

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Sala: *Segunda Sala de Decisión*
Magistrado Ponente: *Coronel (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS*
Radicación: *158425-7015-XIV-66-PONAL.*
Procedencia: *JUZGADO DE INSTANCIA DEVAL*
Procesado: *PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRÉS*
Delito: *HOMICIDIO CULPOSO*
Motivo de alzada: *APELA SENTENCIA DE CONDENA.*
Decisión: *REVOCA SENTENCIA CONDENATORIA Y
ABSUELVE*

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

1. ASUNTO.-

Por vía del recurso de apelación interpuesto por la Doctora ANGELA INÉS RAMÍREZ HERRERA quien funge como apoderada del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES, conoce la Segunda Sala de Decisión del fallo fechado el 11 de febrero de 2016, mediante el cual el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía del Valle, condenó al procesado PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRÉS como autor responsable del delito de homicidio culposo, imponiéndole la pena principal

de veinticuatro (24) meses de prisión y multa de veinte (20) SMLMV, y accesorias de tres (03) años de privación del derecho a conducir vehículos motorizados e interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal, concediendo en su favor el beneficio de la condena de ejecución condicional.

2. IDENTIFICACION DEL PROCESADO

Al momento de los hechos 15 de abril de 2007, el procesado HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES identificado con la cedula de ciudadanía No. 70.290.870 expedida en San Vicente / Antioquia, ostentaba el grado policial de Patrullero como orgánico del Departamento de Policía Valle, asignado a la Estación de Policía de Buga / Valle. Para efectos de esta decisión, se referirá el grado policial que el procesado ostentaba al momento de los hechos.

3. HECHOS

Datan del 15 de abril de 2007 siendo aproximadamente las 17:15 horas, cuando en el municipio de Buga / Valle, Barrio Balboa a la altura de la calle 32 C con carrera 12 se desplazaba la patrulla policial de siglas 27-221-asignada al Segundo Distrito de Buga / Valle-, conducida por el PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRÉS, colisionando con la humanidad del menor de

edad JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.) quien cruzaba intempestivamente la vía al salir corriendo de una casa, acontecimiento en el que inicialmente resultó lesionado el mencionado menor, trasladado al Hospital San José, y posteriormente al Hospital Universitario del Valle en el que falleció el día 16 de mayo de 2007.

Consigna el Informe Pericial de Necropsia No. 2007010176001001115 correspondiente al menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO como opinión pericial, "MUERE POR SEPSIS ORIGINADA EN NEUMONIA COMO COMPLICACION DE POLITRAUMA CON TRAUMA CRANEANO SEVERO EL 15 DE ABRIL DE 2007 A LAS 17 HORAS EN BUGA, MUERE HUV EL 16 DE MAYO DE 2007" (Fl.143).

4. ACTUACIÓN PROCESAL.-

Con fundamento en la noticia criminal(Fls.6-8) y demás diligencias (Fls.1-117) practicadas por la Fiscalía 20 Local SAU en virtud del accidente de tránsito ocurrido el 15 de abril de 2007 en el municipio de Buga / Valle, el Juzgado 158 de Instrucción Penal Militar en auto de impulso fechado el 24 de agosto de 2007 (Fls.121-122), dispuso la apertura de investigación penal formal en contra del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES por el presunto delito de homicidio culposo.

El PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRÉS fue vinculado a la investigación mediante diligencia de indagatoria (Fls. 163-169) que rindió el día 13 de febrero de 2008, resolviendo el Juez 158 de Instrucción Penal Militar en interlocutorio calendado el 10 de diciembre de 2009 (Fls.229-233), la situación jurídica provisional del encausado absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en su contra.

Posteriormente y ante la solicitud que elevara el Fiscal 155 Penal Militar, el señor Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía del Valle en decisión fechada 9 de noviembre de 2011 (Fls.318-322), determinó que la competencia del presente asunto corresponde a la Justicia Penal Militar.

El día 9 de mayo de 2012, la Fiscalía Penal Militar dispuso en auto de sustanciación el cierre de la investigación (Fl.494), pronunciándose luego en interlocutorio fechado el 19 de julio de 2013 (Fls.520-524) revocando el referido auto de cierre y devolviendo las diligencias al instructor para practica de pruebas.

Posteriormente el Fiscal 155 Penal Militar ordena el cierre de la investigación en decisión de trámite adiada el 9 de enero de 2014, decretando en auto del 22 de agosto de 2014 la nulidad (Fls.576-583) de la

actuación a partir del interlocutorio mediante el que se resolvió la situación jurídica provisional al procesado, proferido el 10 de diciembre de 2009.

De nuevo las diligencias ante el Juzgado 158 de Instrucción Penal Militar, el día 27 de enero de 2015 fue escuchado en ampliación de indagatoria el PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRÉS (Fols.645-647).

Ante la solicitud de aclaración (Fls.649-650) del Juez 158 de Instrucción Penal Militar sobre la nulidad del auto que resolvió situación jurídica provisional y cumplida en lo posible la investigación, fue remitida la foliatura a la Fiscalía 155 Penal Militar, que en interlocutorio calendado el 11 de febrero de 2015 (Fl.653), decretó la nulidad parcial del auto previamente emitido por ella el 22 de agosto de 2014, en lo referente a la nulidad que había ordenado, de las actuaciones surtidas a partir del auto que resolvió situación jurídica provisional.

Posteriormente en decisión de trámite adiada el 23 de febrero de 2015 (Fl.664), la Fiscalía 155 Penal Militar dispuso el cierre de la instrucción, calificando el mérito del sumario con resolución de acusación proferida el 17 de marzo de 2015 (Fls.681-691), en contra del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES, en calidad de autor del delito de homicidio

culposo, decisión impugnada (Fol.696-701) por la defensa,alzada resuelta por la Fiscalía ante Tribunal Superior Militar en proveído del 5 de mayo de 2015 (Fols.712-744), confirmando de manera integral la acusación.

Remitidas las diligencias para conocimiento del Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía del Valle, este decretó la iniciación del juicio (Fol.758) en auto de sustanciación del 6 de julio de 2015, llevando a cabo la corte marcial el día 3 de febrero de 2016 (Fols.781-804) y consecuente con ello profirió la sentencia el día 11 de febrero de 2016 (Fols.805-831), mediante la que condenó al PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRÉS como autor responsable del delito de homicidio culposo, imponiéndole la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión y multa de veinte (20) SMLMV, y accesorias de tres (03) años de privación del derecho a conducir vehículos motorizados e interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal, concediendo en su favor el beneficio de la condena de ejecución condicional.

La referida sentencia de condena fue impugnada con el recurso de apelación (Fols.837-845) por la Dra. ANGELA INES RAMIREZ HERRERA quien funge como apoderada del procesado,alzada concedida por el

fallador ante esta instancia en auto de trámite del 23 de febrero de 2016 (Fol.847).

