



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP103-2020

Radicación n.º 55595

(Aprobado acta n.º 09)

Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil veinte (2020).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve la *impugnación especial* propuesta por el defensor de **JESÚS AVELINO JURADO GONZÁLEZ** y **WILMER ESTIVEN ÑAÑEZ MARTÍNEZ** en contra de la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que revocó la absolutoria proferida por el

Juzgado Promiscuo del Circuito de la Cruz-Nariño y en su lugar condenó a los acusados por el delito de lesiones personales.

HECHOS

Fueron consignados en el fallo impugnado, según se narraron en el escrito de acusación, así:

[...] se tiene que el 4 de octubre de 2015, siendo aproximadamente las 22:55 horas, miembros de la Policía Nacional que prestan vigilancia en el municipio de San Bernardo, recibieron una llamada telefónica a través de la cual les informaron que los ocupantes del vehículo marca Hyundai de placas CSD-663, color azul, estaban haciendo grafitis en las casas del barrio Fátima, motivo por el cual se dispusieron a salir para ese sitio.

No obstante, en ese momento les informaron que a la Estación de Policía había llegado una persona con una herida en su pierna derecha. El afectado les manifestó que quienes le causaron la lesión fueron las personas que se movilizaban en ese vehículo, utilizando un arma de fuego, luego de que aquel les reclamó por pintar las paredes. Además, el herido les señaló que los atacantes se trasladaron hacia la vereda La Vega y que uno de ellos es conocido con el alias de “Pantera”.

Minutos después, los agentes de la policía AMAURI ANDRÉS PERLAZA ANGULO y JOSÉ JAIRO TITISTAR ROSERO vieron pasar el automotor antes descrito con los sujetos implicados en los hechos y procedieron a seguirlos a bordo (sic) de un carro articular. Después de haber transcurrido la persecución por un periodo de 8 a 10 minutos y de realizar varios intentos para que los sospechosos detuvieran la marcha del carro, estos realizaron disparos al vehículo en que se movilizaban los miembros de la Policía. Por ello, el auxiliar PERLAZA ANGULO accionó su fusil de dotación en cinco oportunidades con dirección a las llantas del rodante, con lo cual logró detener su movimiento.

Siendo así, los agentes procedieron a realizar un registro personal de quienes se trasladaban en el carro, encontrando que uno de ellos tenía una herida de bala en su espalda, por lo que procedieron a llevarlo hasta un centro hospitalario. Luego continuaron con una inspección de los alrededores, teniendo en cuenta que observaron que uno de los ocupantes, al bajarse del vehículo, arrojó un objeto a la maleza. La búsqueda permitió encontrar al lado derecho de la vía, un revolver calibre 38 Smith & Weeson (sic), con el número externo borrado y el interno correspondiente al 64977md 36, con tres cartuchos y dos vainillas percutidas en su interior.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 21 de noviembre de 2015 se llevaron a cabo ante el Juzgado Promiscuo Municipal de la Cruz-Nariño, con funciones de control de garantías¹, las audiencias concentradas en las que la Fiscalía realizó el acto de imputación por los delitos de homicidio en modalidad tentada y porte ilegal de armas de fuego y se les impuso a los acusados medida de aseguramiento no privativa de la libertad, consistente en la presentación periódica.

El 14 de enero de 2016 la Fiscalía radicó escrito de acusación², y el 22 de agosto de esa anualidad tuvo ocurrencia la audiencia a través de la cual se les formuló la misma a **JURADO GONZÁLEZ** y **ÑAÑEZ MARTÍNEZ**, por los mencionados ilícitos, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Cruz-Nariño³.

¹ Fls. 57-61 c. o. 1.

² Fls. 1-6 ibídem.

³ Fls. 81-83 ib.

La audiencia preparatoria fue celebrada el 25 de octubre siguiente⁴, mientras que el 1º de octubre de 2017 se adelantó la audiencia de juicio oral y se emitió sentido de fallo absolutorio⁵, el cual se profirió y se le dio lectura el 28 de noviembre del mismo año⁶; audiencia en la cual se interpuso y sustentó recurso de apelación por parte del delegado de la Fiscalía.

Mediante sentencia del 15 de mayo de 2018, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, revocó la absolución impartida por el Juzgado Promiscuo de La Cruz, y en su lugar, condenó a los acusados, como coautores del delito de lesiones personales, a la pena de 54 meses de prisión, multa de 38.99 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad; además de concederles la prisión domiciliaria y comunicar que contra el fallo procedía la impugnación especial y el recurso extraordinario de casación⁷.

En la audiencia de lectura del fallo realizada ese día, el defensor de los acusados interpuso impugnación especial en su contra, la cual sustentó oportunamente⁸.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

⁴ Fls. 91-95 ejusdem.

⁵ Fls. 110-111 ej.

⁶ Fls. 133-139 ej.

⁷ Fls. 152-179 c. o. 1.

⁸ Fls. 163-192 ibidem.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, revocó la absolución declarada en primera instancia por las siguientes razones:

Se mostró conforme con algunos de los argumentos esbozados por el *a quo* mediante los cuales absolvió a los acusados, como son, la deficiente labor investigativa de la Fiscalía, cuya carga le correspondía a fin de demostrar los delitos de homicidio en la modalidad de tentativa y porte ilegal de armas por los cuales acusó; no obstante, ninguna prueba allegó al juicio que permitiera establecer que los procesados carecían del permiso de autoridad competente respecto del porte del arma incautada, y tampoco probó, más allá de toda duda razonable, que la intención de aquellos fuera acabar con la vida de la víctima, pues por la forma en que sucedieron los hechos, nada impedía que dicho fin se obtuviera, dada la imposibilidad de reacción del ofendido luego de recibir los disparos.

Pero, en lo que el *ad quem* disiente del fallo de primer grado, es en lo relacionado con la autoría de la agresión padecida por la víctima, pues advierte que conforme con la prueba recaudada, quienes fungen en esta actuación como acusados son las responsables de ello, como salta a la vista del testimonio pormenorizado de LUIS HERNANDO ORDOÑEZ CÓRDOBA, el cual suministró con claridad las características del automotor en el que los encartados se desplazaban, los individualizó y señaló como aquellos que le dispararon en repetidas ocasiones la noche del acontecer fáctico.

De donde aflora que las personas que agredieron a la víctima, si bien utilizaron un medio idóneo para matar, no lo emplearon con tal objetivo, en razón de la región anatómica afectada -pierna derecha- y la oportunidad que tuvieron para rematarla, evidenciando así el ánimo de lesionar; y si bien la Fiscalía no cumplió con el deber de demostrar que el arma sometida a estudio balístico fue la utilizada para lesionar a ORDOÑEZ CÓRDOBA, esa falencia, que interesa con exclusividad al injusto contra la seguridad pública, no descarta que los procesados sean los autores de la agresión cuya existencia fue debidamente demostrada con el testimonio rendido por la médico forense MAGALY DEL SOCORRO REALPE PALACIOS, quien hizo alusión al dictamen final de la víctima que acreditó *«Deformidad física de carácter permanente y una perturbación funcional del miembro inferior derecho de carácter permanente»*.

Además, destacó que los testimonios rendidos por los coacusados **JURADO GONZÁLEZ** y **ÑAÑEZ MARTÍNEZ**, confirman, al igual que el anterior, la versión de la víctima en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, así como que los hoy procesados fueron quienes ocasionaron sus lesiones.

Seguidamente, reconoció el proceder doloso de los procesados por cuanto al accionar las armas de fuego que portaban conocían que causarían un daño a la humanidad de la víctima y, a pesar de ello, decidieron comportarse voluntariamente en procura de conseguir, como lo lograron, ese resultado; ocasionando la lesión al bien jurídico tutelado

de la integridad personal, además de que aquellos comprendían su proceder ilícito.

En tal virtud, procedió a dosificar la pena imponible resaltando que el punible de lesiones personales con perturbación funcional de carácter permanente -de mayor gravedad-, según lo previsto por el artículo 114 inciso 2° del Código Penal, consagra una pena privativa de la libertad de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que al precisar los cuartos punitivos, se ubicó en el mínimo, y en razón del plural número de disparos realizados por los acusados, el uso de un vehículo que los colocó en una condición privilegiada para perpetrar el ataque, lo cual generó un potencial riesgo de mayores consecuencias y representó un dolo considerable, traduciendo ello la gravedad del comportamiento asumido, de acuerdo con el artículo 61.3 del Código Penal, incrementó el mínimo punitivo en 6 meses, e impuso las penas ya mencionadas.

De otro lado, concedió la prisión domiciliaria a la luz del canon 38 del Estatuto Penal Sustantivo, por reunirse los requisitos previstos en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 38 B *ibidem*.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa señala como cuestionamiento contra la sentencia del *ad quem*, que la misma contraría el principio de congruencia, toda vez que la Fiscalía imputó y acusó a los procesados de los delitos de homicidio en la modalidad de la tentativa y porte ilegal de armas, mientras que el Tribunal los condenó como coautores de lesiones personales, vulnerando el señalado axioma y violentando los derechos fundamentales de defensa y debido proceso.

El primero, por cuanto la sentencia de segunda instancia sorprendió a la defensa y a los procesados, al emitirse por un ilícito jamás imputado, acusado ni objeto de debate probatorio en el juicio, pues que, de haberlo sido, otras posibilidades de terminar el proceso se habrían considerado.

El segundo, porque «*se coartó o impidió la posibilidad que tenían los procesados de allanarse a la imputación, o a través del preacuerdo o la negociación con la Fiscalía terminar de manera prematura el proceso*», además, que ni la defensa técnica ni los condenados «*nunca tuvieron la oportunidad de ejercer el Derecho de Defensa y con el de Debido Proceso en cada una de sus modalidades por el delito de LESIONES PERSONALES*» (sic).

En relación con el principio de congruencia hizo alusión a la CSJ SP, 25 abr. 2007, radicado 26309, de la cual extrajo que «*jamás se podrá emitir un fallo sin que el delito descrito en el aspecto fáctico relevante, haya sido previamente enunciado, con la debida claridad en la audiencia preliminar*

de imputación», puesto que los hechos no pueden ser modificados ya que el aludido principio se materializa con el acto de imputación, de acusación y sentencia, y está creado, al igual que el de coherencia, para garantizar el derecho de defensa.

De otro lado, sostiene que la condena se estructuró con fundamento en la declaración rendida por la médica legal MAGALY DEL SOCORRO REALPE PALACIOS, quien aludió como dictamen final del ofendido la «*deformidad física de carácter permanente y perturbación funcional del miembro inferior derecho de carácter permanente*», el cual no fue allegado al proceso, y, por tanto, no podía ser sustento del fallo.

Por todo ello, solicitó revocar la sentencia y absolver de todo cargo a sus representados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De acuerdo con el numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política -modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 1 de 2018-, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la impugnación especial elevada contra la primera condena proferida por los tribunales superiores de distrito, ceñida a los principios de limitación -por lo que revisará los aspectos impugnados y los que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto-, y de no reforma en peor -esto es, sin agravar la

situación del procesado en cuyo favor se interpuso el recurso, por tratarse de apelante único-.

Desde ya se anticipa que del estudio de los presupuestos que delimitan este asunto, conforme los términos de la impugnación, la Sala concluye que es necesario confirmar la decisión de segunda instancia.

2. Estudio de fondo:

Como quedó dilucidado, el principal cuestionamiento en el que radica la inconformidad del impugnante contra el fallo del *ad quem*, está centrado en el principio de congruencia que estima vulnerado por la contradicción existente entre la acusación formulada por los delitos de homicidio en la modalidad de tentativa y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, y la sentencia proferida por el delito de lesiones personales, por cuanto ésta constituye una sorpresa ya que tal ilícito jamás fue imputado, acusado ni objeto de debate probatorio en el juicio, con lo cual aduce que se violentaron los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

Pues bien, de acuerdo con el principio de congruencia previsto en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004: «*El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena*», por lo que se ha considerado que el mismo pretende, entre otros fines, que el procesado pueda ejercer efectivamente su defensa, atendido que solo puede ser condenado por los hechos contenidos en la acusación sin ser

sorprendido con imputaciones frente a las cuales no tuvo la oportunidad de defenderse.

Sobre la manera en que tal postulado puede ser infringido, la Sala ha señalado que el principio aludido se cercena cuando el funcionario judicial condena en alguno de los siguientes supuestos⁹:

«(i) por **hechos** no incluidos en la imputación y acusación o **por conductas punibles** diversas a las atribuidas en el acto de acusación;

(ii) por un **delito** jamás mencionado **fácticamente** en la imputación, **ni fáctica y jurídicamente** en la acusación;

(iii) por el injusto por el que se acusó, pero le adiciona **una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad**, o

(iv) por la conducta punible imputada en la acusación, pero le **suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad** reconocida en la acusación (CSJ SP, 15/05/08, rad. 25913, SP 16/03/11, rad. 32685).» Negritas adicionadas.

De igual forma, se ha precisado¹⁰, como el mismo recurrente lo destaca con base en un antecedente jurisprudencial de la Sala, que la **imputación fáctica no puede ser objeto de modificación sustancial** a lo largo del proceso, por lo que su núcleo central debe ser mantenido desde la formulación de imputación hasta la sentencia; mientras que en relación con la **imputación jurídica**, la

⁹ Cfr. CSJ. SP. de 13 de marzo de 2019, Rad. 52066.

¹⁰ Cfr. CSJ. de 5 de octubre de 2016, Rad. 45647; SP. de 24 de julio de 2017, Rad. 41749; SP. de 23 de noviembre de 2017, Rad. 46166; SP. de 7 de febrero de 2018, Rad. 49799, entre muchas otras.

Corte ha establecido que la misma **es flexible**¹¹, por lo tanto, no se lesiona el principio de congruencia cuando el juez se aleja **jurídicamente** del contenido de la acusación y emite sentencia de condena por un reato diverso al allí imputado, siempre que¹²:

«i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad -en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal-;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ AP5715-2014).».

También la Corte Constitucional¹³ señaló que el principio de congruencia se satisface cuando se describen clara, precisa y detalladamente los hechos, al paso que *«la calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa*¹⁴».

Lamentablemente, el apelante omitió su obligación de explicar por qué, desde su punto de vista, en el caso concreto se presenta una variación en cuanto a los hechos por los cuales resultaron condenados sus defendidos, origen de la violación al principio de congruencia que alega, a lo cual estaba obligado de cara a la prosperidad de la censura, coligiéndose, del contenido de la impugnación, que el censor

¹¹ Cfr. SP. de 3 de mayo de 2017, Rad. 30716; SP. de 8 de febrero de 2017, Rad. 46099; SP. de 11 de abril de 2018, Rad. 47680, entre otras.

¹² Cfr. *Ídem*.

¹³ Cfr. SCC. C-025 de 2010

¹⁴ «CIDH. caso Fermín Ramírez contra Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005».

tiene una confusión en torno a lo fáctico y lo jurídico de la imputación.

A pesar de ello, al analizar la sentencia impugnada lo que la Sala aprecia es que no se cercenó el principio de congruencia, por cuanto al revisar la actuación se constata que la Fiscalía, desde la audiencia de formulación de imputación hasta la culminación del juicio oral, en relación con los hechos por los cuales se procede, refirió la agresión con arma de fuego ocasionada en la humanidad de LUIS HERNANDO ORDÓÑEZ CÓRDOBA, la noche del 4 de octubre de 2015, señalando como coautores a los acusados.

En tal virtud, la imputación de los hechos relevantes aducidos por la Fiscalía a lo largo del proceso, conocidos ampliamente por la defensa y sus prohijados -sin oposición alguna de su parte-, fueron los mismos atendidos en la sentencia proferida por el *ad quem*, quien, dada la flexibilidad de la imputación jurídica, finalmente condenó, respetando los parámetros ya señalados, por el delito de lesiones personales con deformidad física de carácter permanente y perturbación funcional de carácter permanente, sancionado con pena de menor entidad a la fijada para el homicidio tentado por el cual se acusó -además del porte ilegal de armas-.

Adecuación típica que realizó, acorde con la evaluación que hizo en sana crítica de la prueba allegada al juicio, y acogiendo, atinadamente, el principio de libertad probatoria

que rige en materia criminal, tal y como la jurisprudencia lo ha decantado¹⁵:

*«... nuestro sistema procesal penal se rige por el principio de **libertad probatoria**, el cual se halla consagrado en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 que establece que “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.”.*

En ese sentido, el recurrente yerra al suponer la existencia de una tarifa probatoria en materia penal (...), cuando en realidad nuestro sistema probatorio admite que los aspectos sustanciales objeto del debate sean probados por cualquier medio suasorio, siempre que este sea respetuoso de los derechos humanos de los sujetos implicados en el proceso. En esta vía de apreciación la Sala ha sido clara en señalar que¹⁶:

