta un verdadero absurdo, un criticar por criticar.

1. De las consideraciones anteriores la Sala concluye –de acuerdo con el Ministerio Público – que el demandante se escuda en un presunto error de hecho que no demuestra, para hacer una alegación propia de las instancias, cuestionando la credibilidad que el sentenciador le reconoció a algunas pruebas, con argumentos en los cuales tampoco le asiste razón, porque no corresponden a la realidad procesal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No. 034, 18-03-92, Gaceta Judicial No. 2468, t. CCXIX, p. 417).

## COMENTARIOS

*El homicidio ideológica y consecuencialmente (Art. 104 N° 2) conexo también denominado “criminis causa” comprende la comisión u omisión homicida en la que encontramos, en el orden causal o teleológico, otra conducta punible –delito o contravención- de acuerdo con el artículo 19 C.P. en referencia directa a su preparación, consumación u ocultamiento.*

*Las primer hipótesis de preparar, facilitar o consumir, nos presentan al homicidio con el carácter de delito medio, con lo cual es irrelevante que el hecho punible propuesto como fin, llegue o no a perfeccionarse efectivamente, basta la preexistencia de tal finalidad para que surja la causal de agravación. Si el delito fin se produce efectivamente, al menos en grado de tentativa, habrá concurso de hechos punibles, ya que la agravante no comprende ni incrimina la obtención de resultado ulterior, tan solo reprime la finalidad de la acción homicida. Se trata entonces de la instrumentalización del homicidio para la ejecución de otro punible; el concepto de “consumación” aquí utilizado está únicamente presente en la finalidad del agente y comprende no sólo el perfeccionamiento típico, sino la consumación delictual integral, pero se reitera, únicamente desde el punto de vista teleológico y no material.*

## TORTURA. LESIONES PERSONALES. FINALIDAD TERRORISTA

Como el casacionista no discrepa del análisis que sobre las pruebas hacen los juzgadores de instancia, restringiendo sus observaciones críticas a la indebida aplicación del artículo 270 del Código Penal, porque a su juicio no debió considerarse agravado el delito de secuestro, sino que en su lugar se daba en concurso el delito de lesiones, hácese necesario recordar dentro de los análisis contenidos en los autos y fallos proferidos por el Juzgado y por el Tribunal, aquellos que en concreto se refirieron al tema indicado, rechazando invariablemente la tesis defensiva, pero, ante todo, fijando el alcance de los hechos probados como configurativos de las causales de agravación que a la postre sirvieron para tasar el incremento de la pena.

Cuando incipientemente se refirió el Juzgado al aspecto aludido con motivo de la definición de la situación provisional de los por entonces indagados, advirtió que el ofendido había recibido tanto lesiones que afectaron su incolumidad física, como aflicción, temor y dolor moral, aclarando que ni unas ni otras podían tenerse

“...como tipos penales autónomos e independientes para de éste modo hacer más gravosa la situación de los victimarios, por cuanto el artículo 23 del Decreto que hemos venido mencionando, las considera en su literal g como circunstancias específicas de agravación punitiva...”.

Referíase el Juzgado al Decreto 180 de 1988 que repetidamente dijo aplicable para definir la controversia, dando además por admitido, que si bien es cierto el abogado ... se causó unas lesiones al lanzarse del vehículo en movimiento en que le conducían sus captores, también fue víctima de golpes propinados sobre su cabeza por sus asaltantes con la empuñadura de las armas que les servían para intimidarle, y por fuerza y nuevos golpes subido contra su voluntad a su automotor.

Con motivo de la valoración de fondo, nuevamente se ocupó el Juzgado de otorgarle una connotación a esas circunstancias de lesividad física y moral hacia la víctima, explicando la presencia de las agravantes en sustitución de un delito autónomo de lesiones que siguen:

“Muy asombrada se mostró la parte civil en su alegato, por cuanto el despacho en el proveído interlocutorio que resolvió la situación jurídica de los comprometidos dejó a un lado este punible; pero más asombro nos causa a nosotros que se haga esta manifestación por cuanto en la providencia aludida manifestamos que las lesiones no podían considerarse como ente punible autónomo al estar consagrada en el artículo 23 del Decreto 180 de 1988 como causal de agravación punitiva y por consiguiente a esa apreciación nos referimos...”.

Siendo en un todo consecuente con ese análisis reiterativo, al momento de fallar expuso el a-quo que la tasación de la pena obedecía a la exigencia de dinero como condición de la liberación del rehén (artículo 23 literal f. del Decreto 180 de 1988), y al sometimiento del ofendido a tratos crueles (literal b. *Ibíd.*), dando nuevamente explicaciones sobre las razones que lo llevaban a la aplicación del Decreto legislativo y no las disposiciones paralelas del Código Penal.

Cuando el Tribunal aclaró en su sentencia que la adecuación de la conducta atribuida a los acusados había sido atinadamente calificada como constitutiva del delito de secuestro, pero erradamente adecuada dentro del decreto de excepción pues no habían sido móviles terroristas la inspiración de los acusados, reubicando su conducta bajo las más benignas disposiciones de los artículos 268 y 270 del Código Penal, así sustentó la nueva tasación punitiva:

“...teniendo en cuenta la gravedad el hecho y la modalidad del mismo, como la presencia de solo circunstancias de agravación punitiva, como serían los instrumentos usados, el modo de ejecución del hecho, habiendo dificultado la defensa de la víctima etc., como la preparación del hecho ya que viene maquinado desde Barranquilla, nos permite tomar como base de la pena no el mínimo de seis años, que contempla el artículo 268 del C.P., sino una intermedia entre el mínimo y el máximo de quince (15) años que sería de nueve (9) años, *la que se aumentará en la mitad por haber realizado el hecho sometiendo a la víctima a torturas físicas y morales durante el tiempo que permaneció secuestrado y además presionado para obtener el dinero exigido, tal como lo ordena el art. 270 del C.P. numerales 2º y 6º.*”

Sobre estos antecedentes bien se entiende la razón que le asiste al Ministerio Público al sugerir la desestimación de la demanda por falta de interés de quien impugna, pues como puede sin dificultad ahora cotejarse, sustituir como se viene pretendiendo la causal de agravación de la tortura por un delito autónomo y concurrente de lesiones personales, lejos de favorecer la situación de los acusados la pondría en serio riesgo de un incremento punitivo.

Si al atenderse el censor dentro de causal de casación aducida en su demanda –violación directa- a los presupuestos de hecho de los cuales parte el ad-quem en su sentencia, y dentro de ellos se aceptaba que al lado de las secuelas físicas que afectaron la incolumidad del ofendido, sufrió éste presiones y amenazas que le ocasionaron aflicción y dolor moral gracias al persistente riesgo de morir anunciando como represalia ante el fracaso de la acción extorsiva, la consecuencia punitiva no podía distraerse del artículo 270 del Código Penal, así se restaran aquellas leves lesiones de la agravante para reprimirlas dentro de su autonomía típica. Surge entonces claro, que lejos de generarse así un beneficio para los acusados, la nueva dosificación de pena estaría conduciendo a una sanción mayor derivada de ese plus surgida de la aplicación del artículo 26 del Código Penal que sirve de razón al Ministerio Público en su reparo, como que ante ella el impugnante pierde interés en la formulación de su recurso, conduciendo antes que a la restitución del bien vulnerado con un fallo injusto, hacia una inadmisibile desmejora en la situación de los acusados, fin ajeno a los medios de impugnación y en especial al recurso extraordinario que se intenta.

La situación que se afronta abre el camino para que ahora se recuerden las diferencias que median entre la legitimación que a la parte asiste para hacer uso de los medios de impugnación y el interés que en ellos compromete, pues si bien y en principio cualquiera puede criticar una providencia frente a la convicción que tome de su injusticia, siendo particularmente sensibles a ella las partes en sentido instrumental ante una decisión que en todo o en parte desestima sus razones, no puede ser con exclusividad el criterio del “vencimiento” aquel que marque la vocación del impugnante, sino el de la función que dentro del proceso materialmente cumple, y que en el caso del defensor apunta sí no a la absolución del acusado, sí cuando menos a la obtención de su condena atenuada o a su favorecimiento con los

subrogados o las garantías que hagan menos gravosa su condición de vencido.

Con sobra de razón apunta al respecto la doctrina que

“En lo que atañe al imputado, no se puede reconocer en él ningún legítimo interés para impugnar una providencia por razones atinentes a las otras partes, o no capaces de perjudicarlo, o ventajosa para él, aunque injustamente, ni cuando, aun tratándose de una providencia gravosa, se limite él a pedir otra providencia equivalente en sus efectos o más gravosa, no cuando los efectos de la providencia hayan sido eliminados por otra providencia”. (Vicenzo Manzini, “Tratado de Derecho Procesal”, tomo V, pág. 27 –en el mismo sentido Francesco Carnelutti, “Principios de Derecho Procesal” T. II, pág. 292 y “Lecciones sobre el Proceso Penal” T. IV, pág. 138 y SS.) motivos que en mayor grado se resaltan frente a la casación, donde al lado de la unificación de la jurisprudencia y la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, se aúna entre sus fines el de “corregir los injustos gravámenes recaídos sobre las partes”, lo que constituye el “estímulo al interés particular, para que la casación sea viable”, poniéndole “punto final a un perjuicio particular ocasionado por el fallo recurrido”. (cfr. Entre otros, fallos de casación de febrero 5 y 27 de 976 con ponencia de los Magistrados doctores Federico Estrada Vélez y Mario Alario di Filippo).

1. Pese a la suficiencia que la anterior argumentación ofrece para inclinar hacia el fracaso de la demanda formulada, vuelve a asistirse de razones la Procuraduría Delegada cuando objeta que de atenderse la modificación de fallo como el casacionista lo propone, se llegaría a una inadmisibles variación tardía y sorpresiva de la calificación de fondo otorgada a los hechos, pues es notorio que esa eventualidad no solamente repugna al derecho de defensa, sino que además pone en evidencia la inadecuada vía escogida para la censura, dado que con la adopción de una sentencia sustitutiva que incluyera un cargo no contenido en la resolución acusatoria, se incurriría en aquella inconsonancia que precisamente genera la causal segunda de casación.