5. PROVIDENCIA IMPUGNADA.-

El Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía del Valle, fundamentó la sentencia de condena en contra del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES quien fuera enjuiciado por el punible de homicidio culposo, definiendo en primera instancia en qué consiste la culpa, y haciendo alusión al material probatorio que acredita la muerte del menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.), entre ellos el protocolo de necropsia y el certificado de defunción, señaló que en dichos documentos, *"... se plasma que el nexo causal que une la muerte del menor **JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO**, con la acción desplegada por el hoy enjuiciado Patrullero **HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO** el día de los hechos y la muerte del menor acaecida el 16 de mayo de 2007, lo cual se extracta del dictamen médico plasmado en el protocolo de necropsia practicada al cadáver de **JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO** (...) donde se hace contar (sic), que el deceso de la persona antes mencionada, se debió a una complicación neumológica producto de los múltiples traumatismos recibidos en el cráneo, el día que lo arrolló el vehículo policial (...) señala de manera cierta e incontrovertible el nexo causal entre la muerte del menor y a acción desplegada para el día de los hechos por el procesado y las consecuencias fatales acaecidas para el 16 de mayo de 2007, data en la que falleció **JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO**".* (Fol.819).

Indicando que del material probatorio se puede determinar que la causa del accidente automovilístico fue la omisión al deber de cuidado y el concomitante incremento no aprobado del riesgo jurídico por parte del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRÉS, precisó al respecto que, "... incrementó el riesgo permitido para la conducción de vehículos automotores, materializado en varias acciones y omisiones realizadas e inobservadas por parte del policial, (...) hubiese previsto que en una vía angosta y con material arenoso, no podía elevar la velocidad del rodante, para maniobrar eficazmente en caso de un acaecer inesperado como el que se presentó con el menor **JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO**, con toda seguridad, que el policial hubiese podido detener la marcha del automotor y no causar los destrozos en el menor que evidencia el protocolo de necropsia y en el vehículo, que pone de presente la dirigencia (sic) de inspección judicial que se le practicó. Igualmente se concluye -basado en las leyes de la lógica, el sentido común y la experiencia, sin tener que realizar una prueba pericial o acudir a otro medio probatorio para establecerlo-, que de ir el vehículo policial a una velocidad de 30 kilómetros por hora como la que aduce el procesado (...), su compañero de patrulla **ARNOLDO IVÁN GALLEGO GALLEGO** (...) y el señor **JOSÉ ANTONIO MIRANDA** (...) -la cual es óptima para frenar un automotor rápidamente y de observar al menor a una distancia aproximada de tres (3) metros como dice **GALEGO GALLEGO**, el insuceso no se hubiese presentado, o al menos, no con las consecuencias como se plasma en el legajo de las lesiones fatales e incapacitantes causadas al menor, que muestran una colisión a gran velocidad y que esta hizo imposible que el enjuiciado pudiese detener a tiempo el automotor de propiedad de la Policía Nacional". (Fol.820).

Es así como desestimando los testimonios tanto del procesado como de los testigos ARNOLDO IVAN GALLEGO GALLEGO y JOSÉ ANTONIO MIRANDA respecto de la velocidad que llevaba la patrulla al momento de los hechos, concluyó "... solamente es responsable del daño quien tiene en sus manos el poder de evitarlo y analizada la infracción al deber objetivo de cuidado dentro de las específicas condiciones en que se dio el proceder del procesado, deviene probatoriamente acreditado, que este creó un riesgo jurídicamente relevante que se concretó en el resultado muerte, al desplazarse en el vehículo policial violando claras normas de cuidado en el manejo de actividades peligrosas como es la de conducir automotores, imprimiendo una velocidad al automotor sin reparar que la calle era angosta, tenía arena y había personas cruzando la calzada, lo que le imponía el prever que ante tales circunstancias debía aminorar la velocidad para prevenir el atentar contra bienes jurídicos en cabeza de quienes utilizaban la calzada como el caso del menor **JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO** y que nos proyecta sin lugar a dudas, que no fue el proceder imprudente del antes referenciado, la causa directa del accidente, sino lo contrario, que fue el actuar imprevisivo e imprudente realizado por el Patrullero **HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO**, el que dio lugar a que se presentara el insuceso vehicular, sin que el responsable de su propia muerte sea el menor hoy occiso, porque hubiese existido una culpa exclusiva de la víctima" (Fol.822).

Por el contrario, dando crédito a lo afirmado por los testigos NOHEMÍ MENDOZA CASTILLO y JHON JAIRO LOZANO CASTAÑO quienes dicen que el vehículo iba en

exceso de velocidad, señaló "... la evidencia física aportada al expediente a través de los destrozos causados al menor al ser impactado por el vehículo en marcha, puestos de presente la pericia medica de necropsia y la abolladura con hundimiento de tres (3) centímetros en la parte delantera del vehículo policial que se relaciona en la inspección judicial que se le practicó al automotor (...), que aun cuando no se dice expresamente en esa dirigencia (sic), que fue causada con el impacto con la cabeza del menor, pero puesta de presente en la misma, indica el vínculo de tal abolladura con el incidente presentado, lleva a colegir, que el golpe de esa parte del vehículo con la cabeza del menor fue tan fuerte, que produjo tal destrozo en el automotor y en la testa del infante" (Fol.823).

El A Quo estimó imprudente el actuar del menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.), aunado a la falla en la posición de garantes de los padres del mismo, así lo expresó, "... el antes citado con apenas cuatro (4) años de edad, sin medir el peligro y el riesgo que suponía el cruzar la vía por donde se desplazaba el vehículo policial, de manera imprudente cruzó la calle siendo impactado por el vehículo oficial, acción que a la par que configura una infracción violatoria del reglamento de tránsito automotor, también proyecta un actuar culposo por parte del menor y una omisión por parte de las personas garantes de la seguridad del mismo, que a no dudarlo tuvo incidencia en el accidente..." (Fol.823), pese a tal manifestación el A quo concluye "... los medios probatorios insertos en el dossier, no acreditan que tal eventualidad se pueda tener como un hecho vinculado al resultado evidenciado con las lesiones y posterior fallecimiento de **JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO**, de

manera que no es posible como lo pretende la señora Abogada Defensora del Patrullero enjuiciado, que por esta circunstancia, la imprudencia del menor relacionado releve de responsabilidad a su defendido, porque el daño padecido por el infante hubiese sido producto de la imprudencia del mismo”.

Considerando que en el caso sub júdice se presenta una concurrencia de culpas, aclara que a misma no exime de responsabilidad al policial enjuiciado agregando, “... una de las circunstancias que exime de la imputación jurídica u objetiva por disolución de la actividad peligrosa o por desaparición de la superación del riesgo permitido, es el denominado principio de confianza (...) se tiene que el Patrullero **HEIDER ANDRÉS HENAO JARAMILLO**, debió prever que si bien se movilizaba en una vía con prelación sujeto al principio de confianza, determinadas personas pueden obrar en contra de los reglamentos, como sucede con los niños, los infantes, los minusválidos, los enfermos y, por supuesto, los ancianos” (Fol.825).

Consecuente con lo expuesto considera el fallador que el proceder del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES se enmarca en el punible de homicidio culposo, en la figura de la culpa inconsciente o sin representación, expresando, “... apareciendo demostrado en el plenario, con las pruebas arrimadas a la investigación, que el hecho no era irresistible o imprevisible y por el contrario, se estructura una conducta culposa de la cual debe responder el Patrullero **HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO**, siendo su actuar imprudente y por ende culposo, la causa

determinante en la producción del injusto penal por el cual se le procesó y no el actuar imprudente por parte del menor **JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO**, al cruzar una vía vehicular sin estar acompañado de una persona mayor de 16 años o de un adulto responsable..." (Fol.826) y concluyendo de ello procedente emitir una sentencia condenatoria en contra del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRÉS.

