



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

SP1013-2021

Radicación: 51186

Aprobado Acta Nro. 48

Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

I. VISTOS

Emite la Corte fallo de casación al haberse admitido la demanda presentada por la defensa de JEISON JAVIER FONSECA BORDA, contra la sentencia del 22 de junio de 2017 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que confirmó, con modificaciones, el fallo condenatorio por el punible de homicidio agravado proferido por el Juzgado 31 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.

II. HECHOS

Fueron consignados en la sentencia recurrida de la siguiente forma:

“El 13 de febrero de 2011, a las 2:00 horas aproximadamente, en el apartamento 203 del interior 1 del conjunto residencial Mazurén 13, ubicado en la calle 151 Nro. 55-68 de esta capital, departían Daniela Arias, Camila Andrea Villota Medina, Juan Sebastián Navas Rodríguez y Diego Alberto Rojas Rodríguez, que se encontraban de visita, también estaba, pero durmiendo, JEISON JAVIER FONSECA BORDA, quien vivía allí. Las dos primeras se ubicaron en el balcón del apartamento y se dieron cuenta de que, en el balcón del apartamento 403 de la misma torre, estaban reunidos varios muchachos y desde abajo les pidieron cigarrillos, algunos de estos últimos, Mileidy Guevara Güiza, Oscar Palencia, Andrés Felipe Muñoz Bernal y M.G.A.V. –menor de edad con 16 años- bajaron, las mujeres les abrieron la puerta y ellos les entregaron los cigarrillos y les ofrecieron licor, Diego Alberto Rojas Rodríguez se asomó y Óscar Palencia le brindó trago, con respuesta negativa y, como broma, les manifestó que si querían invitaran a Daniela, M.A.G.V. se burló de él porque portaba gafas oscuras en horas de la noche y éste le dijo que no fuera sapo y que lo respetara, M.A.G.V. le propinó un puñetazo en un ojo y Daniela cerró la puerta para poner fin al altercado.

Enseguida, desde los balcones, los dos grupos empezaron a insultarse, a escupirse y a lanzarse objetos como colillas de cigarrillo y empaques de aguardiente. Con el ruido, se despertó JEISON JAVIER FONSECA BORDA y sus visitantes le informaron lo sucedido. Éste se dirigió a su habitación y salió para ir al otro apartamento, manifestó a sus acompañantes que tenía que arreglar el problema para evitar dificultades con la administración. Subió y golpeó la puerta fuertemente, M.A.G.V. y Andrés Felipe Muñoz Bernal acordaron no abrirla pero Cristhian Daniel Berrío Hernández, otro de los contertulios que estaba durmiendo y no se había

percatado de lo acontecido, se despertó y desprevenidamente abrió, momento que fue aprovechado por FONSECA BORDA para tratar de ingresar a la fuerza, Cristhian Daniel sostuvo la puerta y advirtió a FONSECA BORDA que no quería problemas, Andrés Felipe Muñoz Bernal y M.A.G.V. ayudaron a sostenerla, éste corrió a Andrés Felipe y se ubicó detrás de Cristhian Daniel, el atacante llevó la mano atrás, le hizo un amague a éste y lo empujó, en ese momento quedó frente a M.A.G.V., sacó de su pantalón un cuchillo con el que se abalanzó a (sic.) sobre él y, prácticamente sin mediar palabra, le asestó una puñalada en el tórax que lo hizo caer al piso con la camisa ensangrentada, el agresor salió corriendo, bajó las escaleras, se encerró en su apartamento y les dijo a sus acompañantes que había chuzado a alguien y que se fueran. Mientras tanto, los amigos de M.A.G.V. trataron auxiliar a éste y lo bajaron a los parqueaderos del conjunto en espera de una ambulancia pero al arribar ésta aquél ya había fallecido.

Los vigilantes del edificio llamaron a la Policía e impidieron que quienes estuvieron en el apartamento 203 se fueran, cuando llegaron los agentes del orden subieron allí, donde JEISON JAVIER FONSECA BORDA se puso a su disposición, fue capturado y entregó el arma homicida”.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. El 14 de febrero 2011, ante el Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se realizaron las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de JEISON JAVIER FONSECA BORDA¹.

¹ Folios 13 ss. C.1

La Fiscalía imputó cargos por el delito de homicidio agravado de acuerdo con las circunstancias previstas en los numerales 4 y 7 del artículo 104 del Código Penal, esto es, por motivo fútil y por la situación de indefensión de la víctima. El imputado no aceptó la imputación y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

3.2. El escrito de acusación se presentó el 16 de marzo siguiente². Se formuló acusación el 28 de abril de 2011, en el Juzgado 31 Penal del Circuito, sin modificar la calificación jurídica del hecho³.

3.3. La audiencia preparatoria se surtió los días 24 de junio, 4 y 23 de agosto de 2011⁴, en curso de la misma el procesado manifestó que aceptaba los cargos sin los agravantes. El juicio oral inició el 5 de octubre de 2011, continuó los días 25 de octubre de 2011; 23, 28 y 30 de marzo, 6 de junio, 12 de junio y 3 de agosto de 2012. En esta última fecha se anunció que el fallo sería condenatorio⁵.

3.4. La sentencia de primera instancia se emitió el 13 de diciembre de 2012 en la que se impuso a JEISON JAVIER FONSECA BORDA la pena de 400 meses de prisión por su responsabilidad en calidad de autor del delito de homicidio

² Folios 19 ss. C. 1

³ Folio 39 ss. C.1

⁴ Folios 49 ss. 58 y 61 C.1

⁵ Fl. 206 C.1

agravado (artículo 104.4.7 del Código Penal)⁶. Decisión que fue apelada por la defensa.

3.5. En sentencia proferida el 22 de junio de 2017 (leída el 28 de junio siguiente) El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo de primer grado, modificando el numeral primero en el sentido de precisar que eliminaba la causal de agravación contenida en el numeral 7° del artículo 104 del C.P., por vulnerar el principio de congruencia fáctica. La exclusión del agravante no tuvo efecto en el monto de la pena⁷.

3.6. La sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación por la defensa de FONSECA BORDA⁸ y admitida la demanda en auto de 25 de enero de 2019 se llevó a cabo audiencia de sustentación el 26 de marzo siguiente⁹.

IV. LA DEMANDA

La defensa invoca un solo cargo al amparo del numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, esto es, violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 104 numeral 4° y por falta de aplicación del artículo 103 del Código Penal.

⁶ Folios 216 ss. C.1

⁷ Folios 54 ss. C.2

⁸ Folios 86 ss. C.2

⁹ Fl. 6 y C. Corte

Evocó el argumento del Ad quem para descartar la concurrencia de la causal de agravación prevista en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal, resaltando que se aceptaba el hecho de que (i) víctima y agresor se encontraban embriagados, (ii) se encontraban en paridad, (iii) el ataque fue súbito, (iv) el grado de alcohol del agresor era mayor que el de la víctima y (v) no hubo ningún tipo de ventaja del agresor.

Expuso que al eliminarse la causal de agravación del numeral 7° del artículo 104 se dejaba sin piso jurídico la causal referente a la futilidad establecida en el numeral 4°.

Se ocupó del concepto de futilidad y lo que sobre éste ha dicho la doctrina, el cual asocia con el de premeditación para significar que todos los eventos a los que alude el numeral 4° del artículo 104, están mediados por esta particularidad. Reiteró que el procesado no planeó el hecho al haber actuado con dolo de ímpetu, lo cual impide aplicar la agravante.

Resaltó que debía considerarse que la conducta se cometió bajo los efectos del alcohol y sin premeditación, razón por la que la pena impuesta resulta desproporcionada, pues no se realizó con dolo directo.

Siguiendo ese orden, analizó los fines y funciones de la pena a partir de las normas que los consagran y la teoría del tratadista Claus Roxin, para solicitar, además del retiro de la

causal de agravación, la redosificación de la sanción de acuerdo con criterios de necesidad y proporcionalidad al margen de la retribución justa.

Precisó que el nuevo monto punitivo ha de corresponder al del homicidio simple, teniendo en cuenta además que el procesado había aceptado su responsabilidad en el delito, pero a condición de que se eliminaran las agravantes.

Por último, enlista varios aspectos que no fueron valorados para el cálculo de la sanción como que el acusado ignoraba que la víctima era menor de edad, que en su favor concurre la circunstancia genérica de menor punibilidad consagrada en el numeral 9º del artículo 55 de la norma penal sustantiva y que por haberse suprimido una de las agravantes en el fallo de segundo grado, tenía que haberse reducido la sanción.

La solicitud frente al cargo presentado es que case la sentencia para que se redosifique la pena.

V. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

5.1. Defensa

Señaló que su pretensión era buscar una pena justa y útil. Ratificó el cargo propuesto por la violación directa de la norma sustancial con el fin de que la pena se ajuste a la de un homicidio simple y se tenga en cuenta que el procesado en la audiencia preparatoria, manifestó su voluntad de

aceptar los cargos siempre y cuando se retiraran las circunstancias agravantes

Dio el calificativo de tragedia a los hechos debido al consumo de alcohol en un menor de edad y otra persona que apenas cumplía la mayoría de edad.

Solicitó que se eliminara la agravante porque en el presente caso no hubo premeditación y porque se actuó con dolo de ímpetu, razón para casar la sentencia.

5.2. Fiscalía

Solicitó que la sentencia se mantenga porque no se configura la violación «indirecta» de la ley.

Reafirmó la tesis del Tribunal acerca de que la conducta del procesado fue desproporcionada, al haber sido el golpe que la víctima le propinó a uno de los amigos del procesado, lo que motivó su acción homicida.

Agregó que el ataque no fue producto de un estado emocional influenciado por la ingesta de licor, ya que, de acuerdo con la prueba testimonial, previo al ataque hubo exhibición del arma cortopunzante y amenazas de muerte.

En opinión de la delegada fiscal el motivo fútil, entendido como la ausencia de una razón que explique la conducta, se predica en este caso por haber sido el altercado

entre la víctima y los amigos de FONSECA BORDA, lo que llevó a quitarle la vida del menor.

A efectos de definir el concepto de futilidad reseñado en el numeral 4° del artículo 104 del Código Penal, citó la casación 37504 de 2016.

5.3. Representante de Víctimas

En su sentir en este caso no ha existido ni reparación ni verdad, esto último porque lo que las víctimas conocieron acerca del hecho fue por los testimonios escuchados en juicio.

Resaltó que no puede hablarse de dos víctimas en este hecho, es claro que el victimario es JEISON JAVIER FONSECA BORDA, quien no ha hecho ninguna manifestación de arrepentimiento o perdón a las víctimas.

Controvierte el planteamiento de la defensa cuando pretende refundir las causales de agravación del numeral 4° y 7° del Código Penal.

Afirmó que el hecho fue premeditado, pues estuvieron presentes circunstancias como la exhibición de armas y amenazas, agregando que el procesado actuó como un «sicario» porque no fue agredido por la víctima, sino que fue otra persona la que recibió un golpe por parte del menor, de allí la futilidad de la acción.

Por último, sostuvo que no procedería ninguna rebaja de pena por aceptación de cargos por expresa prohibición del Código de Infancia y Adolescencia por ser la víctima menor de edad.

5.4. Ministerio Público

Para la delegada de la Procuraduría, la sentencia no debe ser casada, porque el homicidio se cometió por un motivo fútil con poco aprecio hacia la vida y sin justificación alguna para el crimen.

Los testimonios de Juan Sebastián Navas, Diego Alberto Rojas y Camila Villota narraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar como sucedieron los hechos, demostrando que tuvo tiempo para preparar el arma homicida denotando el dolo directo y no de ímpetu.

Frente a la redosificación de la pena por el retiro de una de las circunstancias de agravación, indica que no hay lugar a la misma, ya que al mantenerse una de las agravantes y al haberse irrogado la pena mínima, su monto no sufre modificación.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. De la competencia

La Sala es competente para resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia

proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 22 de junio de 2017, conforme los artículos 32.1 y 181 del C.P.P.

6.2 Estudio del cargo único.

El recurrente manifiesta su principal inconformidad, y por ello la causal invocada, en cuanto se aplicó indebidamente en el presente caso el numeral 4 del artículo 104 del Código Penal, porque considera que se produjo un homicidio sin concurrir la causal de agravación atribuida a JEISON JAVIER FONSECA BORDA de la futilidad.

Igualmente, solicita que una vez se establezca que el homicidio fue simple y se aplique al caso el artículo 103 del C.P., se redosifique la pena por cuanto el procesado aceptó cargos en audiencia preparatoria, pero sin los agravantes.

6.2.1. Previo a resolver el principal aspecto materia de demanda en casación, corresponde fijar con claridad el sustento fáctico de la causal agravante, en orden a verificar si las circunstancias que rodearon el hecho permiten su adecuación al punible por el que fue condenado FONSECA BORDA.

El siguiente fue el fundamento fáctico expuesto por la Fiscalía en la formulación de imputación:

“Frente al motivo abyecto o fútil considera esta delegada que se da porque aquí no hubo ningún inconveniente con

usted. Si bien eran sus invitados en el apartamento, a usted no lo agredieron física o verbalmente, no hubo ningún cruce de palabras con usted joven. Es informado usted por sus amigos que su amigo Diego había sido agredido por otro joven del apartamento 403 y usted sin escuchar nada coge un cuchillo y se dirige allí a matar a una persona, a quitarle la vida. ¿Cuál era el motivo? A un joven igual que usted, estudiante universitario, acabó usted con dos vidas con la suya y con la de un menor.

La Corte nos ha indicado (Casación 22672) que fútil es aquello que carece de importancia.

El motivo aducido como desencadenante de la acción homicida se identifica plenamente con este último adjetivo, pues obrar por motivos fútiles no puede ser otra cosa que realizar el hecho delictivo por una causa tan insignificante, tan nimia que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho.

Es evidente que aquí no hubo proporcionalidad entre el motivo y el hecho, se trataba de una agresión física de un puñetazo realizado al amigo de Jeison llamado Diego, que él hubiera podido iniciar su acción penal correspondiente, su denuncia y esto no tenía por qué llevar a una consecuencia como la que nos ocupa. Esta es la razón por la que este delegado hace la imputación de homicidio agravado por las causales 4 y 7 del Artículo 104 del Código Penal.” (Reg. 00:56:15 y ss CD 1 Audiencia 14 de febrero 2011)

En la acusación sobre el aspecto en cuestión, se señaló:

El motivo es fútil, ya que el agresor comete el hecho demostrando carecer de aprecio o importancia, ya que realizó el hecho delictivo por una causa insignificante por falta de proporcionalidad, además entre el motivo y el hecho, ya que obró por cuanto su amigo Diego había sido golpeado con un puño por la víctima y el imputado respondió con homicidio. (Reg. 00:26:49 y ss CD Audiencia 28 de abril 2011)

En la sentencia de primera instancia se indicó:

«Ahora bien, debe decirse que la futilidad del ataque se deriva de su motivación, pues lo que precedió al mismo fue el informarle al acusado del altercado entre miembros del apartamento, nótese que puede válidamente inferirse en tanto entre ese hecho y el ataque nada medio, recordemos que la conversación entra (sic) agresor y agredido fue prácticamente una palabra por interlocutor, mismas que siquiera fueron ofensivas, tal vez serían retadoras, por lo que si estas fueron el detonante de la agresión aún es más viable pregonar la futilidad»¹⁰

Y en el fallo de segundo grado el Tribunal expuso el siguiente fundamento de hechos:

«... Reseña que permite concluir que, contra lo expuesto por el recurrente, no hay duda de que la infracción estuvo precedida de un motivo fútil, irrelevante en extremo, que, bajo ninguna circunstancia, justificaba la desmedida respuesta de la que fue víctima M.A.G.V., pues apenas si se trató de un altercado de muy común ocurrencia entre jóvenes que, en vista de desarrollo, en acuerdo habían preferido hacer lo de su alcance para ponerle fin. Como lo dijo uno de los delegados de la Fiscalía, ni siquiera el mismo Diego Alberto Rojas Rodríguez, quien estaba sobrio por su convalecencia, había hecho reclamo y sus amigas cerraron la puerta del apartamento 203 tan pronto fue objeto del ataque leve de M.A.G.V. Conducta similar observaron los ocupantes del apartamento 403 cuando subió el procesado en actitud sumamente violenta, dispuesto desde un comienzo a, por lo menos, perpetrar un muy grave ataque contra uno de ellos porque lo hizo con una arma, un cuchillo de cocina, que, por sus características, era irrefutable que podía causar mucho daño. Ellos le pidieron repetida e infructuosamente que se fuera que no querían problemas. Nótese, además, que en el incidente inicial ni siquiera participó el encartado, quien con su

¹⁰ FI. 222 C.1

comportamiento desconoció las más elementales reglas de convivencia social.»¹¹

Del anterior recuento queda claro que el motivo fútil lo soportaron los funcionarios judiciales en el altercado que se presentó entre personas que departían en los apartamentos 203 y 403 del conjunto residencial Mazurén 13 de Bogotá, en el cual el menor de edad que resultó ser la víctima mortal le propinó un golpe, “puño”, en el ojo a Diego Alberto Rojas, quien se encontraba en el apartamento del procesado, concluyendo que en ese incidente *“ni siquiera participó el encartado...”*.

6.2.2. La Sala debe recordar que por ser objeto de estudio la causal de casación del numeral primero del artículo 181 del C.P.P., referente a la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del numeral 4 del artículo 104 del C.P., los hechos y las pruebas fueron aceptadas tal como fueron plasmados en la sentencia de segunda instancia, la cual arriba a esta Corporación con doble presunción de legalidad y acierto. Sin embargo, esos mismos hechos son indicativos de que en el presente caso JEISON JAVIER FONSECA BORDA desplegó la conducta punible de homicidio simple contemplada en el artículo 103 del Código Penal sin la circunstancia de agravación referida a la futilidad.

Es menester revisar los testimonios que al interior del proceso rindieron algunas de las personas que participaron

¹¹ Fl. 70 C. 2

directamente en los hechos acaecidos en el fatídico amanecer del 13 de febrero de 2011, para con ello resaltar que la decisión del Ad Quem de confirmar la condena por el delito de homicidio agravado por el motivo fútil no fue acertada.

En audiencia de juicio oral, Mileidy Guevara Güiza, Cristian Daniel Berrio Hernández, Andrés Felipe Muñoz Bernal, Juan Sebastián Navas Rodríguez, Camila Andrea Villota Medina y Diego Alberto Rojas Rodríguez, dieron cuenta al proceso del acontecer fáctico en el que se produjo el desafortunado deceso del adolescente Miguel Ángel Guerrero Vargas¹², quien tenía 16 años y 10 meses para la fecha de los hechos.

La testigo Mileidy Guevara Güiza, expuso en audiencia que siempre estuvo al lado de la víctima, quien para ese entonces era su novio. Refirió que cuando dos mujeres que se encontraban en el segundo piso les pidieron cigarrillos, su novio, en compañía de Oscar Palencia y seguidos por ella bajaron a entregarle los cigarrillos a las jóvenes, una vez en el apartamento en el que aquellas se encontraban se presentó una discusión entre un hombre que llevaba gafas oscuras y el adolescente fallecido en la que hubo de por medio manotazos. Aseguró que posterior a ello la pelea trascendió a los balcones de los apartamentos, donde Miguel Ángel les

¹² Se indica el nombre del menor conforme Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 39 del C. 1, toda vez que en el acápite de hechos el Tribunal lo identificó como "M.G.A.V.". Además, no se considera necesario ocultar su nombre para proteger su derecho a la intimidad y su no revictimización, precisamente porque el resultado final indica que se garantizará el derecho a la verdad y a la dignificación de su nombre en un caso donde se hace justicia.

“...botó una colilla de cigarrillo”. Posteriormente *“como 5 o 10 minutos”* llegó al apartamento 403 un sujeto que nunca habían visto, el cual, tras golpear fuertemente la puerta, logró entrar al apartamento a la fuerza, empezó a gritar *“...a ustedes que les pasa, están jodiendo a mis amigos, no se qué, los voy a matar”*, luego de forcejear en la puerta con Cristian Daniel Berrío, Andrés Felipe Muñoz y Miguel Ángel Guerrero Vargas, agredió mortalmente a su novio con un arma blanca, cuando éste después de empujar a Andrés Felipe y a Cristian quedó frente al procesado (Reg. 01:42:00 y ss. CD 1 audiencia 28 de marzo de 2012).

Cristian Daniel Berrío Hernández en su testimonio aseguró ser la persona que le abrió la puerta a FONSECA BORDA, refirió que forcejeó con éste para no dejarlo entrar al apartamento, *“...el intenta apuñalarme y yo lo retrocedo con la mano, yo lo empujo, cuando yo lo empujo Miguel Ángel se pone de frente mío y el también sin ninguna razón, sin más saca el cuchillo, el puñal y se lo introduce...”*, e inmediatamente huye del lugar gritando *“apuñalé a un man”*. Explicó que *“...Miguel Ángel de por si no tenía todos sus sentidos, él había ingerido mucho licor, nunca había dormido, estaba borracho...”* (Reg. 00:10:55 y ss. CD audiencia del 30 de marzo de 2012).

Otro de los contertulios del apartamento 403 fue el señor Andrés Felipe Muñoz Bernal, amigo de la víctima, quien en su exposición aseguró que presenció la discusión que se dio en el apartamento del procesado, exponiendo *“...yo vi como un empujón o un puño, no sé qué sería, de Miguel hacia*

el muchacho, hacia el tipo este, el de gafas, digo yo por la burla...". Por lo que posteriormente la discusión continuó en los balcones de los apartamentos, hasta que "...3 o 4 minutos..." después, JEISON JAVIER FONSECA BORDA trataba de entrar a la fuerza al apartamento en el que se encontraban departiendo empujando a Cristian Berrío y a él, y cuando entró "...sin mediar palabra contra Miguel Ángel..." le propinó una puñalada y posteriormente salió corriendo pidiendo ayuda porque acababa de apuñalar a alguien. (Reg. 01:44:52 y ss. CD audiencia del 30 de marzo de 2012).

Por otra parte, se cuenta con el testimonio de Juan Sebastián Navas Rodríguez, quien se encontraba en el apartamento del procesado y presencié la discusión que se generó en el lugar y que trascendió a los balcones, por lo que el procesado decidió subir al apartamento 403 a hablar con las personas que allí se encontraban para solucionar el impase. Expuso, entre otras: "...Daniela se asomó por el balcón y en el cuarto piso había una fiesta y pues, pidió un cigarrillo a los del cuarto piso y en ese momento, como a los 5 minutos bajaron como 7 personas del cuarto piso a ofrecernos un cigarrillo, y en ese momento, pues timbraron, Diego Rojas abrió la puerta y pues le ofrecieron un cigarrillo, y lo agredieron en ese momento {...} y pues él estaba operado de los ojos, entonces tenía unas gafas y en ese momento como abrió, los que bajaron se le burlaron por las gafas y le pegaron un puño". después de que subieron "...comenzaron a gritar cosas, y a botar colillas y a decirnos de todo desde arriba {...} en ese momento él se levantó, pues es que escuchó, había hartos ruidos, entonces él se levantó y dijo que qué estaba

pasando. Pues le contamos ahí por encima lo que había pasado, entonces él dijo que él iba a subir a hablar con ellos...” (Reg. 00:24:50 y ss. CD audiencia del 6 de junio de 2012).

La joven Camila Andrea Villota Medina, testigo presencial de los hechos narró la forma en que se presentó la pelea en el apartamento de JEISON JAVIER con las personas del cuarto piso, aseguró que fue ella quien en compañía de su amiga Daniela les pidieron cigarrillos a unos sujetos del cuarto piso, quienes al bajar se burlaron de Diego porque llevaba gafas oscuras en la noche, por lo que empezaron a discutir y uno de los sujetos golpeó a Diego Alberto Rojas, quien estaba recién operado de los ojos, motivo por el cual ella en compañía de Daniela cerraron la puerta, lo que causó que la discusión siguiera en los balcones de los apartamentos, en donde los del cuarto piso les empezaron a tirar vidrios. Decidieron despertar a Jeison quien era el dueño del apartamento para que se apersonara de la situación, diciéndole que los del cuarto piso estaban buscando pelea, fue cuando JEISON JAVIER FONSECA BORDA se dirigió a su habitación y luego subió al cuarto piso. Después bajó “...y nos dijo que nos fuéramos que él había acabado de matar a una persona.” (Reg. 01:09:00 y ss CD audiencia del 6 de junio de 2012).

Finalmente, Diego Alberto Rojas Rodríguez, testigo presencial de los hechos, narró la forma en la que fue agredido por la víctima en el apartamento de JEISON JAVIER FONSECA BORDA. Manifestó que: “..Daniela les dijo a ellos que si le regalaban un cigarrillo {...} pasaron tres minutos por

mucho y bajaron los muchachos que estaban arriba {...} entonces ahí fue cuando llegó Miguel Ángel y me dijo “se le perdió la playa”, entonces yo le dije como “qué le pasa”, un amigo de él como que dijo “bueno ya”, iban a subir y él llegó y me pegó un puño en el ojo, en las gafas {...} Después de que cerramos la puerta ellos empiezan a pegarle a la puerta golpes no muy duros y suben {...} Daniela se fue al balcón y empezaron a alegar, le dijo “como se le ocurre, él está operado, usted es bruto”, entonces empezaron a escupirnos y a tirarnos cosas y nosotros empezamos también a... hubo un roce verbal con ellos entre nosotros {...} Ellos empezaron a tirarnos cosas, a tirarnos vasos, colillas de cigarrillos, a escupirnos {...} Después hubo muchos griteríos y ahí fue cuando se levantó Jeison, y Jeison preguntó que qué había pasado, entonces Camila lo intentó calmar, el en ningún momento se levantó como con actitud de pelear {...} Jeison dijo “no, es que yo no voy a subir a pelear, tranquilos yo voy a calmar las cosas”, subió, y en el momento en que subió nosotros nos quedamos los 4 en la puerta {...} en ningún momento yo le vi un cuchillo {...} y se escuchó como una embestida y golpes, golpes y más duro y más duro y más duro {...} y entonces después bajó Jeison y le preguntamos “que hizo” y dijo “no sé, no sé, no sé, váyanse, váyanse” (Reg. 00:14:24 y ss. CD audiencia del 12 de junio de 2012).

De acuerdo con la prueba recaudada, se establece que la acción del procesado no estaba inequívocamente dirigida a acabar con la vida del adolescente Miguel Ángel Guerrero Vargas, ya que JEISON JAVIER FONSECA BORDA desconocía cuál de las personas del apartamento 403 fue la

que golpeó a su amigo en los ojos, órganos que según el mismo Diego Alberto Rojas estaban recién operados y que era la razón del porqué a esas horas de la madrugada tenía puestas gafas oscuras, situación que además de servir de mofa al adolescente fallecido, originó que éste fuera bastante agresivo y golpear a una persona convaleciente.

Con lo anterior se demuestra que la irrupción del acusado en el inmueble 403 estuvo precedida no sólo de la agresión proveniente del adolescente, sino también de la falta de respeto de los ocasionales moradores de ese inmueble por las normas culturales y sociales que deben imperar entre cualquier clase de ciudadanos, pero más entre residentes de una misma copropiedad.

Obsérvese que la conducta de la víctima Miguel Ángel Guerrero Vargas y de sus compañeros de festín, no solo se limitó al puñetazo que recibió Diego Alberto Rojas, sino que después de ello, procedieron ofender y molestar a los ocupantes del apartamento 203, golpeando la puerta fuertemente con puños y lanzando desde el cuarto piso colillas de cigarrillo, cajas de aguardiente y escupitajos a quienes estaban ubicados dos pisos abajo. Ello produjo que entre balcón y balcón se continuara una discusión verbal, situación que despertó al procesado quien quiso detenerla en una forma inadecuada con resultados que no se encontraban planeados por éste, puesto que salió corriendo del lugar de los hechos pidiendo ayuda porque había acabado de lesionar a una persona. Circunstancia esta que descarta la

premeditación alegada por el representante de víctimas y la procuradora judicial.

Para poder entender la futilidad en el presente caso, homicidio agravado, debe partirse de que nos encontramos frente a un tipo penal subordinado, como quiera que no contiene la descripción de la conducta a sancionar, sino que depende y aumenta la sanción de la conducta punible de homicidio simple consagrado en el artículo 103 del Código Penal así: “El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años de prisión” (hoy la pena es de 208 a 450 meses de prisión en razón del aumento de penas establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004). En este caso el tipo contiene el supuesto de hecho y la sanción para quien incurra en el primero.

Los aumentos en la sanción que contiene el homicidio agravado tienen su justificación dogmática en razones de (i) quebrantamiento a los deberes propios del bien jurídico tutelado, como cuando se cometen contra determinadas personas, *verbi gratia*, familiares, calificando el sujeto pasivo de la conducta (numerales 1, 9 y 10 del artículo 104 C.P.); (ii) por circunstancias que aumentan la antijuridicidad material, como cuando se comete un homicidio incendiando predios, provocando inundaciones (numerales 3 *ibídem*); (iii) por involucrar a otras personas como instrumento tratando de encubrir el delito (numeral 5 *ibídem*); o (iv) por el desvalor de acción que se le da a la conducta, como cuando se comete un homicidio para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible (numeral 2 *ibídem*), cuando se comete con

sevicia (numeral 6), o se realiza con fines terroristas (numeral 8) o se mata por precio o promesa remuneratoria (numeral 4), o, como en el presente caso, cuando se quita la vida de otra persona por un motivo fútil.

Cuando la defensa manifestó que lo pretendido con la presente demanda de casación era buscar una pena más justa, debe aclarar la Corte que en el presente caso lo que realizará es un simple proceso de tipicidad (adecuación lógico jurídico entre la conducta y el tipo penal por el que fue sancionado el autor), para establecer si la acción que realizó FONSECA BORDA se ajusta o no a los requerimientos descritos en el tipo penal objetivo, conforme a las pruebas y a los hechos tal como fueron apreciadas y reconstruidos, respectivamente, por las instancias, pues se trata de una alegación de violación de la ley sustancial por la vía directa.

Veamos. Según la Real Academia de la Lengua Española, fútil (del latín *futilis*), es la palabra asignada a algo de “poco aprecio o importancia”. Significa esto que el homicidio agravado por la futilidad es aquel que se realiza por motivos tan insignificantes que debe sancionarse con mayor severidad al autor por la desproporción existente entre su acción y la situación que se presentó. La valoración depende, obviamente, del contexto histórico y social, que es el que permite reputar algo como normal en la sociedad y por contraste como desproporcionado a esa “normalidad” o uno, en el que esté ausente un precedente explicativo del hecho de la víctima que genera la acción del victimario.

Las situaciones descritas en la norma en cita giran en torno a la causa o fin buscado con el hecho que develan un dolo más intenso y un mayor grado de culpabilidad que deben castigarse con mayor rigor. Dada su naturaleza esencialmente subjetiva se dificulta su demostración en casos particulares, lo que hace que en muchas ocasiones se corra el riesgo de imponer el agravante a partir de juicios moralistas, al margen del daño relacionado con la intensidad de la conducta o el motivo que se persigue, como se advierte en el *sub examine* dada la condición de minoría de edad de la víctima.

Es por ello que el funcionario judicial debe establecer el motivo¹³ y posteriormente verificar si el mismo es de tan poca relevancia que el sujeto activo orientó su voluntad y obtuvo un resultado cuya respuesta por parte del Estado debe ser mayor.

Resulta lógico sostener que todo homicidio se comete por una causa que razonablemente lo explique aunque no lo justifique. Sin embargo es en la insignificancia de la causa frente al delito cometido, donde radica la racionalidad de la imposición de una mayor sanción punitiva que le permita al juez sostener que se trata de la agravante descrita en el numeral 4º del artículo 104 del Código Penal.

El funcionario judicial que conoce el caso debe realizar un esfuerzo y un proceso comparativo con los modelos

¹³ Definido como la “*causa o razón que mueve a actuar de cierta manera*” según la Real Academia de la Lengua Española

existentes en la sociedad para establecer la trascendentalidad de las circunstancias, ya que la norma no ofrece elementos para determinar que comportamiento es fútil. Esta labor requiere agotar una carga argumentativa fuerte, no fundada en razones de estricto contenido moral, para evidenciar que la acción del sujeto activo se debe desvalorar en mayor grado, dada su absoluta desproporción frente al daño al bien jurídico que infligió. Para ello es necesario que la prueba ofrezca elementos suficientes que conduzcan a demostrar el elemento subjetivo que determinó al agente a cometer la conducta.

En la casación 22106 del 26 de enero de 2006, esta Corporación al tratar el tema de la futilidad, expuso:

“...aunque en la resolución de acusación no se dedicó un capítulo específico al estudio de la circunstancia deducida, su imputación fáctica refulge con diáfana claridad no sólo del contexto de las argumentaciones esbozadas, sino especialmente del motivo, que se dijo, desencadenó la acción homicida de los procesados, a quienes en estado de embriaguez les había dado por dirigirse contra los tres ocupantes de la motocicleta que transitaban pacíficamente por el lugar, tratándolos de “maricas”, insulto que los últimos se limitaron a devolver en los mismos términos, generando ello la desproporcionada arremetida en contra de sus humanidades, circunstancias a las cuales se hizo expresa alusión en las argumentaciones de la Fiscalía, quien las encontró plenamente probadas.

Si de acuerdo con el diccionario de la Lengua Española, abyecto es aquello despreciable, vil en extremo; y fútil aquello que carece de aprecio o importancia, es claro que el motivo aducido como desencadenante de la acción homicida se identifica plenamente con este último adjetivo, pues obrar por motivos fútiles no puede ser otra

cosa que realizar el hecho delictivo por una causa tan insignificante, tan nimia, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho.

Matar por vindicar la contestación, en los mismos términos, de un insulto que no provocó la víctima, es un acto acompañado de un motivo fútil, por lo insignificante.”

En más reciente decisión, CSJ SP., Mar 16 de 2016 Rad. 37504, si bien la agravante fue suprimida por cuestiones de congruencia fáctica, de todas formas, sobre su contenido la Corte sostuvo:

«Ciertamente, en cuanto al agravante por motivos abyectos o fútiles previsto en el artículo 104, numeral 4 del Código Penal, es claro que dicho motivo aducido como desencadenante de la acción homicida se debe identificar plenamente, pues en manera alguna pueden catalogarse como situaciones idénticas o similares, ya que, como lo señala la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación, mientras que el motivo abyecto se relaciona con aquello que es bajo y vil, en cuanto está determinado por razones que causan repudio general y que expresan una particular depravación y bajeza de ánimo, que suscita repugnancia en toda persona de moralidad media, el motivo fútil es aquel que reviste poca importancia, es matar sin que exista una razón de peso, por cuestiones baladíes o triviales, que hace resaltar en forma inmediata la falta de proporcionalidad entre el motivo y el hecho».

También debe destacarse lo decidido por esta Sala en radicado 48976 del 27 de febrero de 2019, donde de manera diáfana se estableció que, para lograr una condena con el agravante de la futilidad, siempre debe precisarse cuál fue la causa que condujo al homicidio, de manera tal que por muy

deleznable que parezca la acción, sin ese móvil deviene en simple la sanción. En aquella oportunidad la situación fáctica se verificó en el homicidio de un joven de 18 años que se encontraba en estado de indefensión por haber ingerido sustancias embriagantes y quien no esperaba un ataque dado que fue sorpresivo y a altas horas de la noche. Precizando el fallo que:

*“De lo anterior deriva nítido, que el comportamiento reprochado a **T.S.**, consistente en haber atacado a la víctima sin mediar razón alguna o discusión, no estructura el motivo fútil.*

En ese contexto, si la Fiscalía no precisó cuál fue la causa nimia o insignificante por la cual se ejecutó el homicidio, es imposible deducir la causal y, por consiguiente, hizo bien el Tribunal en disponer su exclusión.”

De estas breves reseñas jurisprudenciales se extraen las siguientes reglas para poder encajar una conducta punible en un homicidio agravado por el motivo fútil: (i) siempre debe establecerse cuál fue la causa o la razón que movió la voluntad del actor, (ii) posteriormente debe mirarse si la misma se encuentra demostrada en el proceso, y (iii) finalmente debe el funcionario judicial hacer un estudio muy ponderado, dependiendo de las circunstancias sociales y la personalidad del agente, para establecer si ese móvil resulta insignificante o no.

Frente a este último punto, resulta claro que en un conglomerado social muchas actuaciones pueden catalogarse de insignificantes mientras que en otro es

probable que esa acción sea de vital importancia, sin excluir la posibilidad de que en uno u otro pueda resultar una acción ofensiva de manera par. Así por ejemplo escupir en la cara a una persona puede resultar humillante en cualquier parte del país. Igual el tocar las partes íntimas de una persona, sin perjuicio de que para ciertos sujetos esa acción resulte insignificante.

En el presente asunto, el Tribunal concluyó que la acción de FONSECA BORDA fue un acto desproporcionado porque frente a unas agresiones de las cuales no fue víctima el procesado, éste respondió con un homicidio. En palabras del *ad quem*:

“...no hay duda de que la infracción estuvo precedida de un motivo fútil irrelevante en extremo que, bajo ninguna circunstancia, justificaba la desmedida respuesta de la que fue víctima M.A.G.V., pues apenas si se trató de un altercado de muy común ocurrencia entre jóvenes, que, en vista del desarrollo, en acuerdo habían preferido hacer lo de su alcance para ponerle fin {...} ni siquiera el mismo Diego Alberto Rojas Rodríguez, quien estaba sobrio por su convalecencia, había hecho reclamo y sus amigas cerraron la puerta del apartamento 203 tan pronto fue objeto del ataque leve de M.A.G.V.”.

Para la Sala la razón que ofrece el Tribunal al derivar la agravante, es insuficiente para calificar la conducta del acusado como cometida por un móvil banal o trivial. Ello por cuanto lo injusto y reprochable de la conducta del acusado que se ofrece como sustento del delito agravado, se funda en el desprecio que genera el ataque al bien jurídico de la vida,

frente a intereses de menor importancia, pero ese elemento es común a cualquier otro acto homicida y esa argumentación es errada en tanto implícitamente asume que explicar la causa de un ilícito y determinar su existencia objetiva significa su justificación cuando es solo su entendimiento como conducta humana que, en todo caso es reprobable.

No desconoce la Corte que la conducta de FONSECA BORDA, es a todas luces reprochable (por eso se hace acreedor de una sanción penal), y esa acción no encuentra justificación alguna ni social ni jurídicamente (de haberla se estaría estudiando alguna de las causales que justifican el hecho consagradas en el artículo 32 del C.P.).

Está claro que FONSECA BORDA reaccionó de una forma completamente inadecuada al margen de las reglas establecidas para la solución de los conflictos propios de la interacción social. Y en un plano del deber ser, ha debido obrar de otra forma y conforme a derecho, pero al no haberlo hecho, ello no aumenta su culpabilidad sino que al ser el juicio de reproche uno de los elementos de la misma es precisamente lo que la configura.

Lo que debe determinarse en el presente caso es si JEISON JAVIER FONSECA BORDA merece una pena mucho más alta que la consagrada en el artículo 103 que trata el homicidio simple, por encontrarse realmente demostrada una situación que desborde jurídica y socialmente la conducta por él desplegada.

Labor que nos lleva a establecer que en el presente caso no pueden desconocerse varias situaciones que antecedieron la muerte tal como lo reconocieron los fallos de instancia y es fundamento inamovible de lo que aquí se decide. Dan cuenta las pruebas, tal como fueron estimadas por los juzgadores, de acciones ofensivas de las que participó el adolescente que terminó como víctima, que tuvieron la efectividad de quebrantar el buen trato que debe mediar la relación entre los residentes y que en cualquier conglomerado social resultan reprochables, las cuales motivaron un conflicto que no solo constituyó una infracción a las reglas del manual de copropietarios que el procesado quiso controlar como habitante de uno de los apartamentos y así evitar problemas con la administración, sino que escalaron a actos de agresión personal física y verbal, a un recientemente intervenido quirúrgicamente y a mujeres, que resultaron en unos trágicos hechos que, tal como lo refiere la Fiscalía, destruyeron dos vidas, la del fallecido y la de un joven de 19 años estudiante universitario, quien deberá hacerse responsable de los hechos y remediar sus actuaciones para ser útil a la sociedad nuevamente.

Las particularidades del caso no permiten tener como fútil el motivo por el que JEISON JAVIER FONSECA BORDA cometió el delito, pues, debe reiterarse que, aunque se trate de una conducta injustificada desde cualquier óptica, ello no se equipara a que su causa sea insustancial o insignificante, por lo menos no al punto de que pueda calificarse como “motivo fútil”. Lo cierto es que el resultado se produjo en un

contexto que antecede una agresión por parte de la víctima, también de ofensas a los bienes del procesado como el hecho de propinarle patadas a la puerta donde vivía éste, de ser altamente groseros con palabras y con acciones al lanzar colillas de cigarrillos, vasos y “escupitajos” desde una posición superior.

El motivo fútil que estableció el Tribunal no se estructura, dado que el procesado, se repite, de manera errada y sin justificación social y legal, reaccionó a las agresiones e insultos que se hicieron contra unos compañeros de estudio que había invitado a su hogar por parte de quien en últimas resultó siendo la víctima del nefasto delito. Nótese que el Tribunal en su argumentación fáctica, termina reconociendo que cuando el procesado subió a realizar el reclamo y tocó la puerta del apartamento 403 “*M.A.G.V. y Andrés Felipe Muñoz Bernal acordaron no abrirla pero Cristhian Daniel Berrío Hernández, otro de los contertulios que estaba durmiendo y no se había percatado de lo acontecido, se despertó y desprevenidamente abrió*”. Lo anterior es indicativo de que el adolescente fallecido y su amigo de pilatunas tenían temor y sentían culpa de las deshonrosas acciones que acaban de hacer contra las invitadas y el invitado de FONSECA BORDA en el apartamento de éste.

Es en ese escenario en el que participan Cristian Daniel Berrío Hernández, Andrés Felipe Muñoz y el adolescente Miguel Ángel Guerrero Vargas, al tratar de detener la acción de JEISON JAVIER FONSECA BORDA, quien además de

querer ingresar al apartamento, ya había esgrimido el cuchillo contra Cristian Daniel y al enfrentarse a él, fue el propio adolescente el que empujó a su compañero para quedar en frente del procesado quien lo agredió mortalmente.

El dolo directo exteriorizado por el acusado por el hecho de utilizar un instrumento apto para acabar con la vida de cualquier persona, no puede equipararse a una motivación fútil, pues, aunque ambos elementos (el dolo y la motivación), son de naturaleza subjetiva y hacen parte de la tipicidad de la conducta, este último devela un comportamiento mucho más injusto por encontrar su origen en una causa indeseable que conduce a la duplicación de la sanción. Entonces que el sujeto activo evidencie su intención de matar, no hace que esté determinado por una circunstancia absolutamente trivial. Pensar de ese modo implicaría imponer la futilidad a todo homicidio que no tenga justificante o atenuante reconocida en la ley.

En virtud de lo expuesto en esta providencia, el cargo de violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 104 numeral 4 del Código Penal prospera y, en consecuencia, se casará la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para proferir fallo de sustitución eliminando el agravante consagrado en el numeral 4° del artículo 104 del Código Penal referente a la futilidad y declarando que el delito por el que se hace responsable a JEISON JAVIER FONSECA BORDA es el de homicidio simple consagrado en el artículo 103 del Estatuto Punitivo.

6.3. Dosificación de la pena

Debe la Sala entrar a redosificar la pena impuesta en sentencia de primer grado y confirmada en segunda instancia conforme la nueva calificación del delito.

El punible de homicidio consagrado en el artículo 103 del Código Penal con el incremento de pena fijado en la Ley 890 de 2004, establece una sanción de 208 a 450 meses de prisión.

No resulta necesario hacer la discriminación en cuartos punitivos, toda vez que al acusado se le impuso la pena mínima dentro del primero de ellos y en aplicación del principio de *no reformatio in pejus*, la Corte debe mantener los criterios seleccionados por los jueces de instancia para el cálculo de la sanción, por cuanto el procesado ostenta la condición de único recurrente en sede extraordinaria.

Se impondrá a JEISON JAVIER FONSECA BORDA la pena principal de doscientos ocho (208) meses de prisión en calidad de autor responsable del delito de homicidio simple consagrado en el artículo 103 del Código Penal.

La Sala debe dar respuesta a la petición subsidiaria de la defensa, encaminada a que se reconozca la reducción de pena por allanamiento a cargos realizado por FONSECA BORDA en la audiencia preparatoria, teniendo en cuenta que el procesado hizo una manifestación de culpabilidad frente a

un homicidio simple dejando claro que lo aceptaba sin las agravantes y desconociendo que la víctima era menor de edad, situación que fuera rechazada por el juez, por tratarse de una aceptación condicionada a la modificación de la imputación jurídica de la conducta.

En este caso la Corte debe abordar el tema de la manifestación de aceptación de responsabilidad que se realiza con sujeción estricta al acontecer fáctico por el que finalmente se impone condena, pues de la revisión del expediente se observa que efectivamente el procesado, en dos sesiones de audiencia manifestó su intención de aceptar cargos, claro está, sin los agravantes que le fueron imputados y por los que resultó acusado.

En audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 14 de febrero de 2011, la delegada de la Fiscalía le refirió que en caso de aceptar los cargos tal y como le fueron comunicados (con las agravantes de los numerales 4 y 7 del artículo 104 del Código Penal -motivo fútil e indefensión-), no se haría acreedor a ninguna rebaja de pena, por expresa prohibición del legislador establecida en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006¹⁴. Igual advertencia le hizo el juez de control de garantías. FONSECA BORDA manifestó que no aceptaba los cargos.¹⁵

Circunstancia diferente acaeció en la audiencia preparatoria celebrada el 24 de junio de 2011, donde el

¹⁴ Reg. 01:58 grabación 11001600002820110051800_110014088051_1

¹⁵ Reg. 16:00 grabación 11001600002820110051800_110014088051_1

procesado manifestó: *“yo JEISON JAVIER FONSECA BORDA identificado con la cédula 1.014.223.586, acusado en estas diligencias me permito hacer de su conocimiento lo siguiente, es mi voluntad aceptar cargos por la conducta punible de homicidio contenido en el artículo 103 del Código Penal. Quiero dejar constancia, precisar y afirmar que la aceptación en ningún momento contempla aceptar que conociera o pudiese conocer o hubiese contemplado la condición de menor de la víctima, como quiera que su apariencia física y sus actuaciones en la noche de los hechos jamás compaginaron con una persona menor de edad, sus rasgos físicos y su conducta son y fueron sin lugar a dudas de persona mayor y por demás agresiva. Esta aceptación tampoco implica aceptar las circunstancias agravantes ”*¹⁶.

En concordancia con esta manifestación, en la sesión de audiencia preparatoria del 23 de agosto de 2011, el procesado reiteró: *“Señor Juez, yo ya como he venido repitiendo pues yo acepto los cargos por homicidio pero no acepto los agravantes ni el haber conocido la edad del occiso”*.¹⁷

Siguiendo los derroteros fijados en el artículo 356.5 del C.P.P. de 2004, donde se contempla la posibilidad de que en la audiencia preparatoria el *“acusado manifieste si acepta o no los cargos”*, caso en el cual, de aceptar se reducirá la pena *“hasta en la tercera parte”*, debe proceder la Sala a redosificar la pena de prisión impuesta a FONSECA BORDA, por dos

¹⁶ Reg. 05:50

¹⁷ Reg. 08:57

situaciones concretas: (i) la prohibición consagrada en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 no es de verificación meramente objetiva, y (ii) el procesado aceptó cargos de manera libre, consciente y voluntaria frente a un acontecimiento donde finalmente no se verificaron las circunstancias agravantes.

Veamos: el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, precisa que cuando se trate de la conducta de homicidio, entre otras, cometidas en forma dolosa y la víctima sea un niño, niña o adolescente, no proceden las rebajas de pena con base en preacuerdos y negociaciones previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

De tiempo atrás se tiene dicho que esta prohibición se extiende a la rebaja de pena por allanamiento a cargos:

“...el descuento por allanamiento también está incluido dentro de las prohibiciones contempladas en el artículo 199 de la Ley 1096 de 2008, como así lo establece el numeral 7° al indicar que “no procederán las rebajas de pena con base en los ‘preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado’, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004”¹⁸¹⁹

Sin embargo, el desconocimiento por parte del sujeto agente sobre la minoría de edad de la víctima, debe reconocerse como una situación que impide aplicar la prohibición del artículo 199.7 del Código de la Infancia y la

¹⁸ Auto de septiembre 17 de 2008, rad. 29901. En el mismo sentido, entre otras, decisiones de la misma fecha rad. 30299, de octubre 17 de 2007, rad. 28451 y de 12 de septiembre de ese mismo año, rad. 28086».

¹⁹ Radicado 37668 del 7 de abril de 2011.

Adolescencia. Es decir, el agresor debe tener consciencia de que está agrediendo a un menor de edad, y ese conocimiento debe obedecer a evidencias objetivas que se desprendan de las precisas condiciones fácticas que rodean al sujeto pasivo de la conducta reprochable.

Cuando se atenta contra la vida e integridad personal de un menor de edad, o cuando se lesiona el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes, para que se incurra en la prohibición que señala la norma, debe verificarse que de manera objetiva el sujeto tenía la posibilidad de actualizar su conocimiento frente a la edad de su víctima. Tal es el caso de niños o niñas que objetivamente reflejan su minoría de edad con una simple confrontación física.

Pero cuando de esa confrontación física objetiva resulte imposible la actualización del conocimiento sobre la edad del menor, como en el caso de adolescentes que reflejan una apariencia de personas mayores, se debe acudir no al objetivismo fáctico, sino que debe escudriñarse el conocimiento subjetivo que tenga el agresor sobre la edad de su víctima. Así ocurre generalmente cuando se trata de adolescentes que son víctimas de sus propios familiares o conocidos cercanos que saben de la minoría de edad, pero aun así quieren realizar la conducta. En este caso la prohibición si opera por el conocimiento previo de su edad.

Y es que si bien el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, es una norma prescriptiva que implica una prohibición de

“no hacer”, desde la óptica de los operadores deónticos, lo que está contemplando es el mandato a los funcionarios judiciales para que no otorguen un beneficio pues se está vedando la rebaja de una pena cuando las víctimas sean menores de edad.

Empero, entender esa prohibición de una manera netamente objetiva implica que se admita una responsabilidad objetiva, no en cuanto a la declaración de responsabilidad en la ejecución de la conducta punible, pero si en torno a la incidencia que se deriva de esa declaración en la punibilidad, lo cual no puede aceptarse por expresa prohibición del artículo 12 del Código Penal, norma que consagra la verificación del conocimiento previo o potencial de la antijuridicidad, que para este caso se traduce en el conocimiento objetivo o la conciencia subjetiva de la edad de la víctima.

No puede soslayarse que en el presente caso nos encontramos frente a una reyerta entre adolescentes y una persona mayor de edad con tan solo 19 años, que se encontraban en situaciones que permitían hacer pensar que todos eran mayores de edad. La ingesta de licor, el consumo de cigarrillos, el hecho de amanecer, la agresividad y grosería de la víctima, son todos, factores que impiden comprobar que JEISON JAVIER FONSECA BORDA era conocedor de la edad del menor y consciente de que estaba atentando contra un menor de edad.

En consecuencia, la manifestación que el procesado realizó de aceptar los cargos por homicidio simple sin las circunstancias de agravación imputadas erróneamente por la Fiscalía, se actualiza al haberle sido suprimidas las agravantes y por tanto se hace merecedor a una rebaja de una tercera parte (1/3) de conformidad con lo establecido en el artículo 356.5 del C.P.P. de 2004, sobre el monto de la pena impuesta por el delito de homicidio simple consagrado en el artículo 103 del Código Penal que es de doscientos ocho (208) meses de prisión.

La pena definitiva que se impondrá a JEISON JAVIER FONSECA BORDA es de ciento treinta y ocho (138) meses y dieciocho (18) días de prisión, lo que es igual a once (11) años, seis (6) meses y dieciocho (18) días de prisión. En el mismo monto se aplica la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Cuestiones Finales

Por último, el censor propone una serie de aspectos frente a las que no postula ningún cargo, como cuando indica que no se tuvo en cuenta la circunstancia genérica de menor punibilidad prevista en el numeral 9º del artículo 55 del Código Penal, esto es, las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.

Ningún error evidencia la Corte en la falta de aplicación de esta norma, pues además de que no fue un tema de debate durante el juicio, ni propuesto en el recurso de apelación, lo que impidió el pronunciamiento del juez de segundo grado, no se observa en qué circunstancias se funda la inferioridad psíquica y tampoco el censor las precisa.

Si se tratara de la edad del ejecutor del homicidio, es claro que nos encontramos ante una persona mayor de edad para la fecha de comisión del delito en pleno uso de sus facultades, sin que ninguna prueba indique lo contrario. Ahora si la mencionada disminución psicológica se hace recaer en el estado de embriaguez del procesado, se recuerda que éste se clasificó en un grado mínimo, aunado a que no se practicó prueba alguna encaminada a demostrar que la ingesta de bebidas alcohólicas afectó las dimensiones cognitiva y volitiva de JEISON JAVIER FONSECA BORDA.

Además de lo anterior, ningún efecto en el monto de la sanción representaría el reconocimiento de esta circunstancia genérica de menor pena, porque incidiría en la selección de los cuartos de movilidad que de todas maneras se mantuvo en el mínimo.

Como se anunció, el fallo del Tribunal Superior de Bogotá será casado parcialmente para eliminar la circunstancia de agravación del motivo fútil consagrado en el numeral 4 del artículo 104 del Código Penal, y para redosificar la pena impuesta a JEISON JAVIER FONSECA BORDA, e imponerle una pena principal definitiva de once

(11) años, seis (6) meses y dieciocho (18) días de prisión, como autor del delito de homicidio simple consagrado en el artículo 103 del Código Penal. En el mismo monto se aplica la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia a nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. CASAR parcialmente la sentencia proferida el 22 de junio de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá, para eliminar la circunstancia de agravación del motivo fútil consagrado en el numeral 4 del artículo 104 del Código Penal.

Segundo. Reconocer que el procesado tiene derecho a la rebaja de pena de una tercera parte por haberse allanado a los cargos desde la audiencia preparatoria, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva de esta decisión.

Tercero: Condenar al procesado JEISON JAVIER FONSECA BORDA a la pena principal de once (11) años, seis (6) meses y dieciocho (18) días de prisión como responsable del delito de homicidio simple previsto en el artículo 103 del Código Penal. En el mismo monto se aplica la pena accesoria de

inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Cuarto: En lo demás el fallo no sufre modificación.

Notifíquese y cúmplase,



GERSON CHAVERRA CASTRO



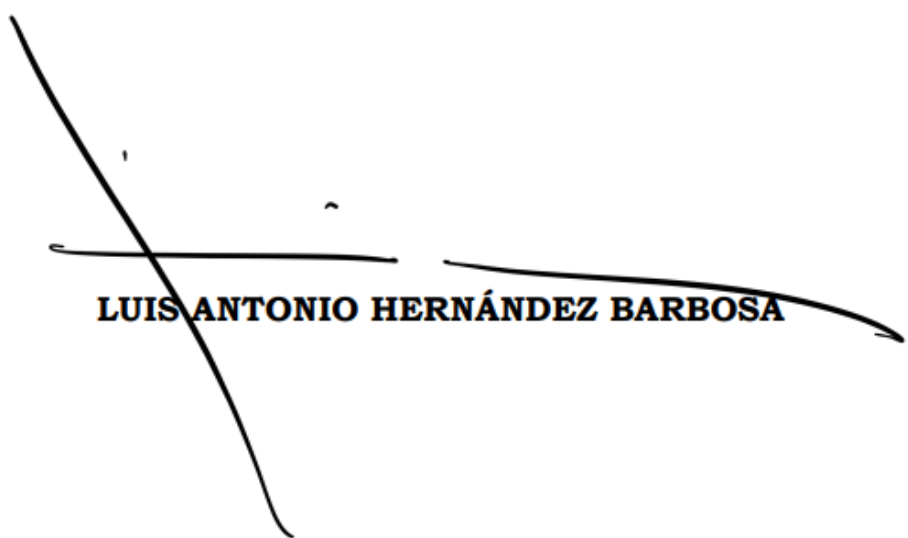
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

MARTHA LILIANA TRIANA SUÁREZ
Secretaria (E)

Sala Casación Penal 2021