De haber formalizado el censor un error en la adecuación de la conducta atribuida a los acusados, la vía correcta de su impugnación hubiese sido la de la causal tercera de casación, y no la primera por la

cual optara, vicio de procedimiento que tampoco sustentó en forma debida, no descubre la Corte para que proceda su decreto oficioso. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 29-07-1992. Magistrado Ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Gaceta Judicial N° 2460, Pág. 182)

## COMENTARIOS

*Acertadamente el Estatuto de 2000 suprimió las causales de agravación referentes al sometimiento del sujeto pasivo a dolores o padecimientos físicos o morales, que revistan mayor perjuicio que la simple realización de la conducta (art. 270 N° 2 C.P. de 1980), dejando plenamente vigente la posibilidad del concurso simultáneo y heterogéneo con el delito de tortura, la consagración de la agravante especial eliminaba dicha posibilidad concursal (Cfr. PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Manual de Derecho Penal, partes general y especial, p. 513). De igual forma la supresión del sometimiento de la víctima a violencia sexual, hace posible el concurso con toda la gama de delitos atentatorios de la libertad e integridad sexuales, incorporen o no dicho medio comisivo (arts. 205 - 212 C.P. de 2000). Infortunadamente estas dos causas de agravación son revividas por la ley 733 de 2002.*

*Con el mismo acertado fundamento, el Código de 2000, eliminó como causa de agravación específica la muerte o lesiones personales del secuestrado, producidas “por causa o con ocasión del secuestro” (art. 270 N° 11, C.P. de 1980), a este respecto manifestamos: “Si con ocasión del secuestro sobrevienen a la víctima la muerte o lesiones personales, la pena se agravará; es de entender que la agravante operará cuando la causa de la muerte o lesión no es la actividad del secuestrador, sino la misma circunstancia del secuestro, de lo contrario se estaría consagrando un tipo privilegiado de homicidio” (PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Manual de derecho penal, Partes general y especial, p. 514); estas excepcionales exigencias dogmáticas hacen impracticable la figura, debiéndose, en recta interpretación, derivar siempre el concurso simultáneo y heterogéneo con los delitos de homicidio o lesiones personales, según el caso, amén de las peligrosas discusiones doctrinales y jurisprudenciales en las que se puede plantear la exclusión concursal y consiguiente aplicación agravada en desarrollo de los principios non bis in idem y de*

*favorabilidad, todos planteamientos que reafirman el acierto de la supresión, operada por la ley 599 de 2000; sin embargo, la ley 733 nuevamente introduce la causal con todos sus peligrosos efectos.*

*Debemos observar que esta causa agravante se introdujo para el delito de desaparición forzada (art. 166 N° 8, C.P. de 2000), presentando los mismos problemas de técnica y aplicación que la disposición revivida en el delito el secuestro.*

*De igual forma, bajo la correcta concepción de que se trataba de un concurso material de delitos, la ley 599 suprimió el numeral 13 del artículo 270 (C.P. de 1980), que consagraba como agravación específica la utilización, para la consumación del secuestro de “orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla”, lo cual significa que con dicho Estatuto era perfectamente posible la estructuración del concurso material entre el delito de secuestro y la falsedad material o ideológica sobre documento público, en sus formas simple y agravada (arts. 286, 287, 290, 291, C.P. de 2000) o con el tipo de falsedad personal descrito por el artículo 296 Idem; no obstante los anteriores planteamientos, la causal fue nuevamente incorporada por el numeral 12 de la norma vigente.*

## TEMA IX

### HOMICIDIO. CAUSALIDAD. ASPECTOS PROBATORIOS Y SANA CRÍTICA

**“Las pruebas sobre presanidad y muerte de la víctima y las causas que determinan su deceso no se hallan sometidas a la exigencia de un medio especial para su acreditación ni a una tarifación que haga prevalentes unos medios sobre otros”.**

Tiene razón la Delegada en su concepto al criticar por deficiente la presentación de la demanda, y más precisamente al omitirse en ella el sentido de la violación, pues el censor no permitió saber si aquella violación que acusaba se dio por falta de aplicación del precepto invocado o por su aplicación indebida, y así pudiera ello inferirse, calló, pese a invocar la vía indirecta, si el error aducido era de hecho o de derecho y ante esa alternativa, si lo alegado era un falso juicio de

existencia por suposición u omisión de pruebas o un falso juicio de identidad, o si mas bien la alegación se enderezaba hacia un falso juicio de legalidad o uno de convicción.

Pese a la relevancia del vacío, una aproximación a los motivos sobre los cuales reposa la censura, solo conduce a descubrir la sinrazón de lo alegado, pues frente a cada uno de los esgrimidos vuelven a acumularse las deficiencias del enervamiento.

Así, por caso, cuando el casacionista, se refiere a la necropsia para afirmar su insuficiencia en la demostración del cuerpo del delito, hace caso omiso de la advertencia contenida en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto el primero preceptúa que los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios pueden acreditarse con cualquier medio probatorio, y en el segundo se precisa que las pruebas se apreciarán en su conjunto y de acuerdo con la sana crítica.

Las pruebas sobre presanidad y muerte de la víctima y las causas que determinan su deceso no se hallan sometidas a la exigencia de un medio especial para su acreditación ni a una tarifación que haga prevalentes unos medios sobre otros, de modo que ni remotamente podría acogerse la objeción del demandante, cuando en el fallo hizo notorio el Tribunal que sobre los elementos externos del delito coincidían el acta de levantamiento del cadáver y el reconocimiento del occiso describiendo las múltiples heridas recibidas con “machete y cuchillo”, la diligencia de exhumación y necropsia practicada por el instructor y el legista, el informe suscrito por este perito al folio 125 y su concepto forense del folio 96, lo mismo que el certificado de registro de defunción y la prueba testimonial que describió el estado de normalidad y salud del ofendido previo a la agresión mortal de que se le hizo víctima.

Es de advertir que en el caso propuesto el tiempo transcurrido entre la muerte y la prosección del cadáver (cinco meses) explicaba con la evolución de la descomposición del cuerpo de la víctima la pérdida de importante información sobre el efecto de las heridas recibidas, según lo advertía el legista, pero esa situación irreversible no obstaba para que otros medios permitieran conocer, como en efecto sucedió, la relación causal entre la agresión descrita y la muerte de A.Z.

A ese respecto las narraciones de los testigos T.D. y M.J. que presenciaron a escasos cuatro metros el desenvolvimiento de los hechos, no habían podido ser más informativas y patéticas sobre lo sucedido:

“Era un cuchillo largo –dice la primera -, no me di cuenta de qué color, lo que sí me di cuenta es que lo sacaba lavadito de sangre cada vez que se lo metía a Fidel Zambrano”.

“Desde que lo tiraron al suelo y ahí lo acabaron de cortar el finado ni gritó ni dijo nada, cuando se fueron esos tipos el finado medio roncaba pero parecía que era agonizante... Le causaron muchas heridas... y estaba lavadito en sangre de la cabeza a los pies”. –Afirma la segunda -.

En esta narración no asoma distanciamiento alguno con el dictamen del perito, asistido de la descripción que plasma el acta de levantamiento de cadáver, como lo expuso en el escrito donde advertía la dudosa utilidad de la tardía necropsia, y en el que se lee como “en este caso y después de leer el proceso... podemos deducir la causa de la muerte y su nexos de causalidad con las lesiones... 1. –Anemia aguda por 2. –choque hipovolémico por 3. – heridas múltiples causadas por arma cortopunzante”.

Tampoco era éste uno de esos casos donde la muerte sobreviene luego de transcurrido un tiempo relevante de días o meses desde la agresión, y en los que se hace necesario establecer científicamente si en el deceso intervinieron factores diferentes como el descuido médico o un tratamiento inadecuado. Aquí en la noche de los hechos la acción gestó un resultado inmediato, inequívoco, percibido y narrado por quienes estaban en capacidad de observarla desde el momento en que surgió el conflicto hasta cuando la víctima fallece.

Así lo interpretaron los juzgadores en sus fallos previo el análisis conjunto de los plurales medios probatorios, y frente a esa diversidad de evidencias relevantes, frágil resulta el insular ataque a una sola prueba que nunca fue tenida como determinante.

Del otro extremo, en el reproche a la estimación judicial de la ampliación de injurada del acusado Y.V. y el concordante dicho del

Guardia de la Cárcel de Túquerres señor E.M., aquel error de apreciación que se predica, no ofrece en la forma aislada como se presenta la trascendencia requerida para desquiciar la prueba sobre la cual reposa la sentencia impugnada. Si de un falso juicio de identidad se trata, la distorsión o tergiversación objetiva de su contenido no se probó por parte del casacionista, sin que surja su criterio discrepante frente al del juzgador válido fundamento del ataque, que nuevamente se debió enrumbar a la totalidad de elementos que sostiene el fallo de condena.

Si para el Tribunal el capital motivo de desatención para la sobreviviente excusa de inocencia de F.Y. radicaba en su oposición al dicho de la testigo G.J., y en cuanto a la versión del guardián M.B. en la preferencia de las testigos presenciales cuya espontaneidad e imparcialidad sobrepasa un testimonio de oídas y referencial del dicho interesado del co – procesado y tío del recurrente, claro se ve que en ese análisis no existe ni desconocimiento del contenido de las versiones de favor ni mucho menos una deformación de su sentido, sino tan solo un válido y lógico análisis, propio y privativo del juez del conocimiento, al cual se le concede la función de sopesar con sana crítica los medios aducidos al proceso.

Falla de nuevo la demanda porque con la parcialidad de su ataque deja enhiestas las pruebas que ante el fallo mayormente comprometen la responsabilidad del acusado, como diáfananamente se desprende de la versión de la testigo G.J.:

“...el Gerardo sacó el cuchillo le pegó un empujón al finado... y le dio una cuchillada en el pecho, entonces el finado se trató de defender con la ruana parecía que en ese momento no lo cortó, entonces el finado se corrió para allá a un trapiche... y el G.Y.y F.Y. lo persiguieron a toda carrera atrás y lo alcanzaron en el trapiche y el Gerardo le siguió dando cuchilladas... y el F.Y. le metía patadas, entonces como el F.Y. tenía una peinilla le daba también con la peinilla y patadas o punta pies hasta que lo tumbaron al suelo al finado Zambrano, luego ahí caído le seguían metiendo los dos el Gerardo... cuchilladas y el Fidencio... peinillazos y patadas, lo picaban sin pena, el Gerardo sobre todo lo picaba por el cuello y por el pecho como por el corazón y juntos con el otro también lo cortaba con la peinilla el F.Y., pero el herido no gritaba

ni nada, es que eso fue todo rápido, uno y el otro le tejieron los cortes rápido, rápido”.

Frente a esta narración, no impugnada por el casacionista, muy poco podía pesar la voz del acusado, por él mismo ya rectificada cuando ante el peso de las evidencias tan solo acierta a explicar que actuó “para quitarle el machete al finado, no nos estaba atacando sino que yo se lo quité, por eso pido que el concepto médico debe establecer que no tuvo heridas sino las de puñal... el machete lo dejé en unas plantas, en el filo de la casa”.

No demostró el casacionista los errores que defectuosa y frágilmente insinuaba, y ello deriva en que su demanda no pueda prosperar.

De modo marginal se insinúa en el único cargo del libelo que pese a la existencia de opuestos intereses entre los procesados, fue uno mismo el abogado que los defendía, lo que fue en desmedro de su derecho de defensa.

Como acertadamente responde la Procuraduría, de haber tomado en serio su reparo, era deber del demandante formalizar ese aserto en cargo separado, bajo la invocación de la causal de nulidad que le correspondía, señalando las normas vulneradas, las garantías desconocidas y la trascendencia del defecto, todo lo cual quedó omitido, sin que para la Corte asome en subsidio la demostración palpable de esa restricción o desconocimiento al punto de llevarle a una oficiosa anulación, pues lo que surge de la comparación de las versiones de los procesados en su persistente concordancia en las excusas, acusando primero uno y otro que el consumo de bebidas les impedía recordar lo sucedido, y propiniendo luego los dos de nuevo y de consuno, que tan solo GERARDO se comprometía en la autoría del ataque.

Tan pronto iba a iniciarse el juicio, F.Y. designó para sí otro defensor que lo asistió activa y exclusivamente en la etapa de la causa, luego sin que el censor demuestre de qué manera pudo perjudicarse el interés de su representado, su sola insinuación no autoriza la invalidación de lo actuado.

Pese al fracaso anunciado de la demanda, atendible resulta la solicitud de la Procuraduría Delegada para que la Corte subsane de oficio el yerro en que incurrieron las instancias al imponer las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la principal (16 años), porque al hacerlo excedieron los límites legales que para esa sanción se fijan no superiores a diez años (artículo 44 del Código Penal).

Siendo una garantía fundamental la de legalidad del delito y de la pena, obvia resulta la necesidad de corregir el yerro cometido para ajustar la sanción accesoria al límite de ley, opción que en casación le ha sido dada oficiosamente a la Corte por el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, precisamente en guarda del restablecimiento del derecho fundamental previsto en el artículo 29 de la Carta Política. En tal sentido se procederá. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, Acta No. 68, 18-05-95, Gaceta Judicial No. 2475, t. CCXXXVI, p. 937).

## COMENTARIOS

*La causalidad es la relación objetiva de causa a efecto que debe necesariamente existir entre una conducta y su resultado. La relación de causalidad permite observar el evento como directa consecuencia del comportamiento. El artículo 21 inc. 1 C.P. de 1980 establecía: "Nadie podrá ser condenado, por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de este, no es consecuencia de su acción u omisión".*

*En tal virtud, la relación de causalidad se debe establecer solo en los delitos en los cuales el resultado es elemento estructural del tipo, es circunstancia de agravación, o en los delitos preterintencionales o culposos. De acuerdo con la disposición, un hecho o acontecimiento que no tenga relación objetiva de causalidad con una conducta humana, o que sin la conducta necesariamente se produzca, será irrelevante para el derecho penal.*

*Según la doctrina de la idoneidad para que una conducta se considere como causa de un resultado es necesario que sea proporcionada, adecuada e idónea para su producción, que sea suficiente y eficaz. El problema concausal se presenta si frente a una conducta y a un*

*resultado concretos, se observa que aquella no es la única causa de este, sino que se presentan otros factores extraños que coadyuvan o determinan el resultado.*

*Nuestro legislador asumió - al eliminar el homicidio concausal como atenuación punitiva- la doctrina culpabilista según la cual, si un sujeto quiere determinado resultado y para conseguirlo despliega una conducta idónea para su producción, los factores extraños al agente que determinen o coadyuven al resultado (concausa), no rompen el vínculo causal y por tanto se debe predicar plena responsabilidad penal. La doctrina de la causalidad idónea, soluciona el problema de las concausas, abriendo paso a la valoración judicial de cada caso concreto para determinar la idoneidad de la conducta, y la permanencia del vínculo causal conducta-resultado, frente a las concausas que surjan. El problema concausal y causal se presenta en todos los tipos de resultado, pero es de singular importancia en el homicidio, dado el bien jurídico tutelado.*

*Nuestro legislador, en el artículo 9º del Estatuto vigente, ha hecho eco tardío de las críticas que desde el finalismo y el normativismo se hicieran al concepto de la causalidad mecánica, natural y voluntaria como única fuente de imputación. A este punto, es relevante la mención de la antijuridicidad material para el proceso de imputación causal, en cuanto no basta el simple nexo lógico para la imputación jurídica del resultado, entendiéndola ésta como la puesta en peligro o efectiva lesión del bien jurídico; se establece así una importante diferencia entre la derivación naturalista del evento producido, con la acción y el juicio de reproche que es eminentemente jurídico.*

*El tratamiento del vínculo de causalidad se mantiene dentro de la teoría de la conducta punible, bajo limitadas dimensiones; los problemas que genera la determinación de la causa, pasan a ser tratados bajo la óptica de la imputación jurídica del resultado, la cual no depende de la relación mecánica causa-efecto, sino de precisas valoraciones positivo-normativas; no se trata de un movimiento muscular voluntario que genera unos determinados efectos externos, sino de las condiciones que plantea el derecho positivo para atribuir esos resultados al agente, vale decir, la existencia de un deber jurídico de evitación o del propio actuar para su realización.*

*Así, y en forma paralela y expresa, al abandono de la causalidad como fuente única de imputación se une la aceptación, en la expresión “imputación jurídica del resultado”, de la doctrina según la cual en el proceso de imputación es necesario además que el agente origine o cree un riesgo jurídicamente desaprobado; aspecto en el que, según ya se advirtió, se está adoptando la teoría de la imputación objetiva, extrañándose la enunciación expresa de las dos categorías básicas establecidas por esta concepción: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y realización del riesgo.*

*La teoría de la imputación objetiva absorbe, en primer lugar y de manera ecléctica, los más diversos criterios que se dieron con anterioridad como formas explicativas de la causa: doctrina de la conditio, teorías de la adecuación y de la equivalencia, pretendiendo superarlas; para ello se acoge al parámetro valorativo relacionado con el problema de “si el resultado típico fue o no “obra” del autor y puede serle válidamente imputado como tal.”*

*El punto de partida es la sustitución de la relación de causalidad, -recuérdese que este también es el punto central de la crítica finalista- por una relación propuesta sobre estrictas consideraciones jurídicas y en orden a la atribución del resultado; observamos que el alcance de la doctrina es discutido, hasta llegar a verse en ella una nueva teoría del delito y no solo una doctrina explicativa de la causa. Así se quiere ver en la perspectiva inicial de ROXIN, una doctrina que señalaba los criterios o reglas para la imputación del resultado con fundamentos estrictamente normativos; esta parece ser la visión aceptada por nuestro legislador en el nuevo Código Sustancial. No obstante con los aportes de JAKOBS y FRISCH, se le ha dado el alcance de una verdadera teoría del punible, pues a más de simples reglas de imputación, se establecen criterios de definición o identificación de la conducta prohibida, aportes doctrinales que no fueron tenidos en cuenta para la redacción de la nueva norma.*

*La imputación objetiva no prescinde de la causalidad natural, sino que finca en ella un mínimo o principio de análisis. A partir de allí se debe verificar: a) si la acción ha producido un riesgo jurídicamente desaprobado y, b) si el evento creado constituye la realización misma del peligro. (Cfr. BACIGALUPO, Manual de derecho penal, parte general, p. 99)*

## TENTATIVA. HOMICIDIO. PUNIBILIDAD

**“No es posible disminuir la pena, con el criterio de una disposición favorable y vigente, de una pena tipo establecida por una ley derogada.”**

El anterior Código Penal reprimía el homicidio con pena de presidio de 8 a 14 años, según el artículo 17 ibídem, el delito imperfecto admitía una rebaja hasta de una tercera parte. En cambio, el actual Código Penal sanciona el homicidio simple con una pena de prisión de 10 a 15 años. Y de conformidad con el artículo 22 ibídem, la tentativa se reprime con una pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo señalado para el delito consumado.

Las disminuciones previstas para el delito imperfecto, tanto en la antigua legislación penal como en la vigente (artículos 17 y 22, respectivamente), se refieren de manera expresa a la pena señalada para el delito consumado, en cada Código, lo cual no permite disminuir la pena con el criterio de una disposición favorable y vigente, de una pena tipo establecida por una ley derogada. En ambas legislaciones, en efecto, las disminuciones previstas para el delito imperfecto, tienen relación expresa y directa con el correspondiente artículo que reprime el delito consumado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 3-03-1981. Magistrado Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Gaceta Judicial N° 2404, Pág. 114)

## COMENTARIOS

*En el nuevo código sustancial la comprensión normativa básica de la modalidad tentada permanece inalterada. La diminuyente punitiva también permaneció en el nuevo artículo 27; así la pena imponible para el llamado “delito imperfecto” no puede ser menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la pena prevista para el delito consumado. Hay tentativa cuando el proceso de perfeccionamiento de una infracción se interrumpe, no se alcanza la finalidad propuesta por el agente, no se ha producido el resultado exigido o la simple conducta descrita no se ha agotado, debido a circunstancias ajenas a la voluntad del actor. Según las reglas generales de la tipicidad objetiva, la incriminación del acto*

*efectivamente realizado no es posible, por esto se considera a la tentativa una institución extensiva del tipo. Algún sector de la doctrina no acepta esa naturaleza imperfecta y accesorio de la tentativa, afirmando que si a un determinado comportamiento se le asigna una pena, aquel será necesariamente un delito perfecto.*

*Nuestro ordenamiento prevee que la punibilidad en la tentativa se da a partir del comienzo de los actos ejecutivos: Son actos de ejecución los que en su desarrollo tienen el alcance de invadir en forma manifiesta la esfera de protección o ejercicio del sujeto pasivo, con lo cual marcan el comienzo de la lesión al bien jurídico tutelado. Se determina la realización de actos ejecutivos con el comienzo de la acción u omisión a que se refiere el respectivo verbo determinador.*

*El esquema clásico, continúa siendo instrumento conceptual-descriptivo para la explicación del momento incriminativo de la tentativa, según la específica decisión de política legislativa, adoptada tanto en el anterior como en el nuevo Código. Refleja sin más el procedimiento lógico simple de todo comportamiento humano, que siempre ha de poseer las mencionadas etapas, no obstante ellas pueden presentarse casi simultáneamente, con ligeras soluciones de continuidad o cabalmente determinadas y distanciadas en el tiempo.*

*Tradicionalmente la pena de prisión para el delito de homicidio se enmarca, en su forma simple y agravada dentro de los topes máximos permitidos por el Ordenamiento en la parte general. El artículo 44 del Código de 1980 en su redacción original, estableció el límite de la pena de prisión en treinta años; el artículo 28 de la Ley 40 de 1993 elevó dichos máximos a sesenta años, en razón a que incrementó ferozmente los topes de la pena de prisión para las más diversas formas delictuales, entre ellas el homicidio simple (entre veinticinco y cuarenta años), y el homicidio agravado (entre cuarenta y sesenta años); a su turno, el artículo 31 de la precitada ley estableció que “salvo los casos” contemplados en ella, la pena privativa de la libertad no podría exceder de treinta años.*

*El artículo 3<sup>a</sup> de la ley 365 de 1997, modificó nuevamente el artículo 44 del Código de 1980, conservando los sesenta años como máximo de la pena de prisión y aumentando a ocho el límite superior del arresto, ahora eliminada. Así llegamos al Código de 2000, que otra vez, de manera irreflexiva, a golpe de capricho, retrocede el péndulo*

*a veinticinco años como máximo de pena corporal, para el homicidio simple y cuarenta años para las modalidades agravadas, que siguen siendo en la práctica una ilimitada cadena perpetua, que bien poco aportará en la lucha por la modificación de los índices delincuenciales -disminución de la comisión y aumento de la represión efectiva-.*

## TEMA XI

### HOMICIDIO AGRAVADO

**“Existe diferencia entre la muerte que se ocasiona a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, y la que se realiza abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido”.**

(...)

La primera tacha que con fundamento en la causal primera hace el recurrente a la sentencia es antitécnica, porque ya había sido formulada en el cargo precedente al amparo de una supuesta nulidad constitucional, aunque a ella se agregue ahora que la sentencia no reconoció complicidad correlativa. Si quedó precisado, al estudiar el cargo precedente, que la sentencia impugnada condenó a J.M. como coautor del homicidio en la persona de T.S., no puede afirmarse que el Tribunal omitió señalar a qué título se le dedujo responsabilidad por aquel hecho.

Ahora bien, si lo que el memorialista pretende es reclamar para su patrocinado una complicidad correlativa y no coautoría en la muerte de T.S., tendría que haberlo hecho por la vía de la violación indirecta de la ley por falta o errada apreciación de las pruebas, como que ésta figura suponía en el Código anterior imposibilidad procesal de comprobar autoría entre los copartícipes.

Aunque el propio recurrente reconoce que este cargo es inane porque no se reflejó en la parte resolutive de la sentencia, conviene puntualizar que ni siquiera es predicable de la motiva. Lo que realmente ocurrió fue que al llamar a juicio a los procesados por la muerte de T.S. el juzgado les dedujo como agravante la causal 5º del

artículo 363 del Código Penal; pero el Tribunal al revisar tal providencia corrigió el error y dijo expresamente que la causal de agravación imputable era la 6<sup>o</sup> por abuso de las condiciones de inferioridad de la víctima (folio 258, cuaderno 1); los cuestionarios fueron formulados con expresa referencia a esta última agravante (folios 367 y 368, cuaderno 1) y aunque en la parte motiva de la sentencia de primera instancia el juzgador menciona equivocadamente las causales 5<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup> del artículo 363, en la resolutive impuso a T.M. la pena mínima prevista en aquella disposición –lo que no hubiera ocurrido de haber tomado en consideración ambas agravantes – pena mínima que el Tribunal confirmó en la sentencia impugnada.

Desde luego, que no lo es lo mismo matar poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad (numeral 5<sup>o</sup>) que hacerlo con abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido (numeral 6<sup>o</sup>); en aquella hipótesis el agente despliega comportamiento insidioso, desechante, alevoso, utiliza el mecanismo avieso y solapado del veneno o emplea cualquier otro artificio que coloque al sujeto pasivo en condiciones desventajosas para intentar con fortuna reacción tempestiva a la letal agresión; en esta, el actor no necesita utilizar ninguno de aquellos subterfugios para lograr su propósito homicida, porque el destinatario de la acción se encuentra ya en situación personal desventajosa –enfermo, dormido, minusválido, drogado – inferioridad ésta que aprovecha para consumir sin riesgo y con mayor seguridad el homicidio.

Como en este caso, según ya se vio, no hubo en la sentencia la confusión entre las dos agravantes ni deducción conjunta, sino referencia a la del numeral 6<sup>o</sup> del artículo 363 del Código Penal –pese a error intrascendente en la parte motiva de la sentencia de primer grado – resulta inválido el último cargo que por esta razón se le hace al fallo del Tribunal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 15-06-1981. Magistrado Ponente doctor. Alfonso Reyes Echandía. Gaceta Judicial N° 2404, Pág. 309)

## COMENTARIOS

*El colocar a la víctima en condiciones de inferioridad y el abusar de dichas condiciones, son causas clásicas de agravación punitiva, tanto a título genérico como específico en variadas formas delictivas, entre*

*ellas pos supuesto el homicidio. Las dos hipótesis se refunden en el numeral 7º del artículo 104 de la legislación vigente; en la primera, las dos circunstancias consideradas se tornan en los medios comisivos típicos, el agente da lugar a la situación y al mismo tiempo, en forma simultánea o subsiguiente, se aprovecha de ella para la perfección del delito básico. Así, se exige que el sujeto pasivo sea colocado en estado de indefensión o inferioridad, procuración que se erige en el medio típico de comisión necesario para la derivación agravada.*

*El medio utilizado extiende sin duda el objeto de protección, en cuanto la víctima es puesta en una situación que le hace imposible defender el derecho prevalente, comprender y autoregular su reacción, pues claramente se debe tratar de afectaciones de orden físico o síquico que la imposibilitan. Una de las situaciones medio que utiliza el agente es la colocación del sujeto de imposibilidad de defenderse, de oponerse a la agresión, de resistirla; esta simple posibilidad, que se supone existente en toda persona normal, atendidas las circunstancias del acto, debe ser anulada de manera absoluta por el agente, siempre en orden a la perpetración del acto homicida.*

*Pues bien, dada la técnica no ejemplificativa, que desde 1980 utilizó el legislador, la agravante surge cualquiera que sea la circunstancia o el medio de procuración utilizado por el agente, con el fin de imposibilitar la defensa de la víctima; la disposición debe comprender, la casuística enunciación que presentaba la legislación proveniente de 1936: el envenenamiento, la intoxicación, el suministro de sustancias somníferas, la ejecución de la conducta en despoblado, la insidia, la asechanza, etc. La indefensión es la situación espacio-temporal del sujeto pasivo, que dificulta u obstaculiza su reacción defensiva. La inferioridad es el desequilibrio ostensible entre la fuerza o los medios de ataque y las posibilidades o medios defensivos de la víctima.*

## TEMA XII

### HOMICIDIO CON CAUSAL. TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Aunque hasta aquí llegan los planteamientos de la demanda, la Sala no puede menos de observar que fueron contradictorias y equivocadas las consideraciones que llevaron al Tribunal a condenar al procesado por delito de homicidio con causal. En efecto, partiendo de la premisa conforme a la cual no hubo homicidio con causal porque la víctima falleció en razón de la mortal herida recibida y pese a señalar que, por consiguiente, tal conducta configura homicidio voluntario, acepta en seguida que como el jurado empleó la expresión “con causales” ha de suponerse que se inclinó por el homicidio con causal como lo pidió el fiscal en la audiencia (lo que no fue cierto; Fol. 646) y concluye que debe entonces aplicar la pena que el artículo 366 del Código Penal anterior señalaba para esta figura, porque es sanción más benévola que la del homicidio simple del nuevo estatuto punitivo.

No era ésta, en verdad, la solución del problema, pues que el dilema planteado debió despejarse de otra manera: si el Tribunal creía que la respuesta del jurado apuntaba inequívocamente al homicidio con causal, habría tenido que decidir si lo consideraba o no contraevidente; en caso afirmativo, haría la declaración correspondiente y dispondría regresarlo al juzgado para los efectos legales pertinentes, como lo hizo respecto del otro veredicto por homicidio; en caso negativo, y ante la desaparición de este tipo penal en el nuevo Código, tendría que haber optado entre la absolución por inexistencia del delito –como lo hizo el juzgado de primera instancia – en decisión formalmente lógica, aunque jurídicamente equivocada, y una responsabilidad por tentativa de homicidio si creía que la con- causa sobreviniente fue de tal magnitud que decidió la producción del resultado muerte, de manera que la conducta del actor, por sí sola, no lo habría logrado y, consecuentemente, a ella no se le atribuiría aquel evento.

Si, en cambio, el Tribunal consideraba que el veredicto debía interpretar en el sentido de una responsabilidad por homicidio simple, porque no fue la con- causa ulterior determinante del resultado muerte, o porque aquella no existió –premisa de la cual efectivamente partió en este caso -, la conclusión ineludible era la de emitir condena por tal delito conforme al auto de proceder y con favorable aplicación ultraactiva de la sanción prevista en el artículo 362 del Código Penal anterior.

En el plano puramente sustantivo, la desaparición del tipo de homicidio concausal en el nuevo Código Penal bien puede dar lugar

también a otras soluciones, así: la del reconocimiento de un homicidio preterintencional si en el juicio llegare a demostrarse (con la aceptación del jurado), que el procesado actuó con dolo de lesión y la con- causa ulterior coadyuvante de la muerte le fuese imputable a título de culpa; o la del reconocimiento de unas lesiones personales si, de mostrado también el dolo de lesiones, la muerte sobrevino por concausa imprevisible que rompió el nexo causal entre la conducta del actor y su natural resultado, como cuando herida una persona en condiciones tales que la lesión no ofreciese peligro para su vida, es conducida a la clínica en una ambulancia que choca por imprudencia del conductor, se incendia y perece el herido en la conflagración.

En el presente caso, lo que no ha debido hacer el Tribunal fue lo que lamentablemente hizo, esto es, una mezcla injurídica entre aceptación del veredicto como de homicidio con causal y rechazo de tal figura de acuerdo con la realidad procesal para acoger la del homicidio simple, y una indebida aplicación por supuesta favorabilidad, de la pena prevista en el Código Penal anterior para el delito de homicidio con causal respecto de la consagrada en el nuevo para el homicidio simple.

Frente a tan anómala situación que muestra ostensible contradicción lógica entre los mismos presupuestos jurídicos sentados en los considerandos de la sentencia y entre éstos y la conclusión a que se llega, en su parte resolutive, la Sala no puede menos de reconocer la inexistencia jurídica de dicha providencia.

El artículo 171 del Código de Procedimiento Penal exige que entre los considerandos y la parte resolutive de la sentencia haya concordancia lógica; por eso señala que en aquéllos el juzgador ha de consignar los fundamentos jurídicos de la imputación, de la calificación de los hechos y de la pena o medida de seguridad impunes, y que en la parte resolutive se concrete ésta o aquélla, de conformidad con las premisas expuestas en la motivación. La imperfección sustancial del auto de proceder o de la sentencia de modo que vulnere el derecho de defensa en aquel caso o imposibilite o dificulte la aplicación del derecho en este, genera nulidad constitucional porque se ha pretermitido en una y otra situaciones la cumplida observancia de la plenitud de las formas propias del juicio. Así lo reconoció esta Corporación en reciente decisión (agosto 28 de 1981), y así lo reitera en esta oportunidad con la declaración de oficio de aquel fenómeno.

Esta nulidad supralegal afecta solamente la sentencia proferida por el Tribunal; consecuentemente, ha de emitir nuevo fallo teniendo en cuenta las consideraciones que se han hecho en las motivaciones de esta providencia. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 4-03-1982. Magistrado Ponente Dr. Alfonso Reyes Echandía. Gaceta Judicial N° 2408, Pág. 28).