En punto de la dosificación punitiva señala el A Quo que tendrá en cuenta como circunstancia atenuante la buena conducta anterior del procesado, estableciendo en la parte resolutive del fallo apelado, "**CONDENAR** al patrullero **HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO** (...) a la pena principal de **VEINTICUATRO (24) MESES DE PRISION** y una multa de **VEINTE (20) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** como autor responsable del delito de **Homicidio Culposo** (...) a las penas accesorias de privación del derecho a conducir vehículos motorizados por **TRES (3) AÑOS** y a la **interdicción de derechos y funciones públicas**, por igual tiempo al de la pena principal (...) **CONCEDER**(...) el beneficio de la **CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL...**" (Fol.831).

6. DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

Sustenta el recurso de apelación la togada de la defensa Dra. ANGELA INES RAMIREZ HERRERA, expresando inicialmente que no se demostró la omisión al deber de cuidado por parte del encausado para lo cual transcribe en su parte pertinente las declaraciones de testigos como JENISEY BEJARANO

GIRALDO, ANTONIO MIRANDA, NOHEMI MENDOZA CASTILLO, JHON JAIRO LOZANO CASTAÑO, señalando que los mismos son contradictorios e imprecisos y que con fundamento en ellos fue que el A Quo profirió la sentencia señalando la apelante que, *"... indica que de manera cierta e incontrovertible se puede determinar que la causa directa y esencial para que se presentara el incidente automovilístico en que resultó el menor relacionado, fue el actuar imprudente e imprevisivo del patrullero **HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO**"*.

En referencia a la velocidad que llevaba el vehículo que manejaba su defendido, indaga la razón por la que el A Quo no tuvo en cuenta aquellos testimonios que afirman que el vehículo transitaba a 30 km/h y por el contrario da crédito a aquellos que manifiestan que iba en exceso de velocidad, cuando la prueba pericial no logró demostrarlo, así lo manifestó, *"En un sentido estricto se entiende que las pruebas judiciales son las razones o motivos que sirven para llevarle a concluir al juez la certeza de los hechos, que son medios y procedimientos aceptados por la Ley, para que el Juez tenga el pleno convencimiento de los mismos; es decir una suma de motivos que producen una certeza; y no concluir una responsabilidad penal con fundamento en una **verdad supponible**. (...) son las mismas pruebas periciales obrantes en el plenario, las que demuestran la imposibilidad de determinar exactamente la velocidad a la que se desplazaba el patrullero **HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO**..."* (Fol.841).

De otro lado y haciendo mención a las pruebas periciales practicadas en el sumario como, el informe técnico de investigación de la Secretaria de Tránsito y Transporte, el oficio No. GFSF-DRB-2012-026 del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el protocolo de necropsia No. 200701017600100115 del 24 de mayo de 2007, señaló la apelante que, *"Obsérvese como en los dictámenes anteriormente descritos se hace alusión a unas lesiones donde queda establecido que la causa del deceso obedece a un trauma craneano severo, y que el menor CARDONA GALLEGO JUAN no registra lesiones severas ni en tórax, ni en abdomen o extremidades; que se trataba de un menor de cuatro años, que media escasos 1.04 cms, con una contextura delgada, peso 20 kg., es decir, este es un factor que incide e influye claramente para que una misma situación afecte de forma diferente a un paciente pediátrico que a un adulto"* (Fol.843).

Haciendo referencia a los artículos 57 y 59 de la Ley 769 de 2002 Código Nacional de Tránsito, en donde se indica que los menores de 6 años deben estar acompañados al momento de cruzar una vía vehicular, señaló que en el caso sub júdice el señor juez desconoce tal circunstancia, expresando, *"Esta limitación es especial que como peatón se encuentra clasificado el menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO, aspecto que en ningún momento fue considerado por el Juzgado de Primera Instancia, restándole importancia al momento de atribuirse responsabilidad, desconociéndose por completo que por tratarse de un menor de cuatro años, al momento de cruzar una*

vía, este debe hacerlo con el acompañamiento de por lo menos un menor que supere los 16 años; situación que fue totalmente desconocida por los padres y/o personas responsables de su cuidado y custodia y que en este acontecer se le atribuye total responsabilidad a mi prohijado”, trayendo a colación la recurrente precedente jurisprudencial (CSJ, SP, Rad.32174, sept.2009), referente a que a falta de cuidado de los padres puede comprometer su responsabilidad en los accidentes de tránsito.

Finalmente y afirmando que de las probanzas existentes en la foliatura no se concibe siquiera un grado mínimo de responsabilidad por parte de su defendido, solicita a esta instancia la absolución del mismo argumentando, *“... no existió ni la más mínima culpa por parte de mi patrocinado, en el desafortunado suceso; y lo único que queda claro es el comportamiento gravemente imprudente en el que incurrió la víctima a quien por su corta edad, le corresponde la responsabilidad o posición de garante a los padres, o personas mayores encargadas de la custodia y cuidado del menor; y que por descuido dejaron a un niño de escasos cuatro años bajo su propia autonomía y responsabilidad; es decir, fueron los padres o tutores del menor quienes tenían el deber jurídico de impedir el resultado, de evitarlo; pero que por el contrario con su actuar negligente, dieron lugar al resultado ya conocido” (Fol.845), concluyendo que ante la duda existente en el plenario, esta ha de inclinarse en favor del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES.*

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Doctor ARQUIMEDES SEPULVEDA Procurador 131 Judicial II Penal, al descorrer el traslado que esta instancia le hiciera, advierte la contrariedad en las versiones de los testigos manifestando, "*... unos apoyan el dicho del policial sobre su baja velocidad; y otros, le atribuyen una alta velocidad pues, se encontraba en persecución de una motocicleta; algunos refieren que el menor salía de la residencia hacia el parque y, otros, que su sentido de desplazamiento era el contrario, del parque hacia su residencia; aquellos indican que la víctima, tras su colisión con el rodante cayó al suelo y estos afirman salió proyectada contra una pared.*"(Fol.854).

Posteriormente infiere de las fotografías hechas al lugar de ocurrencia de los hechos que, "*... corresponde a una vía vehicular relativamente estrecha, con presencia sobre la calzada de material particulado y en la cual se observa, frente a la residencia donde residía el infante, una zona verde con juegos para el esparcimiento infantil. Lo que se traduce en que, por elementales razones lógicas, si bien el automotor oficial ostentaba una innegable prioridad de vía sobre otros rodantes, por razón de las condiciones de la aludida vía, y su afectación social como sector residencial, con presencia de un lugar natural para la presencia y esparcimiento de niños, esa prelación de vías no se hace extensiva a los peatones y usuarios del parque; precisamente, en su mayoría infantes, que carecen de la posibilidad de pleno discernimiento de condiciones de peligro frente al tránsito automotor*" (Fol.855), estimando en consecuencia

el deber de vigilancia y cuidado que en tales condiciones debía tener el conductor.

El delegado del Ministerio Público ante esta instancia en punto de establecer tanto la participación activa del menor en los hechos como la acción y previsión de quien al momento del insuceso conducía el vehículo, señaló que *"...no solo el policial ostentó la plena posibilidad cierta y oportuna de ver al menor cuando transitaba sobre el andén y arribó al lugar de cruce, sino de tomar las previsiones necesarias para evitar el atropellamiento, como era de su cargo. Lo cual no sucedió y denota la responsabilidad penal del señor PT. HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO, más aun cuando, según lo refiere el propio uniformado, su velocidad de tránsito por el sitio no superaba los treinta (30) kilómetros por hora y el lugar específico del atropellamiento fue el centro del carril de tránsito y con el sector central de la camioneta (...) él no alcanzó a observar el momento en el cual el menor se sitúa sobre la calzada, lo que permite concluir, sin duda alguna, que el conductor no estaba prestando la debida atención a la calzada y a los posibles obstáculos sobre la misma, situación contraria al deber de vigilancia y cuidado de él exigibles para esta actividad"* (Fol.856).

Consecuente con lo anterior, solicitó la confirmación del fallo apelado, manifestando, *"en presencia de tales demostraciones, que surjan ajenas al contenido de los testimonios y las versiones que sobre los hechos son verificadas por los diferentes deponentes, pero que denotan la sustracción al deber de vigilancia y cuidado exigibles para ese momento y respecto de tal actividad*

respecto del señor PT. HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO, con prescindencia de la responsabilidad que, a su vez, le pueda incumbir al menor, deviene necesario colegir la demostración de responsabilidad penal a cargo del señor PT. HENAO JARAMILLO y, de suyo, el deber de confirmación integral de la decisión acusada" (Fol.856).

8. PARA RESOLVER SE CONSIDERA.-

Esta Corporación es competente de conformidad con los artículos 238.3 y 583 del Código Penal Militar, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la Doctora ANGELA INES RAMIREZ HERRERA quien funge como defensa técnica del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRÉS, en contra de la sentencia fechada el 11 de febrero de 2016, mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía del Valle, condenó al procesado PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRÉS como autor responsable del delito de homicidio culposo, imponiéndole la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión y multa de veinte (20) SMLMV, y accesorias de tres (03) años de privación del derecho a conducir vehículos motorizados e interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal, concediendo en su favor el beneficio de la condena de ejecución condicional. En consecuencia, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar por vía del bastión de alzada entra a

dilucidar de acuerdo con los argumentos que sustentan el recurso, si procede o no su revocatoria.

Las consideraciones de esta decisión, abordarán únicamente las hipótesis defensivas planteadas en el recurso de alzada conforme al principio de limitación, sin embargo la competencia se extenderá también, a aquellos temas inescindibles al problema jurídico planteado en el recurso (CSJ, Rad.23259,2006)¹.

8.1.- DEL PROBLEMA JURÍDICO.-

La defensa plantea que no se encuentra prueba demostrativa que el PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES, al momento del accidente condujera su vehículo policial a exceso de velocidad, agregando que tampoco existe prueba de un actuar imprudente como causante del deceso del menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.). Frente a tal hipótesis defensiva, la Sala ha de resolver si el procesado creó un riesgo jurídicamente desaprobado y si este se concretó en el resultado del impacto que desencadenó la muerte del menor.

¹ **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (23 de marzo de 2006). Rad. 23259 [M.P. Álvaro Pérez]** La jurisprudencia de la Corte afirmó sobre el principio de limitación que gobierna las decisiones del Ad Quem, que, “doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional”.

Bajo tal contexto, necesario resulta abordar el marco teórico de los delitos culposos y pasar a caracterizar los elementos del injusto típico específicamente, desarrollar el nexo causal. En ese orden de ideas, se desarrollará esta decisión.

8.2.- La Constitución Política de Colombia ha desarrollado en su programa de derecho penal, que las personas tienen la libertad de actuar siempre que no se realicen injustos y estos solo son constituidos por aquellas conductas que lesionan bienes de los demás y chocan con el orden jurídico². Tal presupuesto implica señalar entonces que el injusto contiene tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, por ello el derecho penal es procedente cuando el comportamiento del autor choca con el ordenamiento jurídico, desvalor de acción y lesiona un bien jurídico, desvalor de resultado.

Ahora bien, en punto específico a los delitos imprudentes es preciso recordar que en anteriores teorías y escuelas del derecho penal la imprudencia estaba comprendida como una forma o especie de culpabilidad, bajo el ropaje de la dogmática causalista, sin embargo hoy se entiende la imprudencia como un aspecto de la tipicidad y en consecuencia de la acción y en este sentido, las

² *Lecciones de Derecho Penal / Parte General. (p.322). Universidad Externado de Colombia.*

diferentes actividades y roles de la sociedad, se han reglado dando alcance dentro del derecho penal a la determinación del riesgo permitido.

Dentro del contexto del delito culposo, la acción está guiada en principio por el sujeto en busca de un resultado extra-típico, sin embargo se produce uno distinto calificado de típico; para que este último resultado sea imputable al sujeto por su acción, se ha de establecer el nexo causal, el cual hoy tiene su desarrollo en la teoría de la imputación objetiva. En el caso sub júdice, el PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES, en cumplimiento de una actividad propia del servicio policial, se desplazaba en un vehículo de la Institución, con la finalidad de trasladar a una persona y en desarrollo de tal acción, colisionó con el menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.) quien posteriormente falleció como consecuencia del accidente y en tal sentido, habrá de establecerse si es viable imputarle el resultado a aquel patrullero.

Consecuente con lo anterior, para poder imputar un resultado a una persona, como producto de su acción, debe haber un vínculo naturalístico (causalidad) y un vínculo normativo (imputación objetiva), para llegar a esta sencilla pero contundente propuesta la doctrina ha caminado por i) la teoría de la

equivalencia de las condiciones,³ ii) la teoría de la causalidad adecuada donde se desarrolla un criterio valorativo de experiencia pero científica y luego apareció la iii) teoría de la relevancia de las condiciones o causalidad jurídica relevante⁴, apareciendo por último, iv) la **teoría de la imputación objetiva**, donde pasa por teorías naturalistas de causalidad para llegar a teorías normativas de causalidad, este breve recuento teórico para afirmar que hoy el nexo causal como elemento del tipo se explica por vía de la teoría de la imputación objetiva y es así, que la ley penal ha plasmado la regla que, la simple causalidad no basta para la imputación jurídica del resultado (Ley 522,1999,art.15)⁵.

Sentado esto, se puede señalar que para realizar la imputación de un comportamiento o de un resultado, una vez estudiada la causalidad, en aquellos tipos penales que exigen relación causal se requieren además tres presupuestos normativos así: i) que el sujeto debe tener la posición de garante, ii) que el sujeto haya creado un riesgo jurídicamente

³ *Bajo esta teoría el concepto de causalidad es natural y todas las condiciones tienen idéntica y equivalente calidad causal, teoría que fue limitada para evitar llegar al infinito por los postulados de la conditio sine qua non, bajo la cual, si mentalmente se suprime una acción y desaparece el resultado, ella es la causa del resultado, el otro postulado limitante, es el de la condición adecuada, creadora de un criterio valorativo con base en la experiencia naturalística que determinada acción produce siempre determinado resultado.*

⁴ *Parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero señalando que no todas las condiciones que intervienen son jurídicamente relevantes, implementando así un criterio normativo, es decir, que sólo serían causal del resultado aquellas causas jurídicamente relevantes.*

⁵ **Artículo 15 [Título VIII]. Código Penal Militar. [Ley 522 de 1999]. DO: 43.665. ARTÍCULO 15. CONOCIMIENTO DE LA LEY.** La ignorancia de la Ley Penal no exime de responsabilidad, salvo las excepciones consignadas en ella. En ningún caso tendrá vigencia la Ley Penal antes de su promulgación.

desaprobado, y iii) determinar su relación con el resultado, es decir, si ese riesgo desaprobado se concretó en el resultado. En el caso sub júdice, es claro que el garante del bien jurídico de la vida del menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.), son sus padres como desarrollo de la estrecha comunidad de vida entre ellos y su hijo.

8.2.1.-Recuérdese que la posición de garante como elemento de la imputación objetiva, busca determinar si este cumplió o no, con las expectativas que su rol de garante le generan y dentro de tal marco normativo, con su conducta creó o no creo un riesgo jurídicamente desaprobado. Puede señalarse entonces que si no hay posición de garante no habría un comportamiento típico, pues no se debe olvidar que el marco teórico de la imputación objetiva es concebido como una teoría limitadora de la responsabilidad penal dentro de la estructura del tipo.

Importante resulta precisar que las fuentes de posición de garante son por institución, donde al ser humano la sociedad le ha impuesto unos roles como la familia que se generan de las relaciones entre la pareja y entre los padres e hijos fundamentalmente. Claro resulta entonces, que el PT. HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO no tiene la posición

de garante frente a la vida del menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.), de manera específica.

Sin embargo, la posición de garante también tiene su fuente en la competencia por organización, donde la persona organiza su mundo y se compromete dentro de ese rol general a no invadir otros ámbitos de organización de terceros, es decir, a no producir daños a terceros, bajo la premisa que dentro de su actuar genera ciertos peligros, pero dentro de lo permitido. De manera que la posición de garante por organización, genera un deber negativo que busca no defraudar o lesionar intereses de terceros y este sería la ubicación del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES, dentro del ámbito de organización del tráfico automotor en su calidad de conductor, es aquí donde surge su posición de garante, solo en este contexto.

Luego entonces, los padres asumen la posición de garante de la víctima JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.) por vía de institución y en ese orden de ideas, no se puede trasladar el primer presupuesto de imputación al conductor del vehículo policial.

8.2.2.- Identificado el primer criterio de imputación y sobre el cual tanto la defensa como el Juez no tienen ninguna contradicción, en el entendido que los padres tienen la posición de

garante respecto de la vida de los hijos específicamente del menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.), la Sala abordará el segundo criterio cual es la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, el cual se nutre en su delineación, por los criterios del riesgo permitido, el principio de confianza (CSJ SP Rad. 9973. 14 sept. 1995)⁶, la prohibición de regreso (CSJ SP Rad. 38326. 3 oct. 2006), y las acciones a propio riesgo (CSJ SP Rad. 28124. 20 may. 2008).

Dentro del mismo contexto teórico, se abordará el criterio del riesgo permitido o aceptable dentro de una sociedad de riesgo y bajo tal premisa de riesgo, se acepta que se pongan en peligro determinados bienes pero dentro de ciertos límites, fijados de una parte por, i) el ordenamiento jurídico, como también los parámetros de ii) utilidad social, iii) necesidad social y iv) la costumbre o adecuación social. Adicionalmente como lo enseña la doctrina, (LOPEZ DÍAZ, 2000)⁷, para la concreción de si un caso se encuentra dentro del riesgo permitido, se han fijado las pautas de i) las normas jurídicas, ii) las normas técnicas y *lex artis*, iii) la figura del modelo diferenciado, iv) los deberes de

⁶ **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (4 de septiembre de 1995). Rad. 9973 [M.P. Edgar Saavedra]** *La jurisprudencia de la Corte ha desarrollado que el principio de confianza es junto al riesgo permitido, acciones a propio riesgo y prohibición de regreso, uno de los criterios de exclusión de un riesgo jurídicamente desaprobado, en ese sentido ver también, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / Sala Penal, Rad. 22941 de abril de 2006, Rad. 22511 mayo 11 de 2005, Rad. 22941 abril de 2006, Rad. 25536 julio de 2006.*

⁷ **López Díaz C.** (1998), *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad externado de Colombia.

información y v) el significado social del comportamiento.

Ahora bien, el caso sub júdice conforme al referente teórico planteado, se debe resolver el interrogante si al PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES, se le puede imputar penalmente el resultado de la muerte del menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.), como consecuencia del impacto con el vehículo policial de placas PONAL 27221 conducido por él.

Para absolver dicho interrogante, el Juez de Departamento de Policía del Valle considera que el PT. HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO, incrementó el riesgo jurídico en la actividad peligrosa de la conducción en el tráfico terrestre y considera que en la conducta no tomó precauciones y medidas de seguridad en la conducción, así lo relató el Juez:

*"... la causa directa y esencial para que se presentara el incidente automovilístico en que resultó lesionado el menor relacionado, fue el actuar imprudente e imprevisto del Patrullero **HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO**, quien estando obligado a tomar las debidas precauciones y medidas de seguridad en la conducción del automotor, no lo hizo y contrario a lo que estaba obligado, no previó las consecuencias funestas de su actuar no tomó las debidas precauciones y medidas de seguridad para que el hecho no se presentara..."*⁸

⁸ Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía del Valle, (11 de febrero de 2016). Sentencia. Fol. 820.

El argumento expresado por el Juez en su sentencia es general y abstracto, construido a partir de sugerencias que en la vida son imaginables ya que el ser humano puede imaginarse cualquier cosa, casi todo, en tal sentido, para una persona que está conduciendo un automóvil, es natural y fácil prever la posibilidad de un accidente de tránsito, pero no es igualmente obvio y fácil, prever el accidente de manera concreta determinando sitio, momento y circunstancia, falencias del argumento que no comparte esta Sala de Decisión como tampoco se han de compartir las premisas sobre las cuales de manera general edifica la hipótesis que se creó un riesgo jurídicamente desaprobado; en tal sentido el Juez afirmó:

"Incrementó el riesgo permitido para la conducción de vehículos automotores, materializado en varias acciones y omisiones realizadas e inobservadas por parte del policial, las cuales afloran, como directos desencadenantes del funesto acaecer y en ese orden se columbra que si el Patrullero HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO, hubiese previsto que en una vía angosta y con material arenoso, no podía elevar la velocidad del rodante para maniobrar eficazmente en caso de un acaecer inesperado como el que se presentó con el menor".⁹

Frente a tal premisa argumentativa del Juez, la Sala no ha de compartirla, de una parte, porque su imputación de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, lo hace desde la generalidad de las posibilidades de manera abstracta e indeterminada y

⁹ **Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía del Valle, (11 de febrero de 2016). Sentencia (Fol. 820).**

de otra parte cuando busca contextualizar el caso y apalancar su imputación en hechos concretos, lo hace desde las premisas de "elevación de velocidad del rodante", evento que no está probado, lo hace desde la premisa "vía angosta", sin determinar cuál es el estándar de una vía adecuada para sugerir que es angosta, y también emplea la premisa "material arenoso" sin indicar cuál es la incidencia de este en el episodio factico. Premisas estas que no encuentran soporte probatorio dentro de las diligencias y por el contrario, existe prueba técnica que no las contempla e incluso afirma que es imposible determinar la velocidad del rodante. Y es en este estadio donde le asiste razón al planteamiento defensivo (apelación)¹⁰ sobre la valoración probatoria del informe técnico realizado por la Secretaria de Tránsito y Transporte, área de control y seguridad vial.

De lo anterior se colige que desconocer el dictamen pericial por parte del A Quo podría generar un error de hecho en la valoración probatoria, por incurrir en un falso juicio de existencia e incluso de identidad.

¹⁰ **Dra. Ángela Ramírez (22 de febrero 2016)** (Fol. 84). "Existen de igual manera testigos que infieren que mi defendido conducía a escasos 30 km. /H; entonces cual es la razón para que por parte del Funcionario, no se aprecien estos testimonios y sean tenidos en cuenta, de la misma manera en que se acepta y da por hecho un exceso de velocidad; del cual ni los mismos expertos y peritos en la materia se atreven a asegurar, como se puede observar a folio 343 en el informe STT-1100-00292 del 10.01.12, suscrito por la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Buga...".

Sobre la determinación de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado ha de reiterarse entonces, que en el establecimiento del nexo causal por vía de la imputación objetiva se requiere un elemento naturalístico, que en el caso sub júdice se reduce al momento de la colisión del menor con el vehículo policial, pero la imputación del resultado muerte, requiere además, tres elementos normativos, el primero, el de posición de garante que para el caso del procesado tiene su fuente en la competencia por organización, en cuanto a que el PT. HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO organizó su mundo en el desarrollo de la conducción dentro del contexto factico de los hechos que nos ocupan.

En ese sentido el PT. HEIDER ANDRES HENAO JARAMILLO conductor del vehículo policial, dada su competencia por organización, tiene el control sobre la fuente de peligro que podría ser el ejercicio de la actividad de la conducción y consecuente con ello le surgía el deber de evitar que el peligro exceda los límites del riesgo permitido, en otras palabras como lo que se conoce como los deberes de aseguramiento, mas no se le exige medidas diferentes y especiales ante posibles eventualidades de defraudación de deberes de terceros, como podría ser el menor que resulto fallecido en el accidente, en otras palabras, este es el concepto del principio de

confianza que adoptó la jurisprudencia alemana desde 1930 (LÓPEZ, 1998)¹¹.

Ahora bien, la forma de determinar si la conducta del policial desbordó el riesgo permitido, ha de abordarse a partir de criterios como el del ordenamiento jurídico y es aquí donde la Sala coincide con el señor Juez en su sentencia bajo el entendido que conducía por una vía donde tenía prelación sobre las otras intersecciones viales. Sin embargo, no comparte la Sala la propuesta argumentativa del exceso de velocidad como criterio para vulnerar el ordenamiento jurídico que regula el tráfico automotor y que consecuente con ello se pueda predicar el desbordamiento o elevación del riesgo permitido y no se comparte, en virtud a que la sentencia no señala en que prueba soporta la afirmación del exceso de velocidad.

Desconocer la prueba pericial que categóricamente afirma la imposibilidad de determinar la velocidad a que transitaba el vehículo policial y por el contrario afirmar que el desplazamiento se hacía a exceso de velocidad sugiriendo una velocidad mayor a la reglamentada en la norma de tránsito, constituye una vulneración al método deductivo de valoración probatoria conocido como la sana crítica, que busca

¹¹ **López Díaz C.** (1998), *Introducción a la imputación objetiva*, (pp. 121-122), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

llegar a una decisión judicial, fundamentada en una prueba válidamente aducida y valorada bajo los criterios de verdad (reglas de la ciencia, principios de la lógica y reglas de la experiencia). Pero lo que no es válido, es llegar a una decisión judicial con un razonamiento arbitrario y más grave aún, acudiendo a pruebas inexistentes o con falso juicio de identidad.

Esa breve consideración teórica para afirmar que no existe prueba dentro del proceso que genere la posibilidad de señalar la existencia de un exceso de velocidad y por el contrario, si existe prueba técnica (dictamen pericial)¹² que afirma la imposibilidad de determinar la velocidad con que el rodante se movilizaba, en ese orden de ideas, existe duda sobre el desarrollo del hecho fáctico; en tal sentido esta duda ha de absolverse en favor del procesado y en consecuencia, no es posible afirmar incremento o elevación del riesgo permitido a partir de una supuesta vulneración al ordenamiento jurídico de tránsito, en especial bajo el sofisma de un exceso de velocidad.

Ahora bien, descartada la premisa del exceso de velocidad, han de analizarse los señalamientos

¹² **Secretaría de Tránsito y Transporte / Área de Control y Seguridad Vial. Santiago de Cali. (Fol. 291).**
“... no es posible determinar la velocidad que llevaba el vehículo tipo camioneta de la policía nacional el día de los hechos teniendo en cuenta la ausencia de evidencio (sic) objetiva para desarrollar el modelo físico.”

contenidos en la sentencia sobre que el hecho fáctico se desarrolló en una vía angosta y que su superficie contenía arena. Frente a tales premisas no existe prueba que señale el adjetivo de ser una vía angosta de una parte pues contrario a ello se señala que tenía dos carriles (Informe de accidente)¹³, y de otra, dentro del proceso de valoración probatoria no se hace la crítica bajo los criterios de verdad para así lograr establecer si un hecho o acción pudo ocurrir, simplemente la motivación se reduce a señalar que esos elementos impedían una oportuna reacción, afirma que a existencia de material arenoso impedía el frenado oportuno del rodante, sin embargo, la prueba técnica señala la no existencia de material suelto (Informe de accidente)¹⁴ en el lugar de los hechos y tampoco huellas de frenado (Acta inspección a lugares)¹⁵, por lo que resulta otra vulneración más a las reglas de la sana crítica en cuanto a la valoración probatoria.

En suma, la calificación sobre la elevación del riesgo permitido desde el criterio del ordenamiento jurídico de tránsito, no está probado o como lo señala el dictamen pericial, no es posible establecer la velocidad y siendo esta un elemento constitutivo del hecho, es viable aceptar la premisa

¹³ **Informe de Accidente** No. 00-0197689 (15 abril 2007). (Fol. 3).

¹⁴ **Informe de Accidente** No. 00-0197689 (15 abril 2007). (Fol. 3).

¹⁵ **Acta de Inspección as Lugares** –FPJ-9. (15 abril 2007). (Fol. 21-23).

de la duda en favor del procesado y en cuanto a la calle angosta y presencia de material arenoso, el informe de accidente de tránsito, descarta de plano dichas premisas. Por ende, se ha de afirmar como lo reclama la defensa, que con el material probatorio obrante en las diligencias no es posible afirmar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado por elevación del riesgo permitido, desde el criterio del ordenamiento jurídico que regula el tránsito automotor.

En otras palabras, el conductor del vehículo policial PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES, desarrollaba la actividad peligrosa de la conducción, dentro del riesgo permitido y por ende sus consecuencias dentro de ese riesgo no le pueden ser imputables según este elemento de la imputación objetiva.

8.3.- Sobre la conducta desplegada por el menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.), señala el A Quo en su sentencia, que está de acuerdo con la defensa sobre la existencia de un proceder imprudente por parte del menor y una falla en la posición de garante de los padres del infante que *"...de manera imprudente cruzó la calle siendo impactado por el*

vehículo oficial, acción que a la par que configura una infracción violatoria del reglamento de tránsito automotor”¹⁶. Es a partir de este reconocimiento de un posible actuar culposo del menor, que el A Quo construye una premisa de compensación de culpas o concurrencia de culpas junto con el actuar del PT. HENAO JARAMILLO conductor del vehículo policial. Tal planteamiento jurídico termina el A Quo buscando una solución bajo los criterios del principio de confianza que desafortunadamente lo desarrolla en forma contraria a la teoría.

En primer lugar el principio de confianza implica que cada persona responde por lo que está dentro de su ámbito de competencia y no del de los demás y desafortunadamente el A Quo lo presenta como principio de **desconfianza** criterio abandonado por la jurisprudencia alemana desde 1930, que sugería que se debe prever que las otras personas puedan obrar en contra de los reglamentos como sucede con los niños, los infantes, los minusválidos, y los enfermos.

De manera general podríamos decir que el principio de confianza frente a la determinación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la relación de este con el resultado, sirve como un criterio de auto responsabilidad en el que las personas responden por

¹⁶ **Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía del Valle, (11 de febrero de 2016). Sentencia (Fol. 823).**

el cuidado propio y no responden por el cuidado ajeno, en el caso sub júdice, el PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES bajo el principio de confianza responde por el control de su actividad riesgosa y la conducción bajo los criterios de la norma de tránsito y confía en que las otras personas que intervienen en la vía pública, también lo hagan conforme a la norma. En este sentido, no se acepta el planteamiento del A Quo, de exigir que además de cumplir las normas en la conducción, deba prever un modelo de conducción distinto a lo reglamentado, bajo la premisa que en la vía pública puedan existir personas con discapacidades mentales, físicas, o distintas patologías (sentencia)¹⁷.

8.4.- Corolario de lo anterior, para poder imputar un resultado a una persona, no es suficiente la simple causalidad, o la sola previsibilidad, o la sola infracción al deber de cuidado, sino que se requiere una relación entre el resultado y la violación del deber de cuidado. De manera que la violación del deber de cuidado debe ser determinante en la producción del resultado y no solo una relación de causalidad natural como lo presenta el A Quo *"... que fue el actuar imprevisivo e imprudente realizado por el Patrullero HEIDER ANDRES HENAO el que dio lugar a que*

¹⁷ **Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía del Valle, (11 de febrero de 2016).** Sentencia. (Fl. 825). *"... tal circunstancia no lo exoneraba para extremar las medidas de precaución y seguridad, en aras de no generar un peligro para quienes transitaban por ese sector, dado la cantidad de personas que se dice se hallaban a esa hora en el sitio, en especial de personas, que por sus capacidades mentales o físicas dadas por la edad o por patologías sufridas en sus organismo (sic) (niños, ancianos, minusválidos etc.), tuviesen que cruzar la calle..."*

se presentara el insuceso vehicular"¹⁸, afirmación que desconoce la intervención imprudente del menor, además de imprudente, imprevista e inevitable.

En suma, la sola violación de la norma de tránsito que se traduce en la infracción al deber de cuidado y con ello la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, no determina en sí mismo la tipicidad de la conducta sino que solo cuando es creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es causal determinante de la muerte de la víctima, sin embargo si se observa que aún con el cuidado debido por el conductor el resultado se hubiera producido, ello excluye la culpa y en ese orden de ideas estamos en presencia de un caso fortuito.

De lo anterior ha de precisarse entonces que en el homicidio culposo, siendo un tipo penal de resultado, para que pueda afirmarse la existencia del mismo, el resultado muerte debe ser determinado por una violación al riesgo jurídicamente permitido o cuidado exigible, adicional a ello, la muerte debe ser previsible y evitable para que pueda imputarse como un delito culposo, pues resulta totalmente improcedente responsabilizar por un hecho imprevisible o inevitable.

¹⁸ **Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía del Valle, (11 de febrero de 2016). Sentencia. (Fol. 822).**

En el caso sub júdice, se ha dicho en precedencia que no existe prueba que permita predicar en la conducta del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES, vulneración a las normas de tránsito y en tal sentido se ha de señalar que conducía dentro de los criterios del riesgo permitido, por lo tanto, no creó un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, el segundo criterio de imputación no se estructura.

Sin embargo, en el hipotético evento de existir esa elevación de riesgo, en los presentes hechos, al tratarse de un delito culposo, ha de establecerse los criterios de imprevisibilidad o inevitabilidad y en tal sentido se dirá que la previsibilidad debe establecerse respecto si el PT. HENAO JARAMILLO conductor del vehículo policial, podía prever o no que el menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.), saldría de su casa intempestivamente para cruzar la calle.

La primera premisa es que la previsibilidad no consiste en que el resultado sea imaginable, es decir, no consiste en que cualquier conductor que transita en una calle de una ciudad como Buga / Valle, le es posible prever que en cualquier casa saldrá un niño de cuatro años corriendo para cruzar la calle y tendría una colisión con el vehículo que se conduce, de eso no se trata la previsibilidad como desafortunadamente lo propone el A Quo al

señalar que en esta calle transitaba una gran cantidad de personas, con distintas capacidades mentales o físicas y de diversa edad, niños y ancianos, o con discapacidad física o patológica que pueden cruzar la calle y que por eso se debía prever el resultado.

Lo adecuado en términos de previsibilidad es señalar que para el PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES conductor del vehículo policial, al transitar por la calle 32C, le era imposible prever que un menor de cuatro años de edad saldría de una casa, solo, y con el objeto de cruzar la calle, es decir, lo previsible para el autor debe ser concreto y dentro del contexto. Adicional a ello, no ha de olvidarse que el presupuesto de la previsibilidad queda excluido si a pesar de un comportamiento cuidadoso, el resultado se hubiera producido, es decir, transitar a una velocidad de 20 km/h o 30 km/h, no hace viable la previsibilidad que el menor saliera de manera intempestiva de su casa con el objeto de cruzar la calle.

Ahora bien, conducir en la calle 32C con la intersección de la carrera 12 de la ciudad de Buga / Valle, es una actividad que permite el riesgo de la conducción si la velocidad no excede los 30 km/h, sin existir prueba que permita afirmar que esta velocidad se excedió, se habrá de señalar que en un

segundo de tiempo el vehículo puede avanzar 8 metros y según el croquis, es la distancia antes de iniciar el cruce de la intersección hasta el lugar del impacto. En ese sentido, el conductor del vehículo policial despeja visualmente el cruce para continuar la marcha, la despeja iniciando la intersección y a partir de allí tarda un segundo hasta el lugar del impacto, lugar donde según la prueba testimonial se detuvo el vehículo.

De otro lado, la evitabilidad del resultado como elemento del delito culposo implica afirmar que el autor podía hacer algo respecto del resultado, sin embargo, un resultado será evitable en cuanto sea previsible, pero como se afirmó, resultaba impredecible que un menor de manera intempestiva saliera de una casa para disponer cruzar la calle, lo que se torna en un accidente inevitable, sin embargo, el conductor dentro del mismo segundo de tiempo que empleó para hacer el cruce de la intersección y avanzar los 8 metros, es el mismo tiempo que empleó para detener el vehículo, considerándose una reacción acorde a los presupuestos de la conducción y por tanto se torna inevitable el suceso.

Finalmente, tal como lo afirma el A Quo, que el menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.), de manera inesperada, salió de una vivienda para cruzar

la calle, en criterio de esta Sala implica para el conductor del vehículo policial, una conducta imprevisible que torna el resultado del accidente en inevitable.

De manera que en el caso sub júdice, no existe prueba que el PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES en su actividad de conducción, haya elevado el riesgo permitido y creado uno jurídicamente desaprobado y que adicionalmente, la muerte del menor no era previsible y evitable dadas las características concretas de como el menor de manera intempestiva salió desde dentro de una vivienda a recorrer una distancia de 3 metros desde la puerta al lugar del impacto. Con tal premisa, no existe una relación entre el resultado y la conducta del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES, por dos hipótesis, la primera, no creó el riesgo jurídicamente desaprobado y la segunda, ese resultado muerte, no le era previsible o evitable. Si se quiere adicionar, la posición de garante sobre la vida del menor, recae en los padres por vía de competencia por institución.

8.4.1.- Tanto los sujetos procesales como el A Quo a partir de la prueba testimonial¹⁹, coinciden en

¹⁹ **PT. Henao Jaramillo Heider Andrés (15 abril 2007) Entrevista (Fl. 13)** "...salió de una residencia corriendo para pasar al otro lado de la calle sin mirar que venía de arriba y de abajo me fue imposible frenar el carro tan inmediatamente porque fue un segundo el hecho o lo ocurrido...".

afirmar que el menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.), salió de una vivienda de manera imprevista e intempestiva a cruzar la calle 32C, evento que implica que cualquier vehículo automotor que se desplazara por esa vía y en esa dirección, sufriría el accidente y teniendo en cuenta que la edad del menor era de cuatro años de edad, sobre él no se puede predicar un sujeto auto-responsable con capacidad de calcular el riesgo o el peligro de cruzar caminando una vía pública, es decir, sobre él no se puede pregonar el instituto de culpa exclusiva de la víctima pues él no tiene la capacidad de decisión sobre sí mismo y tampoco el desarrollo de la acción peligrosa que desarrollaba, lo que nos lleva a visualizar que la causa del accidente obedeció a un caso fortuito.

PT. Henao Jaramillo Heider Andrés (13 febrero 2008) Indagatoria (Fl. 163) . “... al pasar por la calle 32B con 12, un menor sale como de una esquina o como de la casa, entonces el sale corriendo atraviesa la calle, entonces el vehículo lo atropella, yo iba normal por mi carril normal”.

PT. Henao Jaramillo Heider Andrés (27 de enero de 2015) Ampliación de indagatoria (Fl. 645) “... en estos dictámenes se refiere que no se puede emitir un concepto de la visibilidad mía hacia el menor, porque no se cuentan con elementos ya que nunca observe al menor porque el salió intempestivamente cruzando la calle”.

Antonio Miranda (15 abril 2007) Entrevista (Fl. 15) “cuando iba bajando por la calle 32 C carrera 12 observé que un niño salía de una residencia culla (sic) casa no sé y fue atropellado por una patrulla que se dirigía hacia la carrera 13 con 32 el niño se dirigía en una velocidad (trotando) hacia el otro lado de la será (sic)”.

Antonio Miranda (8 mayo 2008) Entrevista (fol. 183) . “Yo iba pasando la 32C con carrera 12 y observe que venía una patrulla de la policía a gran velocidad aproximadamente a 30km/h y salía un niño de una casa de la cual no sé y fue atropellado por tal patrulla dejando al niño adelante y la patrulla ya había frenado...”.

PT. Gallego Arnold (16 noviembre 2007) Declaración (Fl. 158). “... íbamos bajando por el callejón de las chuchas cuando de repente salió el menor de su residencia corriendo hacia el otro lado de la calle, el menor observa a la patrulla, pero no para su carrera sino que sigue de largo, fue entonces cuando el compañero PT. HENAO JARAMILLO frena el vehículo, pero el menor ya estaba muy cerca y además el pavimento tenía arena. El menor fue golpeado con la patrulla y cae al otro lado de la acera...”.

Tampoco se está de acuerdo con el A Quo, cuando parte de la premisa de pregonar la existencia de culpa de la víctima y culpa del conductor del vehículo, unos y otros, tal como quedó especificado no se estructuran conforme a la teoría del delito y menos se comparte el postulado que para solucionar esa hipótesis la actividad del menor no excluiría la culpa del conductor del vehículo, pues para ello, olvidó que la doctrina trae tres casos que regulan la imposibilidad de excluir, uno, cuando el autor tiene la posición de garante respecto de la víctima que no es el caso, un segundo, la existencia de una autoría mediata que tampoco es el caso, y un tercer episodio en los eventos de consentimiento de la víctima, que naturalmente por la edad del menor no se predica. De manera que solo en estas tres hipótesis la teoría del delito señala que el autor no puede ser excluido de la imputación.

8.5.- Finalmente se ha de partir del presupuesto que la función primordial de la norma penal es la protección de bienes jurídicos, en sentido lato esa finalidad de protección, conlleva a prohibir solo las conductas que creen para determinado bien jurídico un riesgo indebido y por el contrario, si la acción no ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y sin embargo el resultado vulneratorio del bien jurídico se presenta, este resulta lícito.

El nexo causal explicado por la teoría de la imputación objetiva nos lleva a señalar, que esta teoría reúne los criterios excluyentes de tipicidad, en el caso sub júdice, la acción del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES de colisionar naturalísticamente con la humanidad del menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.), generó una afectación al bien jurídico de la vida, esta afectación se dio pero a partir de un riesgo jurídicamente permitido catalogado así desde los criterios de utilidad social, experiencia de vida e incluso la auto responsabilidad, pero principalmente desde los criterios del ordenamiento jurídico que regulan la actividad de tránsito, riesgo permitido en cabeza del patrullero, pero con la correlación y modulación del principio de confianza, dentro del rol del trafico automotor.

De manera que el resultado muerte vulneratorio del bien jurídico de la vida, desde el rol del PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES, fue una consecuencia naturalística, pero que impide imputarle ese resultado desde lo normativo porque su actuar se enmarcó dentro del riesgo permitido.

Consecuente con ello, a partir de la descripción típica del delito de homicidio culposo (Ley 522 de 1999 art. 109), se ha de predicar entonces que el actuar dentro del riesgo permitido impide bajo la

teoría de la imputación objetiva, hacerle imputación al sujeto y en consecuencia no es viable estructurar el nexo causal como elemento objetivo del tipo. Adicional a ello, el actuar imprevisto del menor JUAN MANUEL CARDONA GALLEGO (Q.E.P.D.) se constituye en la causa determinante del resultado bajo la hipótesis de caso fortuito al igual que su comportamiento generaba para el policial la imposibilidad de los presupuestos de previsibilidad y evitabilidad que requiere la culpa. En ese orden de ideas no se estructura el injusto.

En virtud de lo anterior, se revocará la sentencia condenatoria impuesta al PT. HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES como autor del delito de homicidio culposo, por los hechos ocurridos el 15 de abril de 2007, para en su lugar absolver bajo la premisa que la conducta resulta atípica.

En mérito de lo expuesto la Segunda Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

9.- RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia fechada el 11 de febrero de 2016, mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Valle, condenó por el punible de homicidio culposo al PT.

HENAO JARAMILLO HEIDER ANDRES y en su lugar **ABSOLVERLO** de los cargos hechos por el punible en mención, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el proceso al despacho de origen por intermedio de la Secretaria de esta Corporación, para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Coronel (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS
Magistrado Ponente

Brigadier General MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE
Magistrado

Mayor (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria