



JP

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Magistrado Ponente

AP1018-2014
Radicación n° 43033
(Aprobado Acta No. 61)

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil catorce
(2014).

V I S T O S

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora de **Marlon Zapata de la Cruz**, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barraquilla, mediante la cual confirmó parcialmente la proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Adjunto de esa capital, que condenó al mencionado por el concurso de delitos de homicidio simple y homicidio tentado, y al también procesado Alex Javier Camargo Camargo por la conducta punible de homicidio en grado de tentativa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los primeros fueron sintetizados por el ad quem de la siguiente manera:

El 30 de agosto de 2003, Alex Camargo y su padre Javier Camargo llegaron hasta la casa de Patricia Polo Hernández, donde se encontraba Marlon Zapata y otras personas más, con la intención de ingerir licor en la casa de la mencionada señora, una vez llegaron a dicho inmueble Alex Camargo lanzó improperios y amenazó de muerte con un arma de fuego a Patricia, por lo cual Marlon llamó la atención a Alex y éste (sic) último respondió con disparos que impactaron en la humanidad de Marlon, quien a su vez disparó causándole heridas a Alex y contra Javier Camargo quien falleció a causa de las heridas mortales.

2. Vinculados a la investigación Alex Javier Camargo Camargo y **Marlon Zapata de la Cruz**, quienes fueron capturados momentos después de ocurrido el enfrentamiento, mediante resolución adiada 9 de septiembre de 2003, la Fiscalía resolvió su situación jurídica imponiéndole al primero medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad, como autor del delito de homicidio tentado; y al segundo se abstuvo de afectarlo con determinación ídem, por los delitos de homicidio simple y homicidio en grado de tentativa, disponiendo su libertad inmediata.

Apelada la antedicha decisión por el defensor de Alex Javier Camargo Camargo, con resolución calendada 25 de noviembre de la misma anualidad, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Barraquilla, la confirmó en relación con la medida impuesta en contra del citado, y revocó la determinación adoptada a favor del inculcado **Zapata de la Cruz**, contra quien profirió

medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad, librando en su contra orden de captura.

3. Cerrada la instrucción, el 29 de diciembre de 2003 la Fiscalía 41 Seccional de Barraquilla calificó el mérito del sumario con acusación en contra de los procesados Camargo Camargo y **Zapata de la Cruz**, el primero como presunto autor del delito de homicidio tentado en la persona del segundo, y a éste como presunto autor del concurso de delitos de homicidio en grado de tentativa en perjuicio del primero de los citados y homicidio simple en Javier Alfonso Camargo Guzmán.

4. Mediante proveído fechado 3 de enero de 2004, proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Barranquilla, dentro de la acción de habeas corpus formulada por el defensor de Alex Javier Camargo Camargo, se dispuso su libertad inmediata.

No obstante, en resolución emitida el día 6 de dicho mes y año la Fiscalía ordenó su captura.

5. Apelada la resolución acusatoria por el defensor del sindicado Camargo Camargo, fue confirmada integralmente por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla mediante proveído del **17 de marzo de 2004**, fecha en que cobró ejecutoria.

6. El expediente pasó al Juzgado Séptimo Penal del

Circuito de Barranquilla, que mediante auto de 16 de diciembre de 2004 otorgó la libertad provisional al acusado **Marlon Zapata de la Cruz**, quien había sido capturado el día 5 de ese mes y año.

El 4 de febrero de 2011 fue dejado a disposición del juzgado de conocimiento el inculcado Alex Javier Camargo Camargo, contra quien pesaba orden de captura, despacho que equivocadamente dispuso formalizar su aprehensión por auto de la fecha, pese a encontrarse detenido por cuenta de otra autoridad.

Asignado el proceso al Juzgado Adjunto de dicho despacho, el 19 de diciembre de 2012 dictó sentencia en la cual condenó a los acusados de la siguiente manera: a **Zapata de la Cruz** a la pena principal de 162 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable del concurso de delitos de homicidio en la persona de Javier Alfonso Camargo Guzmán y homicidio tentado en Alex Javier Camargo Camargo; por su parte, a este último le impuso como pena principal 78 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, como autor responsable de la conducta punible de homicidio en grado de tentativa en **Marlon Zapata de la Cruz**.

De igual forma, condenó al precitado al pago de 10 s.m.l.m.v. por concepto de perjuicios morales, causados con ocasión del homicidio de Javier Alfonso Camargo

Guzmán, y guardó silencio en relación con los perjuicios eventualmente ocasionados con las conductas de homicidio tentado.

Asimismo, les negó los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por lo que ordenó, una vez ejecutoriada la sentencia, librar orden de captura en contra del procesado **Zapata de la Cruz**, quien se encuentra en libertad, en tanto que el inculpatado Alex Javier Camargo Camargo actualmente está privado de la libertad por cuenta de otra autoridad.

7. Apelado el fallo por la defensora del acusado **Marlon Zapata de la Cruz**, la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, mediante decisión adiada 7 de junio de 2013 lo confirmó parcialmente, por cuanto absolvió al mencionado del delito de homicidio tentado en la persona de Alex Javier Camargo Camargo, fijando la pena principal en 156 meses de prisión. En lo demás mantuvo incólume la sentencia de primera instancia.

8. La abogada que representa los intereses del implicado **Zapata de la Cruz**, interpuso recurso de casación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1. No indica la demandante la causal a la que acude en sustento del recurso extraordinario, ni formula cargo

alguno contra la sentencia del Tribunal, limitándose a consignar en el escrito lo siguiente:

1.1 Los juzgadores de instancia al momento de establecer la responsabilidad del procesado **Zapata de la Cruz** en los delitos por los cuales se le acusó, no tuvieron en cuenta que con posterioridad a los hechos investigados el mencionado fue víctima de un atentado que lo dejó parapléjico, situación que merecía ser sopesada por razones humanitarias, según lo planteó en la apelación interpuesta contra la sentencia de primer grado, donde solicitó *«Absolver de toda responsabilidad tanto civil como penal al señor MARLON ZAPATA DE LA CRUZ»*.

1.2 Habida consideración que *«las demandas de casación deben versar sobre hechos y/o pruebas no tenidas en cuenta o circunstancias posteriores que incidan de manera directa sobre la decisión final dentro de un proceso»*, y en atención a la precaria situación de salud del inculcado **Zapata de la Cruz**, acreditada en el proceso con prueba documental, que no fue tomada en cuenta por los sentenciadores, aquél no debe ser recluido en un centro carcelario para cumplir la pena impuesta, máxime que según la recurrente, por la misma condición de salud su representado no ofrece peligro para la comunidad.

1.3 El arma de fuego que su defendido portaba el día de los hechos era su *«herramienta de trabajo legítima y legal»* en razón a su labor de guardaespaldas, la cual se vio

obligado a utilizar a fin de «salvaguardar su integridad física y su vida».

1.4 Desde la ocurrencia de los hechos –agosto de 2003–, a la fecha de interposición del recurso de casación –julio de 2013–, «han transcurrido 131 meses por lo que le restarían 25 meses a mi protegido judicial para cumplir la condena», por tanto la libelista solicita a la Corte que «esta petición se tenga como factor de extinción de la pena».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Conviene recordar que dado el carácter extraordinario del recurso de casación, al libelista compete elaborar la demanda bajo los estrictos parámetros contemplados en la ley y decantados por la jurisprudencia de la Corte.

Por tanto, no basta con afirmar que se cometió un error *in iudicando* o *in procedendo*, ya que debe demostrarse la existencia del vicio y su trascendencia frente al contenido del fallo.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, es bien sabido que el recurso de casación constituye el medio por el cual se revisa la legalidad de la sentencia. De ahí que el libelo deba cumplir las formalidades estatuidas en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, principalmente enunciar la causal y formular el cargo con el cual se

pretende la infirmación del fallo, señalando de manera clara y precisa sus fundamentos y las normas infringidas, igualmente, evidenciando cómo el vicio *in iudicando* o *in procedendo* conduce a resquebrajar la providencia.

Ahora bien, sin desconocer la facultad legal de la Corte para casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma transgrede las garantías fundamentales de las partes (art. 216 Ley 600 de 2000), la impugnación extraordinaria no es un mecanismo carente de rigor.

Por tanto, el recurso de casación no puede entenderse como una instancia adicional para debatir aspectos que ya fueron materia de controversia, o como facultad ilimitada para revisar el proceso, ni la demanda puede elaborarse utilizando un discurso de libre composición; por el contrario, dado el carácter extraordinario y rogado del recurso, está ligado a causales taxativas que tienen contenidos propios, referidas a vicios sustanciales o procesales.

Además, en el desarrollo de cada uno de los reparos formulados se deben cumplir unos requisitos mínimos de lógica y adecuada fundamentación, cuyo desconocimiento conlleva a la inadmisión de la demanda, como lo establece el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

Así, no resulta atinado denunciar sólo la presencia del error que se invoca, sino que al demandante incumbe demostrar su existencia y cómo el mismo tiene la

trascendencia suficiente para romper la doble presunción que cobija a la sentencia de segundo grado y, por lo mismo, la necesidad de que la Corte intervenga como Tribunal de Casación en procura de hacer efectivo el derecho material y las garantías debidas a quienes intervienen en la actuación penal, reparar los agravios ocasionados a las partes con la decisión confutada o unificar la jurisprudencia.

2. De entrada la Corte advierte que el libelo presenta graves falencias formales y materiales que conducen a su inadmisión, como pasa a explicarse.

2.1 En cuanto a los requisitos de forma que debe cumplir la demanda, contemplados en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, cabe resaltar que la recurrente no se ocupa siquiera de identificar a los sujetos procesales, ni consigna una síntesis de los hechos juzgados, como tampoco de la actuación procesal surtida en las diferentes instancias.

De otra parte, la impugnante omite indicar la causal del artículo 207 ejusdem a cuyo amparo acude en casación, amén que no formula cargo alguno contra la decisión del ad quem, circunstancia que en últimas impide a la Corte revisar la legalidad de la sentencia confutada.

Adicionalmente, la falta de claridad, precisión y coherencia en la disertación de la casacionista, imposibilita inferir de sus deshilvanadas manifestaciones, cuál es en el

fondo el reproche que formula contra la sentencia del juez colegiado, lo que torna ininteligible la demanda.

2.2 En efecto, así se evidencia de que la demandante censure a los juzgadores de instancia no haber tenido en cuenta que tiempo después del suceso investigado, el acusado **Zapata de la Cruz** fue objeto de un atentado con arma de fuego que lo dejó parapléjico, como si tan lamentable hecho o «*las razones humanitarias*» que invoca en su favor, tuvieran la trascendencia de incidir en el juicio de responsabilidad penal del mencionado, desconociendo de tajo la recurrente las normas constitucionales -art. 29 *Superior*- y legales -art. 6 del C.P.- que en el sistema penal patrio consagran un derecho penal de acto, propio del Estado Social de Derecho basado en la dignidad humana, conforme al cual a los asociados solo se les pune cuando la conducta que se les imputa, en tanto obra suya, contraría el ordenamiento penal, vale decir, cuando es típica, antijurídica y culpable -art. 9 *ibidem*-.

Luego a esa concepción garantista del derecho penal, resultan refractarias consideraciones distintas a las enunciadas, verbi gratia, aquellas atinentes al fuero interno de la persona, a su pensamiento, a lo que es o a sus condiciones particulares, como ocurre con la propuesta por la libelista, pues cuando menos resulta absurdo pretender que en el análisis de la responsabilidad del acusado, los jueces de instancia, contraviniendo el orden legal, valoren aspectos ajenos a aquellos que integran las categorías jurídicas que estructuran la conducta punible.

2.3 Ahora, de otro lado se duele la casacionista de que los jueces de instancia no atendieran su petición orientada a que el condenado no cumpliera la pena en un centro carcelario, habida consideración de su grave condición de salud, acreditada con la prueba documental aportada al sumario, que asevera, no fue tomada en cuenta en los fallos confutados.

La anterior crítica debió postularla la demandante al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 de la Ley 600, por violación indirecta de la ley sustancial derivada de un falso juicio de existencia por omisión, en tanto lo que se cuestiona es que en el proceso de valoración de la prueba legalmente aportada a la actuación, los jueces de instancia no estimaron el medio de convicción aducido por la defensa del inculcado **Zapata de la Cruz**, esto es, la historia clínica y el concepto del médico tratante, los cuales dice la recurrente, acreditan el estado de parálisis en que se encuentra el mencionado, y que en su sentir imposibilita que sea recluido en un centro carcelario.

Conviene recordar, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, que se incurre en el vicio alegado por la censura cuando el fallador de ninguna manera valora el contenido material de un medio de prueba legalmente incorporado a la actuación, o cuando lo supone pese a que no forma parte de él (CSJ AP, 28 Ago. 2013, Rad. 41653, entre otras).

En orden a demostrar el falso juicio de existencia por omisión, incumbe al demandante indicar la existencia material de la prueba que válidamente obra en la actuación, objetivar su contenido en relación con los aspectos sustanciales, señalar cuál es el mérito que le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica, para luego, en punto de trascendencia, precisar cómo su estimación conjunta con los demás medios probatorios que obran en el proceso, habría determinado una declaración de justicia diferente a la consignada en la sentencia impugnada.

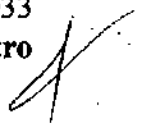
En el caso de la especie el libelista no cumple con ninguna de las anteriores exigencias de lógica y adecuada fundamentación, quedándose en el mero enunciado, pues se limita a indicar que aportó la historia clínica y el concepto del médico tratante del procesado **Zapata de la Cruz**, pero no señala cuál es su contenido, ni el poder de convicción que merece en orden a demostrar el supuesto de hecho que alega, vale decir, el estado de paraplejia en que dice se encuentra su defendido.

Igualmente resigna la impugnante indicar cuál es la trascendencia del error de apreciación en que supuestamente incurrieron los falladores de instancia, es decir, que de éstos haber valorado la prueba que dice omitida, habrían otorgado al acusado **Zapata de la Cruz** la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave, según lo autoriza el artículo 68 del Código Penal, norma que la casacionista ni siquiera menciona, mucho menos se ocupa de analizar en punto de los requisitos que exige para

su aplicación, a fin de evidenciar que, de conformidad con el medio de convicción que afirma desconocido en las sentencias confutadas, en el caso particular sí concurrían tales requerimientos; falencias que son suficientes para desechar la crítica que formula, ante su patente falta de demostración.

Agréguese que en el sumario no obra concepto de médico legista especializado, requisito *sine qua non* para conceder el beneficio deprecado por la demandante, que aconseje su reconocimiento a favor del encartado **Zapata de la Cruz**, por ser la enfermedad que se afirma padece, incompatible con la vida en reclusión formal, luego aun cuando los juzgadores de primer y segundo grado hubiesen estimado la prueba que se dice omitida, que valga decir no lo hicieron, y de ella hubieran concluido el grave estado de salud del mencionado, en todo caso la decisión habría sido contraria a los intereses del procesado, cuya defensora sea oportuno resaltar, no pidió la práctica de dicho dictamen, ni ofreció hacer comparecer a su representado con esa finalidad, habida cuenta que está en libertad.

Con todo, cabe anotar que si la defensa del procesado lo estima conveniente, bien podrá formular ante el Juez que vigile la ejecución de la sanción, solicitud dirigida a que se le reconozca el beneficio contemplado en el artículo 68 del Código Penal, circunstancia que patentiza la intrascendencia del yerro alegado.



2.4 Finalmente, con relación a la petición de «*extinción de la pena*» elevada por la recurrente, que sustenta en que entre la ocurrencia de los hechos –agosto de 2003– y la interposición del recurso de casación –julio de 2013–, «*han transcurrido 131 meses por lo que le restarían 25 meses a mi protegido judicial para cumplir la condena*», cuando menos merece calificarse de desatinada.

En efecto, amén de que el discurso de la impugnante adolece de los requisitos de lógica y adecuada fundamentación que exige el recurso extraordinario, asemejándose más a un alegato de instancia, cabe anotar que en el caso particular no puede desde ninguna perspectiva afirmarse que se verificó la extinción de la pena impuesta en la sentencia confutada.

De acuerdo al artículo 89 del Código Penal, modificado por el canon 99 de la Ley 1709 de enero 20 de 2014, la sanción penal prescribe «*...en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco años contados a partir de la ejecutoria de la correspondiente sentencia*» (subrayas no originales).

Y según el canon 90 *ibídem*, «*El término de prescripción de la sanción privativa de la libertad se interrumpirá cuando el sentenciado fuere aprehendido en virtud de la sentencia, o fuere puesto a disposición de la autoridad competente para el cumplimiento de la misma*».

Por tal motivo, como en el caso concreto el fallo condenatorio no ha cobrado firmeza, pues se encuentra surtiendo el recurso de casación, fuerza colegir que aún no ha empezado a transcurrir el término de prescripción de la pena, que en cuanto hace al procesado **Zapata de la Cruz**, es de 156 meses, esto es, 13 años, que le fuera impuesta en la sentencia de segundo grado.

En esa medida, según se había anunciado, ante las múltiples falencias formales y materiales se inadmitirá la demanda.

3. Sobre la prescripción de la acción penal.

Respecto de esta causal de extinción, se hace necesario revisar si eventualmente se ha configurado frente a la conducta punible de tentativa de homicidio, por la cual en sentencia de primer grado se condenó a los procesados Alex Javier Camargo Camargo y **Marlon Zapata de la Cruz**, modificada por el Tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de este último, a quien absolvió de dicho cargo.

Inicialmente, es preciso recordar que para la época de los hechos -30 de agosto de 2003- el delito de homicidio simple preveía una pena de *"prisión de trece (13) a veinticinco (25) años"*, de conformidad con el artículo 103 del Código Penal, la cual por razón del dispositivo

amplificador de la tentativa consagrado en el artículo 27 ibídem, se establece entre 6 años y 6 meses en el mínimo, y 18 años y 9 meses en el máximo.

Ahora bien, para lo que interesa al caso que se resuelve, el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 determina que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena establecida en la ley si fuere privativa de la libertad, sin llegar a ser inferior a 5 años ni superior a 20, salvo si se trata de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, en cuyo caso el máximo será de 30 años.

Asimismo, de acuerdo con las previsiones del artículo 86 del Estatuto Punitivo, en firme la resolución acusatoria se interrumpe el término prescriptivo inicial, el cual empieza a correr nuevamente por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 ibídem, si la pena es privativa de la libertad, sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 10, y si se trata de delitos para los cuales se ha previsto sanción no privativa de la libertad, el término será de 5 años.

Descendiendo al caso particular, se tiene que la convocatoria a juicio quedó ejecutoriada el **17 de marzo de 2004**, fecha en la cual fue confirmada en segunda instancia la resolución acusatoria, por tanto a partir de esta data se impone contar el término prescriptivo

conforme lo establece el artículo 86 del Código Penal, es decir la mitad del máximo de la pena, de manera que como la conducta punible de homicidio simple en grado de tentativa tiene en su extremo superior una pena de 18 años y 9 meses, ha de entenderse que el término prescriptivo en la etapa de la causa para dicho delito es de 9 años, 4 meses y 15 días, los cuales se cumplieron el **1° de agosto de 2013**, esto es, después de proferido el fallo de segundo grado, pero antes de arribar a esta Corte para el trámite de casación.

Valga anotar que el procesado **Zapata de la Cruz** fue exonerado de responsabilidad en la sentencia de segunda instancia, en relación con el delito de homicidio tentado en la persona de Alex Javier Camargo Camargo, manteniéndose en su contra la condena por el punible de homicidio simple, de tal manera que frente al primero de los citados se deberá preservar la absolución, a pesar de observarse que respecto del atentado contra la vida operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, y por contera se mantendrá incólume la pena principal de prisión que por el delito de homicidio simple le fue impuesta.

Lo anterior, en atención a lo señalado de forma invariable por la Sala de Casación Penal, en el sentido de que se debe privilegiar la absolución frente a la cesación del procedimiento debido a la extinción de la acción penal por prescripción, en procura de materializar los derechos a la

dignidad, la honra y el buen nombre (CSJ SP, 16 May. 2007, Rad. 24374; CSJ AP, 26 Sep. 2007, Rad. 28067; CSJ AP, 10 Oct. 2007, Rad. 26973; CSJ AP, 21 Ene. 2008, Rad. 22660; CSJ AP, 9 Abr. 2008, Rad. 29452; CSJ AP, 27 May. 2009, Rad. 27494, entre otras).

Situación diferente es la del procesado Alex Javier Camargo Camargo, quien si bien no interpuso recurso de casación, debe ser favorecido con los efectos del fenómeno prescriptivo en respeto de sus garantías fundamentales, por lo cual se impone declarar prescrita la acción penal derivada del delito de homicidio en grado de tentativa por el cual se le acusó, y ordenar la correspondiente cesación del procedimiento adelantado en su contra en razón de tal comportamiento, toda vez que la prescripción se verificó con posterioridad a la sentencia de segundo grado.

En relación con el tema en cuestión y las consecuencias procesales derivadas del citado fenómeno prescriptivo, dependiendo del momento en que éste ocurra, esta Corporación ha sostenido que:

(...) La prescripción desde la perspectiva de la casación, puede producirse: a) antes de la sentencia de segunda instancia; b) como consecuencia de alguna decisión adoptada en ella con repercusión en la punibilidad; o, c) con posterioridad a la misma, vale decir, entre el día de su proferimiento y el de su ejecutoria.

Si en las dos primeras hipótesis se dicta el fallo, su ilegalidad es demandable a través del recurso de casación, porque el mismo no se podía dictar en consideración a la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo.

Frente a la tercera hipótesis la solución es diferente. En tal evento la acción penal estaba vigente al momento de producirse el fallo y su legalidad en esa medida resulta indiscutible a través de la casación, porque la misma se encuentra instituida para juzgar la corrección de la sentencia y eso no incluye eventualidades posteriores, como la prescripción de la acción penal dentro del término de ejecutoria.

Cuando así sucede, es deber del funcionario judicial de segunda instancia o de la Corte si el fenómeno se produce en el trámite del recurso de casación, declarar extinguida la acción en el momento en el cual se cumpla el término prescriptivo, de oficio o a petición de parte. Pero si no se advierte la circunstancia y la sentencia alcanza la categoría de cosa juzgada, la única forma de remover sus efectos e invalidarla es acudiendo a la segunda de las causales que hacen procedente la acción de revisión. (CSJ SP, 30 Jun. 2004, Rad. 18368; CSJ AP, 8 Sep. 2004, Rad. 22588; CSJ SP, 6 Mar. 2013, Rad. 35161, entre otras).

De otra parte, según el decantado criterio de la Sala, debe señalarse que en el caso particular no hay lugar a pronunciarse en relación con la extinción de la acción civil derivada de la conducta punible de homicidio tentado por la cual fue condenado Alex Javier Camargo Camargo, por cuanto no se ejerció dentro de la presente actuación. Lo

anterior de conformidad con lo consagrado en el artículo 98 de la Ley 599 de 2000 (CSJ SP, 27 May. 2004, Rad. 20879; CSJ AP, 13 Oct. 2004, Rad. 22743; CSJ 27 Oct. 2004, Rad. 22056; CSJ 17 Ag. 2005, Rad. 22565; CSJ 20 Feb. 2008, Rad. 29235; CSJ AP, 11 Dic. 2013, Rad. 41723, entre otras).

Finalmente, es oportuno señalar que será del resorte del juez de primera instancia proceder a la cancelación de los compromisos adquiridos por el inculcado en razón de esta actuación.

4. Casación oficiosa.

No obstante la inadmisión de la demanda, la Corte observa que se han violado garantías fundamentales al procesado **Marlon Zapata de la Cruz**, por tanto entrará a casar oficiosamente el fallo, tal como lo autoriza el artículo 216 de la Ley 600 de 2000.

En primer lugar, debe destacarse que el recurso de apelación formulado por la apoderada del prenombrado, tenía en esencia la pretensión de que se aceptara a favor de su prohijado la justificante prevista en el numeral 6° del artículo 32 del Código Penal, por haber actuado en legítima defensa de su vida ante la injusta agresión con arma de fuego de que fue víctima por parte del también inculcado Alex Javier Camargo, solicitud que el Ad quem encontró procedente en relación con la conducta de tentativa de homicidio enrostrada a **Zapata de la Cruz**, por razón de las

graves heridas que con similar artefacto le propinó a su agresor, pero cuyo reconocimiento negó respecto del delito de homicidio simple consumado en Javier Alfonso Camargo Guzmán, en tanto en su caso no encontró reunidas las exigencias legales para su reconocimiento.

Sobre los elementos que deben concurrir para el reconocimiento de la justificante en mención, recientemente la jurisprudencia de la Sala reiteró:

La causal de ausencia de responsabilidad del numeral 6° del artículo 32 del Código Penal, de la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, permite a la persona proteger un bien jurídicamente tutelado sea propio o ajeno, siempre que medie proporcionalidad. Los elementos que la informan son: i) una agresión ilegítima o antijurídica que genere peligro al interés protegido legalmente; ii) el ataque ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y aún haya posibilidad de protegerlo; iii) la defensa ha de resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo; iv) la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente es decir respecto de la respuesta y los medios utilizados; v) la agresión no ha de ser intencional o provocada. (CSJ SP, 6 Dic. 2012, Rad. 32598)

Surge patente que en la eximente de responsabilidad en comento, la necesidad de la defensa está determinada por la existencia previa o concomitante de una agresión, entendida ésta, en sentido lato, como la conducta intencional de otro orientada a producir daño a un bien

jurídico, o en términos legos, como el acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño.

La ausencia del mentado elemento, que es requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la legítima defensa, fue precisamente en el que reparó el juzgador de segundo grado respecto del homicidio de Javier Alfonso Camargo Guzmán, pues de la valoración de los testimonios de Odaira Patricia Rojas Polo y Patricia del Carmen Polo Hernández, concluyó que el obitado no había desplegado acción alguna contra la vida o integridad de **Zapata de la Cruz**, más aun, encontró demostrado que en la disputa aquél no representó rol distinto al de un tercero neutral, que incluso intervino para impedir que su hijo Alex Javier continuara disparando.

Atinó entonces el Tribunal al negar el reconocimiento de la legítima defensa alegada por el acusado en mención en relación con el homicidio de Camargo Guzmán, en punto de lo cual indicó:

*...de la reconstrucción fáctica realizada se infiere que [Marlon Zapata de la Cruz] no actuó en legítima defensa como lo sostuvo la recurrente, pues esta figura es definida tanto por la doctrina como la jurisprudencia, como el derecho de tutelar personalmente un bien puesto en peligro por la **agresión actual e injusta de otro**, cuando la urgencia de defender el patrimonio material o moral obliga a recurrir a los propios medios o fuerzas de reacción, y del acervo probatorio que obra en el presente asunto no se colige que el occiso haya ejercido ataque alguno.*

Al respecto vale resaltarse (sic) que para predicar la legítima defensa, la repulsa se debe ejercer ante los bienes del atacante,

no sobre los terceros que no han tomado parte en la agresión¹, y en el caso sub examine esta víctima no agredió al procesado, por el contrario intervino en la mencionada situación a fin de calmar a su hijo Alex Camargo.

Ahora bien, no obstante lo anterior, la Corte avizora una situación que no fue advertida ni por el juez colegiado en el fallo confutado, ni por la casacionista, pero que surge patente del devenir del suceso y conforme a la prueba testimonial, relacionada con la situación que se presenta cuando quien ejerce legítimamente la defensa lesiona bienes jurídicos ajenos al agresor, circunstancia que claramente no está cobijada por la aludida justificante, pues dicha vulneración en últimas no impide el ataque, en tanto éste no proviene del tercero neutral, casos en los cuales, como lo ha sostenido la doctrina mayoritaria², «...tal lesión de un bien jurídico de un tercero o comunitario no está cubierta por la legítima defensa³, pues por mucho que sea necesaria para la defensa, no es defensa; y no lo es porque dicha agresión no impide la lesión (...). Esa lesión podrá estar amparada por estado de necesidad o, en caso de lesión por descuido, se aplicarán además los principios del error⁴.

Al respecto cabe destacar que en la hipótesis reseñada pueden presentarse dos situaciones bien diferenciables: (i) aquella en que el agredido para salvaguardar su vida o integridad, se ve compelido a lesionar intencionalmente a

¹ Fernando Velásquez Velásquez, Manual de Derecho Penal, Parte General, Pág. 374, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2004.

² Zaffaroni, E. (1981). Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Buenos Aires. Pág. 602.

³ Doctrina dominante, cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, StGB, 1982, S 323 I. TS 8/10/1971 (A 3.769), 12/4/1975 (A 1577).

⁴ Luzón Peña, D. (2006). Aspectos esenciales de la legítima defensa. B de F. (Eds.). Págs. 547 y 548.

terceros inocentes como única manera de hacer viable su defensa, vale decir, de conjurar el ataque; y (ii) cuando quien ejerce la acción defensiva, involuntariamente lesiona a un tercero neutral, esto es, quien no participa en la agresión, bien por error en cuanto a la persona del atacante ora por desvío de la acción (*aberratio ictus*).

Si bien debe reconocerse que la solución de los referidos eventos no ha sido pacífica en la doctrina, mayoritariamente se considera que en el primero se está frente a un estado de necesidad exculpante, por cuanto el agredido no tiene opción distinta que lesionar al tercero para defender sus bienes⁵; mientras que en el segundo, se debe acudir a las reglas que regulan el error, en orden a determinar si éste es o no relevante en el caso concreto, esto es, si tiene o no la potencialidad de excluir el dolo⁶.

A fin de determinar a cuál de las anotadas situaciones se adecua el caso sub examine, es necesario referirse a la prueba que obra en la actuación.

Sobre el desarrollo de los hechos testificó Odaira Patricia Rojas Polo, residente en la vivienda frente a la cual ocurrió el suceso y donde se encontraba departiendo, entre otras personas, con su progenitora Patricia del Carmen Polo Hernández y el acusado **Zapata de la Cruz**, quien indicó:

⁵ Jiménez de Asúa, L. Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, 4ª Edición, Buenos Aires. Losada S.A. (Ed.). Pág. 285. Zaffaroni, E. (1981). Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Buenos Aires. Pág. 602.

⁶ Luzón Peña, D. (2006). Aspectos esenciales de la legítima defensa. B de F. (Eds.). Págs. 547 y 548.

...de pronto sentimos los disparos, yo estaba en el patio todavía, salimos y vi a ALEX CAMARGO hijo de EL ENANO que es JAVIER el muerto. ALEX estaba con un revólver gritando amenazando a mi mama (sic), JAVIER se bajo (sic) de la moto a tratar de calmarlo porque estaba diciendo que iba a matar a mi mama (sic), entonces MARLON cuando vio que ALEX le apuntaba en la cara a mi mama (sic) y que JAVIER no podía controlarlo, MARLON le dijo a ALEX que se calmara..., entonces ALEX hizo un disparo a MARLON..., MARLON sacó el revolver..., disparó al aire porque yo lo tenía abrazado y entonces ALEX comenzó a disparar bastante como loco y JAVIER se le ponía adelante para tratar de evitar una mala hora..., de pronto MARLON y JAVIER cayeron al suelo luego de los disparos de ALEX.

Igualmente, declaró Patricia del Carmen Polo Hernández, quien respecto al devenir del trágico evento señaló:

...a lo que yo abro la puerta viene bajando la moto con JAVIER CAMARGO GUZMÁN el occiso y su hijo..., JAVIER me preguntó que estas (sic) haciendo, yo le dije que estoy ahí con unos amigos míos..., entonces me dice el hijo ALEX CAMARGO, como yo te vea a ti con el poco de pelagatos aquí en tu casa te voy a encender a tiros..., saca el arma y cogió en el piso de la casa de enfrente y la levantó a plomo..., JAVIER CAMARGO el occiso le decía a ALEX cálmate, entonces MARLON saca el arma de él y le dice que (sic) muy bravo, de inmediato ALEX lo enciende a tiros, le metió como tres y creo que lo alcanzó y MARLON cayó herido, entonces la hija mía ODAIRA PATRICIA ROJAS, coge y ayuda a MARLON a levantarse porque ALEX lo quiere rematar y ahí se empezaron a dar..., ALEX siguió dándole tiros y el papá estaba enfrente de él agarrándolo, en esos momentos JAVIER el occiso le dice a su hijo ALEX estoy herido y cayó boca abajo..., en esos momentos cayó también ALEX mal herido (...).

De los anteriores relatos vertidos por quienes fueron protagonistas del acaecimiento, cuya credibilidad no se pone en tela de juicio atendidas las especiales circunstancias que les permitieron aprehender directamente su desarrollo, y quienes además no evidencian interés distinto al de narrar fielmente lo sucedido, se extrae lo siguiente:

(i) el día de autos el acusado Alex Javier Camargo y su padre Javier Alfonso Camargo Guzmán, se encontraron con Patricia del Carmen Polo Hernández, quien estaba en la puerta de su residencia acompañada del también procesado **Zapata de la Cruz**; la que agréguese había sostenido una relación sentimental con Camargo Guzmán.

(ii) Alex Javier increpó a Patricia por hallarse en compañía de **Zapata de la Cruz** y de otras personas, amenazándola de muerte con arma de fuego, incluso realizó disparos en dirección al piso;

(iii) ante el reclamo de **Zapata de la Cruz** a Alex Javier para que cesara la conducta belicosa contra su amiga, éste le respondió con dos disparos que hicieron blanco en su humanidad, por lo que el primero de inmediato trató de resguardarse y accionó al aire su arma de fuego para disuadir al atacante;

(iv) el hoy obitado Camargo Guzmán intervino para calmar a su hijo Alex Javier, interponiéndose entre éste y el

agredido **Zapata de la Cruz**, y así evitar que continuara disparando, lo que no logró; y,

(v) seguidamente se presentó un breve intercambio de disparos entre los procesados, al cabo del cual ambos resultaron gravemente heridos y Camargo Guzmán muerto por un proyectil disparado por el arma de fuego que portaba el inculinado **Zapata de la Cruz**⁷, que lo lesionó a la altura del abdomen.

Lo dicho por las testigos es congruente con las manifestaciones del supranombrado, quien en su indagatoria expresó:

...en el momento que yo estoy buscando las llaves en el patio yo escuché unos tiros en la calle y me regresé, cuando salgo veo a dos sujetos montados en una moto..., el más joven le decía a la señora PATRICIA ¡PERRA, PUTA MALPARIDA, TE VOY A MATAR POR ESTAR ENCERRADA CON OTROS PELAOS (sic) AHÍ!, entonces yo le dije a los señores de la moto cálmense ustedes son dos machos, el más joven me apuntó y disparó en seguida donde estaba yo, yo vine y me tiré al suelo y rodé por todo el pavimento y el hombre seguí (sic) disparando, cuando yo me agache ya estaba herido, rodé por todo el andén escondiéndome de los disparos, el tipo seguí (sic) disparándome como para matarme, yo desenfundé mi arma..., hice dos disparos al aire, para que él se diera cuenta de que yo también estaba armado y se aguantara de seguirme disparando, y así todo herido reaccioné y empecé a disparle (sic) a él a neutralizarlo y salí corriendo..., hice dos disparos al aire y tres en dirección al que

⁷ Así lo demostró el estudio de balística (Fls.149 a 159 cuaderno original No. 1)

me estaba disparando a mí, al joven (...). No sé si le di al occiso o no.

Ante esa realidad, aparece acreditado que al ejercer el acusado **Zapata de la Cruz** la defensa para la cual estaba legitimado, tal como lo reconoció el Ad quem, causó el deceso de un tercero inocente, esto es, Javier Alfonso Camargo Guzmán, quien cabe destacar, era ajeno a la agresión que desplegaba su hijo Alex Javier, al que incluso fallidamente pretendió apaciguar interponiéndose entre éste y el primero en mención, luego, se reitera, su muerte no puede quedar cobijada por la legítima defensa, puesto que ningún ataque desarrolló en contra de **Zapata de la Cruz**.

Por el contrario, lo que está claro es que entre los encartados se presentó un breve y rápido intercambio de disparos, empezado por Alex Camargo, al cual **Zapata de la Cruz**, pese a la gravedad de las heridas que presentaba, respondió, inicialmente accionando el arma de fuego al aire, y en seguida, ante la persistencia de la agresión, en dirección a donde se encontraba el primero de los citados, pero uno de los proyectiles terminó haciendo blanco en la humanidad de Camargo Guzmán ocasionándole la muerte.

En ese orden, la situación descrita encaja en el supuesto del denominado error en el golpe o *aberratio ictus*, pues el agredido que legítimamente obró en defensa de su vida, disparó su arma en tres ocasiones en dirección al atacante, pero solo dos proyectiles hicieron blanco en Alex Javier Camargo, mientras un tercero impactó la humanidad

de Camargo Guzmán, padre de este último, quien estaba a su lado tratando de persuadirlo de no continuar disparando.

Previo a continuar con el análisis del caso concreto, resulta oportuno recordar lo que la Sala ha expresado en torno al error, valga decir, que de conformidad con las teorías estricta y limitada de la culpabilidad acogidas por el Código Penal de 2000, en su artículo 32 num. 10°, se consagra el error de tipo como aquél que recae sobre los elementos que integran el llamado tipo objetivo, el cual supone que el dolo en su aspecto cognoscitivo no abarca tales particularidades, que en los delitos de resultado de lesión, en términos generales, están integradas por el sujeto, el objeto, la conducta, el resultado y el nexo causal entre aquella y éste (CSJ AP, 19 May. 2008, Rad. 28984 y CSJ SP, 20 Oct. 2004, Rad. 21695).

Cuando el error recae en el nexo causal que debe existir entre la conducta y el resultado, por desviación del desarrollo del suceso (*error in personam, aberratio ictus, dolus generalis*), la doctrina considera que se está frente a un error de tipo, pues dicha relación hace parte de la faz objetiva de la tipicidad, como quedó atrás visto, cuya potencialidad de excluir el dolo radica en que «En todos estos supuestos se da una divergencia entre el curso causal que el autor se representó en el momento de la acción y el que realmente ocurrió: en la medida en que la producción

causal del resultado sea un elemento del tipo, debe ser objeto del conocimiento del dolo»⁸.

En lo relativo a los casos de *aberratio ictus*, la opinión dominante⁹ considera que cuando el autor concibe una acción sobre determinado objeto, pero a causa de su defectuosa ejecución o por desviación del desarrollo de los hechos, lesiona en realidad otro de la misma especie, no incluido en su representación, aquél deberá responder por tentativa de homicidio respecto del resultado inicialmente proyectado, en concurso con el delito culposo en relación con la consecuencia no querida.

En el caso de la especie se estableció que de los disparos que el acusado **Zapata de la Cruz** realizó contra Alex Javier Camargo, con ánimo claramente defensivo, dos impactaron en la humanidad de este último, y otro hizo blanco en Javier Alfonso Camargo Guzmán, con el funesto desenlace conocido.

Luego claramente el resultado querido, esto es, el delito de homicidio tentado en Alex Javier Camargo, lo es en la modalidad dolosa, pues el autor de los disparos conocía que accionaba su arma de fuego sobre el mencionado y que con ello le ocasionaría lesiones que podían causar su muerte, y así lo quiso, aunque valga destacar que dicha

⁸ Bacigalupo, E. (2009). Teoría y Práctica del Derecho Penal, Tomo I, Editorial Marcial Pons, Madrid. Pág. 630.

⁹ Bacigalupo, E. Ob. Cit. Pág. 631. Jiménez de Asúa, L. Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, 4ª Edición, Buenos Aires. Losada S.A. (Ed.). Pág. 285.

acción estuvo justificada en la defensa de su vida, como lo reconoció el Tribunal.

Contrario sensu, es razonable afirmar que el resultado muerte del hoy obitado Camargo Guzmán no fue querido por el procesado **Zapata de la Cruz**, pues según los hechos probados, el cruce de disparos solo se produjo entre los acusados, y nadie más intervino, excepción hecha de Camargo Guzmán quien pretendió persuadir a su hijo Alex Javier para que no continuara disparando en contra de **Zapata de la Cruz**, interponiéndose en la línea de fuego, momento en que resultó fatalmente herido.

Así se infiere de los testimonios de Odaira Patricia Rojas Polo, quien expresó: «...ALEX comenzó a disparar bastante como loco y JAVIER se le ponía adelante para tratar de evitar una mala hora...»; y de Patricia del Carmen Polo Hernández, quien dijo: «...ALEX siguió dándole tiros [a Marlon Zapata de la Cruz] y el papá estaba enfrente de él agarrándolo...».

Ahora bien, habiéndose determinado la configuración del error en el golpe, que en el caso concreto excluye el dolo de matar en relación con el fallecimiento violento de Javier Alfonso Camargo Guzmán, no obstante subsiste la modalidad culposa de la conducta, que lo es en la medida en que se establezca que se dan las exigencias para considerarla como tal, pues de lo contrario se estaría avalando la tesis de que la mera causalidad, en este caso, haber accionado el arma de fuego de la cual salió uno de los

proyectiles que acabó con la vida del hoy occiso, bastaría para la imputación jurídica del resultado, esto es, para afirmar que el procesado **Zapata de la Cruz** debe responder penalmente por el delito de homicidio a título de culpa, con claro desconocimiento del principio de culpabilidad consagrado en el artículo 12 de la Ley 599 de 2000.

Entonces, de entrada cabe destacar que aun cuando se advierte que la hipotética conducta punible de homicidio culposo habría prescrito el **17 de marzo de 2009**, es decir, antes de emitirse sentencia de primer grado, por lo cual procedería casar oficiosamente la sentencia confutada y declarar la extinción de la acción penal, se impone previamente analizar la responsabilidad penal del acusado en mención, también en orden a garantizarle los derechos a la dignidad, la honra y el buen nombre, pues en el evento en que proceda la absolución, ésta se debe privilegiar frente a la cesación de procedimiento de conformidad con la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP, 16 May. 2007, Rad. 24374; CSJ AP, 26 Sep. 2007, Rad. 28067; CSJ AP, 10 Oct. 2007, Rad. 26973; CSJ AP, 21 Ene. 2008, Rad. 22660; CSJ AP, 9 Abr. 2008, Rad. 29452; CSJ AP, 27 May. 2009, Rad. 27494, entre otras).

En relación con el delito culposo, la jurisprudencia de la Corte ha considerado que el tipo objetivo de dicha modalidad de conducta encuentra explicación en la teoría de la imputación objetiva, cuya pretensión no es otra que determinar, a partir de una concepción normativa desprovista de consideraciones ontológicas, cuándo una

conducta resulta atribuible o imputable objetivamente a determinada persona, en tanto ésta (i) haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) dicho riesgo se haya realizado en el resultado penalmente relevante. Análisis que no puede prescindir de los criterios normativos que en determinados eventos excluyen la imputación al tipo objetivo, entre ellos, (i) el riesgo permitido, (ii) el principio de confianza y (iii) las acciones de propio peligro.

En reciente decisión, sobre el tema esta Corporación puntualizó:

1) Imputación objetiva y acciones a propio riesgo o autopuesta en peligro

Según el artículo 9° del Código Penal, "la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado", de lo cual se deduce la necesidad de acudir a criterios adicionales para considerar realizados los tipos de resultado descritos en la parte general de dicho estatuto.

Pues bien, la teoría de la imputación objetiva permite determinar los eventos en los cuales una acción causal puede ser considerada típica, pues para esta corriente doctrinal aunque el nexo causal constituye presupuesto esencial de toda imputación, no es suficiente para considerar realizado el tipo objetivo porque, adicionalmente, se requiere, i) que el agente haya creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido, ii) que se concrete el resultado y, iii) que no se haya materializado una acción a propio riesgo o autopuesta en peligro¹⁰.

En efecto, se parte de considerar la existencia de una serie de actividades cotidianas que aunque generan riesgos jurídicamente relevantes deben ser permitidas, siempre y cuando se respeten las reglas de cuidado previstas en la ley o el reglamento, a efectos de garantizar la convivencia social, verbi gratia, el tráfico automovilístico, aéreo, marítimo, las actividades deportivas, las intervenciones médicas, entre otras.

¹⁰ Cfr. CLAUS ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura del Delito, Madrid, Ed. Civitas 1997, páginas 345 a 364.

A la par con las conductas riesgosas permitidas por el ordenamiento jurídico para garantizar el normal funcionamiento de la colectividad, **existen otras acciones que, acorde con la teoría citada, no son imputables al tipo objetivo¹¹**, así:

a) No provoca un riesgo jurídicamente desaprobado quien incurre en una "conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa", que por lo tanto no está prohibida por el ordenamiento jurídico, a pesar de que con la misma haya ocasionado de manera causal un resultado típico o incluso haya sido determinante para su realización.

b) Tampoco se concreta el riesgo no permitido cuando en el marco de una cooperación con división del trabajo en el ejercicio de cualquier actividad especializada o profesión el procesado observa los deberes que le eran exigibles y es otra persona perteneciente al grupo la que no respeta las normas o las reglas del arte (*lex artis*) pertinentes. Lo anterior, en virtud del llamado principio de confianza, según el cual "el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia"¹².

c) Igualmente, falta la creación del riesgo desaprobado cuando alguien sólo ha participado con respecto a la conducta de otro en una acción a propio riesgo, como la denomina Jakobs¹³, o una autopuesta en peligro dolosa, como la llama Roxin¹⁴¹⁵.

En cuanto a la autopuesta en peligro, ésta se concreta cuando, i) el agente se pone en riesgo a sí mismo o ii) cuando, con plena conciencia de la situación, se deja poner en dicha situación por otra persona, eventos en los cuales no puede imputarse al tercero el tipo objetivo porque quien conscientemente se expone a un acontecer amenazante se hace responsable de las consecuencias de su propia actuación.

La Sala reiteradamente ha señalado los presupuestos para pregonar la configuración de una acción a propio riesgo, así:

"Uno. En el caso concreto, tenga el poder de decidir si asume el riesgo y el resultado.

¹¹ Cfr. Sentencias del 8 de noviembre de 2007, Rad. No. 27388; 4 de abril de 2003, Rad. No. 12742; 20 de mayo de 2003, Rad. No. 16636; 20 de abril de 2006, Rad. No. 22941 y 25 de enero de 2012, Rad. No. 36082.

¹² Sentencias del 25 de enero de 2012, Rad. No. 36082 y del 20 de mayo de 2003, Rad. No. 16636.

¹³ JAKOBS, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 293 y ss.

¹⁴ ROXIN, Op. cit., §

¹⁵ En realidad, ROXIN se refiere a dos modalidades de esa naturaleza, a saber, autopuesta en peligro dolosa y "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste", diferenciándolas en que en esta última la víctima no se pone dolosamente en peligro a sí misma sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo.

Dos. Que sea autorresponsable, es decir, que conozca o tenga posibilidad de conocer el peligro que afronta con su actuar. Con otras palabras, que la acompañe capacidad para discernir sobre el alcance del riesgo.

Tres. Que el actor no tenga posición de garante respecto de ella¹⁶.

Así mismo, la doctrina considera que el resultado lesivo debe ser consecuencia del riesgo asumido y no de acciones adicionales no asumidas por la víctima, pues, si concurren otros factores, el daño se concreta en razón a éstos y no exclusivamente al peligro aceptado. Así,

“En primer lugar, el daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales, y el sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro. Y además aquél, al igual que la autopuesta en peligro, ha de ser consciente del riesgo en la misma medida que quien le pone en peligro. Si se dan estos dos supuestos habrá “asumido” el riesgo. ... en cambio, debería tener lugar la imputación si el conductor persuade al pasajero que vacila con buenos motivos, o si le hubiera ocultado o minimizado los riesgos o si el accidente se debió a fallos en la conducción independientes del riesgo aceptado”¹⁷.

Entonces, no basta con que un agente asuma voluntaria y conscientemente el riesgo a que otra persona lo somete sino que, además, se requiere que el mismo no se incremente con acciones diversas no consideradas ni consentidas por la víctima.

De igual forma, se requiere el pleno conocimiento del riesgo afrontado para excluir la imputación jurídica, condición que comporta que la víctima esté en condiciones de discernir y de valorar *ex ante* el peligro al que se somete. (CSJ SP, 27 Nov. 2013, Rad. 36842). (Negrilla fuera de texto)

Conforme al criterio señalado en precedencia, cuando una persona de manera consciente y voluntaria se expone a un riesgo, en desmedro del deber de autoprotección, asume exclusivamente la responsabilidad por los efectos negativos que se concreten en razón de dicho riesgo, por tanto es improcedente imputar al tipo objetivo la causación del daño derivado de ese actuar.

¹⁶ Sentencia de 20 de mayo de 2003, Rad. No. 16636.

¹⁷ Cfr. ROXIN, Ob cit. Página 395.

En el caso concreto, el material probatorio patentiza que el día de los hechos el acusado Alex Javier Camargo y su padre Javier Alfonso Camargo Guzmán casualmente se vieron con Patricia del Carmen Polo Hernández, quien había sostenido una relación sentimental con este último; Alex Javier la insultó por estar reunida en su residencia con algunas personas, la amenazó con arma de fuego y realizó disparos al piso; el también procesado **Zapata de la Cruz**, que acompañaba a la citada, le reclamó a Alex Javier por su comportamiento belicoso, recibiendo como respuesta dos disparos que hicieron blanco en su humanidad, por lo que de inmediato trató de resguardarse y accionó al aire el arma de fuego que portaba con el fin de disuadir a su atacante; en ese momento el hoy obitado Camargo Guzmán intervino para calmar a su hijo Alex Javier, interponiéndose entre éste y el agredido, pero no lo logró; y, seguidamente se presentó un breve intercambio de disparos entre los procesados, al cabo del cual ambos resultaron gravemente heridos y Camargo Guzmán muerto por un proyectil disparado por el arma de fuego que portaba el inculcado **Zapata de la Cruz**.

Examinados desde una perspectiva *ex ante* los requisitos de las llamadas acciones a propio riesgo o de autopuesta en peligro, en orden a determinar si en el caso analizado excluyen la imputación al tipo objetivo, vale decir, si el hoy occiso Javier Alfonso Camargo Guzmán se hallaba en condiciones de conocer la existencia del riesgo y de asumirlo, se advierte que los mismos concurren a cabalidad.

En efecto, se estableció que en los momentos previos a su fallecimiento Camargo Guzmán fue testigo de la conducta agresiva de su hijo, quien estaba bajo el influjo del licor y portaba un arma de fuego, de la que inicialmente fue víctima Patricia del Carmen Polo Hernández, a quien amenazó e incluso hizo algunos disparos en dirección al piso para atemorizarla.

Esa situación que de suyo comportaba un claro riesgo, se tornó aún más compleja cuando Alex Javier disparó contra **Zapata de la Cruz** alcanzándolo en dos oportunidades, y éste en defensa de su vida respondió la agresión accionando el arma de fuego que portaba, lo cual revela, para cualquier persona, un enfrentamiento de naturaleza mortal entre los oponentes con evidente peligro de lesión o muerte para quienes allí estaban presentes, no obstante lo cual Camargo Guzmán en un fallido esfuerzo por contener a su hijo Alex Javier, se interpuso entre éste y el otro contendiente, pese a que conocía el peligro al que se exponía y teniendo el poder de decidir si lo asumía o no, pues no hay evidencia de que así no fuera, pese a que también se encontraba alicorado, siendo alcanzado por los disparos de quien repelía la agresión.

Ahora bien, en cuanto a si el procesado **Zapata de la Cruz** ostentaba posición de garante respecto del hoy obitado, o tenía el deber jurídico de evitar el resultado, cabe señalar que si bien el mencionado accionó su arma de fuego, lo hizo para defenderse de una injusta agresión de la que era objeto por parte del hijo del fallecido Camargo

Guzmán, y obró con la pretensión de lesionar o dar muerte a aquél (Alex Javier) y no a éste, según lo indica la prueba, luego no creó previamente una situación antijurídica que pusiera en riesgo inmediato el bien jurídico de la vida en cabeza del interfecto –art. 25 num.4° del Código Penal–, de donde se sigue que en relación con este último no tenía la mencionada calidad.

Así las cosas, la muerte de Camargo Guzmán obedeció a su autopuesta en peligro y no a culpa de quien hizo el disparo mortal.

En esa medida, la conducta del inculcado **Zapata de la Cruz** deviene atípica y, consecuentemente, procede su absolución, por lo que a pesar de la extinción de la acción penal por prescripción, se casará oficiosamente el fallo confutado para dejar sin efecto la condena proferida en su contra por el juez colegiado, como autor responsable del delito de homicidio en Javier Alfonso Camargo Guzmán.

Finalmente, conviene precisar que salvo lo aquí decidido, las demás determinaciones del fallo se mantienen incólumes.

5. Como la Sala observa que una vez en firme la resolución acusatoria, el proceso arribó el 13 de diciembre de 2004 al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla¹⁸, y posteriormente fue repartido al Juzgado

¹⁸ Folio 53 del cuaderno de la etapa de juicio.

Adjunto a dicho despacho judicial¹⁹, donde el 19 de diciembre de 2012 se dictó el fallo de primera instancia, es decir, la etapa del juicio se prolongó por más de 8 años, se dispone la compulsa de copias ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Barranquilla, con el propósito de que se investigue la eventual dilación injustificada del trámite y sus posibles responsables.

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

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora de **Marlon Zapata de la Cruz**.

2. DECLARAR prescrita la acción penal derivada de la conducta punible de homicidio en grado de tentativa, atribuida a Alex Javier Camargo Camargo.

3. CESAR, en consecuencia, el procedimiento adelantado contra el acusado Alex Javier Camargo Camargo.

4. CASAR oficiosa y parcialmente el fallo de segundo grado, con el objeto de absolver a **Marlon Zapata de la**

¹⁹ Folio 69 ibídem.

Cruz del delito de homicidio cometido en la persona de Javier Alfonso Camargo Guzmán, por el cual fue acusado.

5. PRECISAR que en lo demás el fallo se mantiene incólume.

6. DISPONER que por el juzgado de primera instancia se realicen las anotaciones y cancelaciones pertinentes.

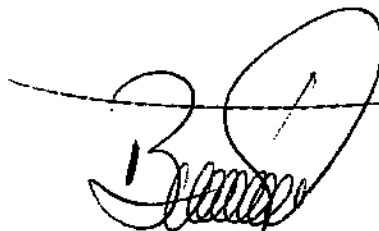
7. ORDENAR que por la Secretaría de la Sala se compulsen las copias con la finalidad y el destino indicado.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ



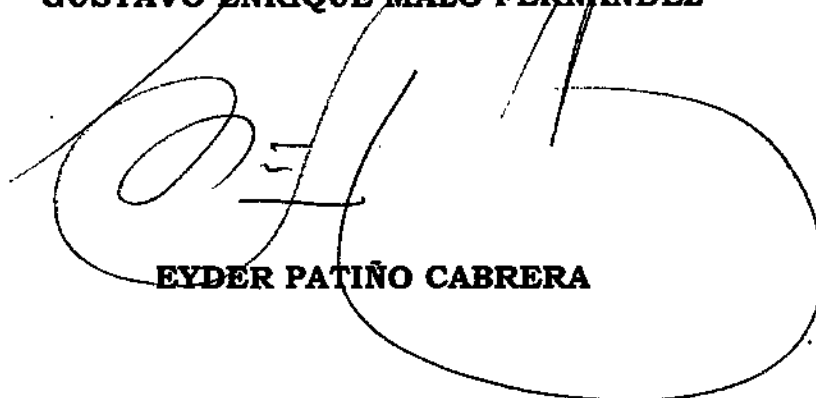
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ



GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ



EYDER PATIÑO CABRERA



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

05 MAR 2014