*“Nuestro sistema probatorio permite y alienta a que los elementos constitutivos del delito, de la responsabilidad criminal, de las circunstancias que la excluyen, las que permiten dosificar la sanción y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, pueden acreditarse con cualquiera de los medios de prueba, siempre que sean legal y oportunamente allegados a la actuación, salvo que, de manera expresa, la propia ley exija un elemento demostrativo especial, **que en el sistema de la Ley 906 de 2004 está exclusivamente previsto en el artículo 381.2 en lo que concierne a la prueba de referencia**, en cuanto impide que la sentencia condenatoria pueda estructurarse exclusivamente en medios probatorios que no hubieren sido sometidos a contradicción ni sometidos al control que le corresponde ejercer a la parte acusada.”. (Destacado de la Corte)».*

El aludido artículo 373 de la Ley 906 de 2004 debe ser armonizado con el precepto 382 del mismo ordenamiento al fijar como medios de conocimiento «la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia

¹⁵Cfr. CSJ. AP. de 4 de abril de 2018, Rad. 51350.

¹⁶ Cfr. CSJ. AP. de 18 de julio del 2017, Rad. 49140.

física, o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico».

Por consiguiente, no solo a través del documento en que conste el dictamen médico legal, como lo argumenta la defensa, resultaba viable establecer definitivamente las lesiones ocasionadas a la víctima, sino que su existencia también podía acreditarse mediante la declaración vertida precisamente por la médico forense tratante, como en este caso aconteció, pues la doctora REALPE PALACIOS fue enfática en señalar que si bien inicialmente dictaminó 25 días de incapacidad a ORDÓÑEZ CÓRDOBA por la lesión que se le había causado con arma de fuego, acorde con su versión e historia clínica, posterior a esa valoración se le efectuaron tres más, para finalmente determinar como secuelas «*deformidad física de carácter permanente y perturbación funcional del miembro inferior derecho de carácter permanente*»; versión a la que se le dio credibilidad dada su espontaneidad, científicidad y coherencia con los demás medios de prueba.

Por tanto, como sobre la anunciada valoración no se formuló crítica alguna por la defensa y no hay tarifa legal para establecer probadas las mencionadas consecuencias de la lesión, en virtud de la regla general transcrita, no constituye ningún error establecer la existencia de la conducta punible a partir del testimonio señalado y de los restantes elementos probatorios allegados al juicio, sin pasar desapercibido que también se demostró que los procesados fueron responsables de la misma, con las aseveraciones ofrecidas por **JESÚS AVELINO JURADO GONZÁLEZ** y **WILMER ESTIVEN ÑAÑEZ MARTÍNEZ**,

a través de las cuales corroboraron, en lo fundamental, el relato circunstanciado del ofendido LUIS HERNANDO ORDOÑEZ CÓRDOBA, quien sin titubeos los señaló como directamente responsables de su agresión, además de brindar otras circunstancias a través de las cuales se pudo constatar la presencia de éstos en el lugar de los hechos.

La defensa refiere que ante lo sorpresivo del fallo de segunda instancia se han violentado los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, por cuanto no contó con la oportunidad de defenderse del delito por el cual se condenó en últimas, cuando lo cierto es que desde la audiencia de imputación hasta los alegatos que se presentaron en el juicio oral¹⁷, ha podido presentar sus argumentos en lo que a los hechos relevantes competía, pero en su lugar, su tesis defensiva de principio a fin estuvo dirigida a descartar la participación de los procesados en los sucesos, sin aducir argumento alguno respecto a la imputación jurídica de los mismos.

De ahí que resulte contrario a la realidad que no haya tenido ocasión de preparar integralmente la defensa y direccionar la estrategia pertinente en torno a las eventualidades que enfrentaba, relacionadas con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad correspondientes, incluida la imputación jurídica que en últimas realizó el Tribunal, favorable a los intereses de sus prohijados y, por ende, la «*sorpresa*» a que alude en torno a la misma, tan solo denota

¹⁷ En los cuales el defensor tangencialmente hizo mención a «*las lesiones*» ocasionadas, sin desarrollar el argumento respectivo (DVD record 39:13).

la desidia de la actividad defensiva desarrollada al respecto, pues jamás se presentó discordancia alguna en lo que se refiere a la imputación fáctica que permaneció inmodificable desde los albores del proceso hasta hoy.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia se confirmará íntegramente la decisión del *ad quem*.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR la sentencia condenatoria impugnada por el defensor de **JESÚS AVELINO JURADO GONZÁLEZ** y **WILMER ESTIVEN ÑAÑEZ MARTÍNEZ**.

Segundo: Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria