El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 01 de agosto de 2017

Proceso:                 Penal – Confirma parcialmente sentencia condenatoria y adiciona

Radicación Nro. : 660016000036201006159-01

Procesado: HERIBERTO MARTÍNEZ

Magistrado Ponente:  JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**Temas: LESIONES PERSONALES CULPOSAS.** [E]s justo aminorar los rigores de la culpa en cabeza del conductor de la buseta de servicio público a voces de la disposición civil aludida, y ese porcentaje de disminución en el monto de los perjuicios para la señora DIGNERY RIVERA DE GARCÍAserá del 30%, lo cual se estima proporcional al grado de concurrencia de culpas y al porcentaje de compensación de carácter civil que el caso amerita. Lo antes mencionado significa que una vez fijada la cuantía del daño y perjuicios en todos sus órdenes dentro del incidente de reparación integral, el señor HERIBERTO GARCÍAresponderá solo por el 70% de lo asignado a la víctima. Como conclusión de todo lo anterior, para la Sala, y en contravía de la postura del togado recurrente, se encuentra establecido más allá de toda duda razonable, no solo la materialización de la conducta atribuida, sino la responsabilidad de parte del justiciable, a consecuencia de lo cual se debe asegurar que la funcionaria de instancia no se equivocó en sus apreciaciones y obra mérito suficiente para confirmar parcialmente la determinación de condena acá proferida, en cuanto se modificará lo atinente a la disminución de esa responsabilidad con efectos en los eventuales perjuicios que deberán ser sufragados por el acusado.

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, primero (01) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

 ACTA DE APROBACIÓN N° 756

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Agosto 2 de 2017, 10:30 a.m. |
| Acusado:  | Heriberto Martínez |
| Cédula de ciudadanía: | 10.103.652 de Pereira (Rda.) |
| Delito: | Lesiones Personales Culposas |
| Víctima: | Dignery Rivera de García |
| Procedencia: | Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio de fecha junio 8 de 2017. SE CONFIRMA PARCIALMENTE Y ADICIONA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Los hechos fueron plasmados por la juez de primer nivel en la sentencia objeto de estudio de la siguiente manera:

“Narra el escrito de acusación, que en denuncia instaurada por la señora Dignery Rivera de García, el 8 de noviembre de 2010, dijo que abordó en el barrio Boston el bus de servicio público, cuando llegó a la carrera 12 entre calles 17 y 18 se bajaron primero dos pasajeros y ella se bajó de última, al descender le dijo gracias al conductor pero éste no esperó que ella bajara del bus y cayó al suelo perdiendo un momento el conocimiento. El bus siguió pero las personas del sector la auxiliaron y le informaron las placas del bus WHI-833, con número lateral 790, afiliada a la empresa Servilujo. Cuando reaccionó observó el bus estacionado pero no al conductor, que no fue auxiliada por él, se sentó en una silla que le facilitaron, se fue a su casa y acudió a un médico particular. Agrega que el bus paró muy separado del andén y eran aproximadamente las 4.30 de la tarde”.

1.2.- Una vez desarrollado el programa metodológico de investigación y lograda la identificación del presunto autor de los hechos, se realizó audiencia de formulación de imputación (enero 9 de 2015) ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), en la cual se le endilgaron cargos al señor HERIBERTO MARTÍNEZ por el delito de lesiones personales culposas consagradas en los artículos 111, 112 inciso 1°, 114 inc. 2°, 117 y 120 C.P., los cuales NO ACEPTO.

1.3.- Ante ese no allanamiento a los cargos atribuidos, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (enero 27 de 2015) por medio del cual ratificó los términos de la imputación formulada en contra de HERIBERTO MARTÍNEZ, siendo asignado al Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Pereira (Rda.), autoridad que convocó a las correspondientes audiencias de formulación de acusación (agosto 28 de 2015), preparatoria (febrero 26 de 2016), y luego de ser aplazado se realizó el juicio oral (febrero 2 de 2017), al cabo del cual se emitió sentido de fallo de carácter condenatorio, y en junio 8 de 2017 se dio lectura a la sentencia respectiva, por medio de la cual: (i) se declaró responsable al señor HERIBERTO MARTÍNEZ del ilícito de lesiones personales culposas cometidas en contra de la señora Dignery Rivera de García, y se condenó a la pena de 9 meses y 18 días de prisión, multa equivalente a 27.27 salarios mínimos, así como la privación del derecho de conducir vehículos por un tiempo igual al de la sanción penal; (ii) se condenó a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y función públicas por similar término de la pena principal; y (iii) se concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de dos (2) años.

1.4.- Los fundamentos en que soportó la a quo esa decisión sancionatoria, los hizo consistir en que el testimonio de la víctima es creíble, ya que no se inventaría tal acontecimiento de no haber existido, y a pesar de su edad, del tiempo transcurrido, su narrativa es fluida, coherente y contó lo que percibió, con lo que se demuestra que la conducta sí tuvo ocurrencia, máxime cuando su veracidad no fue impugnada por la defensa para desvirtuar la existencia del hecho. Así mismo, con el dictamen médico se corroboran las lesiones presentadas por la víctima al descender del bus, por lo cual no queda asomo de duda de la comisión de la ilicitud.

En este asunto fue la ciudadanía quien le aportó a la lesionada la identificación del bus afiliado a la empresa Servilujo, con placas WHI-833 y Lateral 790, con la cual la víctima se acercó a dicha compañía a buscar ayuda pero le manifestaron que recurriera a su EPS. No obstante, con tal información la Fiscalía logró establecer que para noviembre 8 de 2010 a la hora indicada quien conducía el rodante era HERIBERTO MARTÍNEZ., persona que con su actuar imprudente vulneró el deber objetivo de cuidado, con lo cual se generó el nexo causal entre su proceder indebido y las lesiones que presentó la pasajera.

Aunque la prueba en juicio fue escasa, no es su cantidad la que demuestran los presupuestos del canon 381 C.P.P., sino que con estas se establezca la existencia de la conducta y la responsabilidad del procesado. Y en este asunto se tiene que al piloto le correspondía detener el bus el tiempo suficiente para el descenso de los pasajeros, lo que no ocurrió, pues cuando la señora DIGNERY RIVERA se disponía a bajar después de haberlo hecho otras dos personas, infortunadamente cayó al suelo y perdió el conocimiento por unos instantes, y el bus siguió su ruta sin prestarle atención alguna, con lo cual el procesado vulneró el canon 55 C.N.T. y puso en riesgo a la pasajera, ocasionándole un perjuicio, además de alterar con ello el principio de confianza en el uso de los transportes públicos.

Añade que el señor HERIBERTO MARTÍNEZ debía responder por la protección del bien jurídico de la víctima, en su posición de garante, como lo regla el canon 25 C.P. –acerca de lo cual se ha pronunciado esta Corporación-, pues en su labor de conductor de un bus de servicio público tenía como deber proteger a los pasajeros que allí transportaba quienes depositaron en él la confianza de que realizaría su actividad con el máximo cuidado, sin que corriera riesgo alguno su vida y las de quienes por ese medio se movilizaban.

1.4.- El defensor estuvo inconforme con la decisión, e hizo expresa su manifestación de apelar el fallo y sustentarlo por escrito.

2.- Debate

2.1.- Defensa -recurrente-

Pide se revoque la sentencia de condena y se dicte un fallo absolutorio en favor de su patrocinado, lo cual sustenta de la siguiente manera:

Respecto de la materialidad de la infracción no hay certeza, pues de las evidencias arrimadas al caso, esto es, dos dictámenes de medicina legal, el primero 19 meses después del hecho -de agosto 27 de 2012-, y el otro 3 años después -noviembre 20 de 2013-, al sustentarlos el médico forense que realizó el último expresa que se basó en las historias clínicas, pero las secuelas estuvieron delimitadas por el concepto de fisiatría. Y ante la evidente contradicción de las dos historias clínicas referentes a que si el hombro afectado fue el izquierdo o el derecho, no pudo determinar a ciencia cierta cuál de éstos fue el lesionado.

Véase que en la historia clínica de noviembre 22 de 2012 se hace referencia a un trauma en hombro izquierdo, lo cual no fue tenido en cuenta por el forense, pues la conclusión pericial hace alusión al hombro derecho y la denunciante manifiesta que está operada del manguito rotador de ese hombro, aunque la lesión descrita en dicha historia no corresponde a éste. En tanto, la historia clínica de diciembre 22 de 2012 realizada por el fisiatra, se limita a indicar que el origen de la lesión es un accidente de tránsito, por cuanto la misma paciente se lo dijo, y en el dictamen forense se conceptúa una perturbación del hombro derecho permanente, apoyado en tal concepto, pero sin tener en cuenta que fue la paciente quien hizo alusión a su origen.

Así mismo, el médico forense acepta en juicio que no hay posibilidad de establecer nexo causal entre las lesiones objeto de experticia y los hechos denunciados como accidente de tránsito en noviembre 8 de 2010.

Al no lograrse verificar dicho nexo causal, ello imposibilitaba a la juez a arribar a una sentencia de condena, máxime cuando las mismas pruebas ponen en entredicho la materialidad de la ilicitud, ya que la lesión en la caída fue del hombro izquierdo como lo dice la historia clínica 14 días después, y el dictamen relaciona una lesión en hombro derecho, cuyo origen no está probado médicamente.

Hace alusión a lo dicho por la víctima en su querella, en la entrevista que rindió a la Fiscalía, y lo expresado en juicio, con miras a cuestionar que después de 6 años de haber ocurrido el hecho recuerde al conductor, cuando 8 días después de lo sucedido no lo hacía, y la respuesta es que después del accidente lo encontró en la Fiscalía y en el juzgado en las audiencias posteriores, razón por la cual para el juicio ya lo tenía identificado.

Ahora, si bien en la certificación de la empresa se afirma que HERIBERTO MARTÍNEZ es chofer del vehículo descrito, ello no evidencia que para esa calenda y hora, la buseta con placas WHI-833 cubriera la ruta 23, nada se dijo sobre ello ni en qué sitio exacto o aproximado estuviera el rodante para ese día. Simplemente ello lo supone la Fiscalía y el Juzgado, pues supuestamente a la víctima se le pasó un papel con sus datos.

De ese modo, si la víctima afirmó que perdió el conocimiento en esos momentos, se genera un manto de duda acerca de la identidad del vehículo que supuestamente la transportó, máxime que la misma en reiteradas ocasiones dijo que la buseta una vez inició su marcha no se detuvo, pero en otros apartes asegura que estaba estacionada en el sitio luego del accidente. Y aunque nadie duda que su cliente tenga la posición de garante de llevar a los pasajeros sanos y salvos a su destino, de lo arrimado en juicio y para endilgarle a su cliente tal calidad frente a las lesiones de la afectada, se debía acreditar: (i) que la afectada era pasajera del vehículo de placas WHI-833 conducida por HERIBERTO el día de los hechos; y (ii) que la conducta de éste fuera negligente, imperita o descuidada, con la cual se generó la caída de la dama del rodante. Pero ninguno de esos presupuestos fueron probados.

Añade que muy a pesar que la víctima reiteró que al procurar bajarse del vehículo el piloto emprendió de nuevo la marcha, con lo cual se generó su caída, bien pudo la misma haber tropezado de forma involuntaria, y al intentar descender no lo hizo de forma correcta, o que el hombro le hubiera fallado al momento de sostenerse de la varilla, al estar operado. Es decir, pudieron ser muchas las causas que generaron su caída, pero creer en la enunciada por ésta es atribuir una prueba diabólica al encartado para poder exonerarse de responsabilidad.

Finalmente, le resulta extraño que en un hecho de tránsito ocurrido a plena luz del día, no exista otro testigo de corroboración, y que en esa misma fecha recibió atención por un médico particular y 14 días después asistió a la EPS, pero solo a los dos años siguientes comparece a medicina legal con unas radiografías que no mostraban lesión alguna, y ya al tercer año asiste allí nuevamente con historias clínicas contradictorias. Aun así, el juzgado le da plena credibilidad a sus lesiones acerca de las cuales hay un manto de dudas que debne ser capitalizadas a favor del acusado.

**2.3.-** La juez concedió el recurso en el efecto suspensivo y dispuso remitir los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de a acuerdo con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Conforme al principio de limitación que orienta los recursos, corresponde al Tribunal establecer si la decisión condenatoria adoptada por el juez de primer nivel en contra del señor **HERIBERTO MARTÍNEZ** se encuentra ajustada a derecho, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y al proferimiento de un fallo absolutorio como lo pide el recurrente.

**3.3.- Solución a la controversia**

No se vislumbra, ni ha sido tema objeto de controversia, la existencia de algún vicio sustancial que pueda afectar las garantías fundamentales en cabeza de alguna de las partes e intervinientes, o que comprometa la estructura o ritualidad legalmente establecidas para este diligenciamiento, en desconocimiento del debido proceso protegido por el artículo 29 Superior.

Igualmente se avizora de entrada, que las pruebas fueron obtenidas en debida forma y las partes confrontadas tuvieron la oportunidad de conocerlas a plenitud en clara aplicación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y contradicción.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para proferir una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de los punibles atribuidos, sino también acerca del compromiso de las personas involucradas, y que tengan soporte en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

De la situación fáctica esgrimida se observa que aproximadamente a las 4:30 p.m. de noviembre 8 de 2010, cuando la señora DIGNERY RIVERA DE GARCÍA quien se desplazaba en una buseta de servicio público pretendía descender de la misma, como lo hicieron con antelación dos ciudadanos más, se percató que el conductor emprendió la marcha y al no lograr sostenerse de la varilla cayó al pavimento de espaldas, instante en el cual perdió momentáneamente su conciencia y fue asistida por algunas personas que por allí se hallaban, quienes la ayudaron a incorporarse y una de ellas le pasó un papel que contenía los datos de identificación de la buseta donde se movilizaba, la cual se encontraba allí estacionada, pero luego siguió su ruta.

Para la sentenciadora la materialidad de la infracción se demostró con lo dicho por la afectada y el análisis forense que da cuenta de las lesiones no fatales que padeció, y la responsabilidad del señor **HERIBERTO MARTÍNEZ** está acreditada por su actuar imprudente al vulnerar el deber objetivo de cuidado, aunada a su posición de garante. Empero, para la defensa existen serias dudas que debieron ser resueltas a favor de su cliente, por cuanto: (i) no hay certeza acerca de la materialidad de la infracción y las lesiones que sufrió DIGNERY RIVERA, y al no lograrse verificar ese nexo causal, ello imposibilitaba el proferimiento de un fallo de condena; (ii) no se acreditó que el vehículo supuestamente involucrado cubriera para el día y hora del hecho la ruta 23 en que se desplazaba la afectada; y (iii) no se establecieron los fundamentos para predicar que su cliente tenía la posición de garante frente a la víctima.

Para el despacho de primer nivel, la teoría de la Fiscalía fue la que primó, en tanto del análisis probatorio se desprendía con claridad que fue el señor **HERIBERTO MARTÍNEZ** quien cometió la acción imprudente al no detener el tiempo suficiente la buseta para esperar el descenso total de los pasajeros, y esa fue la causa generadora de las lesiones de la señora DIGNERY RIVERA al caer del rodante, con los resultados ya conocidos.

Con miras entonces a dilucidar a quien le asiste razón, la Sala analizará cada uno de los temas alrededor de los cuales gira la argumentación defensiva:

* *De la materialidad de la infracción*

Respecto a la existencia de la ilicitud, de lo arrimado a juicio se tiene únicamente la información que entregó la señora DIGNERY RIVERA DE GARCÍA. No obstante, para la Sala, así como lo fue para la a quo, la declaración por ella ofrecida se observa clara, coherente y sin dubitación alguna respecto a la forma en que ella se llevó a cabo.

Lo aseverado por la afectada ha sido uniforme desde los albores de la investigación hasta su declaración en juicio, sin que se aprecia por parte alguna ánimo de su parte en perjudicar falsamente a quien para ese momento conducía el bus de servicio público, y sin que la credibilidad se le otorgue por el mero hecho de que ésta sea una adulta mayor, como así lo pregona el recurrente, pues es evidente que el conocimiento personal y directo que la misma tuvo de lo acontecido, la llevó a narrar con lujo de detalles la experiencia vivida.

Mírese que en curso de ese testimonio se incorporó al juicio como prueba acompañante la querella que ella rindió ante la Fiscalía en noviembre 16 de 2010, esto es, 8 días después del hecho, de cuya lectura se desprende que lo allí contenido es similar a lo narrado en juicio oral, donde da cuenta que se transportaba en la buseta de placas WHI-833, interno 790, afiliada a la empresa Servilujo que cubría la ruta 23, y que cuando llegó a la estación Victoria, al pretender bajarse, el conductor arrancó, y no fue capaz de sostenerse, a consecuencia de lo cual cayó de espaldas en la vía. Y similar narrativa entregó a la Fiscalía en noviembre 24 de 2010 al ser escuchada en entrevista, con el aditamento de que fueron personas del sector quienes la auxiliaron, ya que el motorista ni siquiera averiguó por su estado de salud, y posteriormente continuó su rumbo.

De esa información inicial que rindió la afectada y que se ha mantenido en el curso del trámite hasta el juicio, se aprecia, contrario a la postura contenida en el recurso, que está demostrado que fue en esa buseta en donde se desplazaba la señora RIVERA DE GARCÍA, y que no fue otra distinta a esta de la cual cayó, luego de que el conductor continuara su marcha sin dar esperar a que pudiera descender, y solo vino a detenerse posteriormente con ocasión de los gritos de la comunidad ante la caída de la pasajera.

Tal escenario implica, incluso, que cuando el rodante reanudó su marcha infringía reglas o normas de tránsito -art. 81 C.N.T.[[1]](#footnote-1)-, en cuanto lo hizo con la puerta abierta, pues por ahí salió expulsada la usuaria del servicio.

Ahora, en relación con las lesiones que sufrió la señora DIGNERY RIVERA, se observa que luego de los hechos la misma decidió irse para su residencia, desde donde llamó a la empresa Servilujo, para comunicar lo sucedido y requerir asistencia médica, pero la misma no fue obtenida, por lo cual acudió ante un médico particular -Dr. ARICAPA-, quien le indicó que tenía un trauma, situación que coincide con el contenido del informe pericial de clínica forense, en el cual se lee dentro del análisis de la atención en salud plasmada en noviembre 22 de 2010, esto es, 14 días después del hecho, que fue valorada en la NUEVA EPS a raíz de la “caída desde una buseta en movimiento”.

Y precisamente, a consecuencia de la caída de ese vehículo se le generaron las lesiones que fueron dictaminadas por el médico forense, quien luego de analizar la historia clínica de la paciente y el dictamen del fisiatra tratante, fue claro al concluir que: “al examen presenta lesiones actuales consistentes con el relato de los hechos”. Lo anterior indica que el perito forense estima que el hallazgo médico legal coincide y es compatible con la información reportada.

Es bien cierto que la señora DIGNERY RIVERA había sido operada del manguito rotador de su brazo derecho en el año 2008, como ella misma con total lealtad lo puso de presente; sin embargo, fue la misma paciente quien con igual énfasis aseguró que para la época en que se originó el hecho de tránsito -2010- se encontraba en perfectas condiciones, situación ésta que no fue desvirtuada por la defensa.

También es evidente que en la primera atención ante la EPS se plasmó “paciente con cuadro clínico de 14 días de trauma en región dorsal y hombros izquierdo por caída desde una buseta en movimiento […]”, lo cual en sentir del togado es contradictorio respecto de lo referido por el fisiatra en el año 2012 cuando se hace alusión a la “limitación funcional de […] hombro derecho”; empero, para la Sala, no existe tal perplejidad, pues lo que se sabe y se extrae de la información que suministró la afectada, es que ella cayó de espaldas a la vía, y tal postura pudo haberle generado molestias a nivel de ambos hombros, siendo más persistente el daño en el derecho, por cuanto éste había sido objeto de intervención quirúrgica del manguito rotador.

Si bien en el dictamen del fisiatra, al que aludió el médico forense, y el cual sirvió de fundamento para otorgar las secuelas de la señora DIGNERY RIVERA DE GARCÍA, se señala que fue la paciente la que refiere como antecedente un “trauma cervical y hombro bilateral en el 2010”, ello lo que enseña es que a raíz de la caída de la buseta pudo sufrir alguna clase de molestia también en su hombro izquierdo, sin que a la fecha de ser valorada se le hubiera encontrado lesión alguna, situación contraria a la de su hombro derecho, el cual tiene una limitación para su abducción que no la presentaba antes del hecho investigado.

De otra parte, es igualmente cierto que el forense fue claro en indicar en el contrainterrogatorio que no tiene elementos para certificar si el manguito rotador como estructura funcional estuvo afectado, pero igualmente fue palmario al sostener que solo tenía el concepto del fisiatra quien alude a una “cervicobraquialguia derechos postrauma 2010” -dolor en cuello y brazo del lado derecho-, como elemento de juicio para adoptar su conclusión, y en efecto ello lo llevó a establecer que al examen médico la señora DIGNERY RIVERA “presenta lesiones actuales consistentes con el relato de los hechos”.

Tal conclusión del forense, en sentir de la Sala, conlleva a predicar, sin hesitación alguna, que aquellas lesiones que fueron apreciadas por el perito son consecuencia de la caída de la señora RIVERA DE GARCÍA de la buseta de placas WHI-833.

* *Ruta de la buseta y conductor de la misma al momento de la infracción*

Se asegura por la parte recurrente que no se acreditó que la buseta involucrada tuviera asignada para la fecha y hora del hecho la ruta N° 23, y por lo mismo no se tiene establecido que fue su cliente el conductor del rodante en el cual se presentó la supuesta infracción de tránsito.

Para la Sala es claro que la única información que de ello obra es precisamente la suministrada por la señora DIGNERY RIVERA, toda vez que la defensa no aportó prueba alguna en juicio, y tanto en la querella como en la audiencia ésta fue segura al expresar que hallándose en el barrio Boston de Pereira, tomó la ruta N° 23 la cual la acercaría al centro comercial Ciudad Victoria de esta capital, y luego de haberse caído una persona que allí se encontraba y a quien señaló como “El Bailarín”, le anotó en un papel los datos de la buseta involucrada en los hechos. Y ello fue lo que en principio la llevó a contactarse telefónicamente y posteriormente en forma personal con funcionarios de la empresa Servilujo, de quienes pretendía le brindaran la asistencia requerida, pero con resultados negativos.

Lo que tal circunstancia permite establecer es que no existe duda que fue esa buseta identificada con la placa WHI-833 y lateral 790 aquella en la que se desplazaba y de la cual cayó a las 4:30 aproximadamente de noviembre 8 de 2013, y que el individuo que conducía el rodante para ese momento era el señor **HERIBERTO MARTÍNEZ** como así lo certificó la Gerente de la Empresa Trans. Servilujo S.A., mediante oficio que fue objeto de estipulación probatoria.

Lo anterior conlleva a pregonar que no obstante que no se hubiera hecho alusión al número de la ruta que para esa fecha tenía la buseta guiada por el señor **MARTÍNEZ**, en tanto de ello nada se dijo en el mencionado documento, al concatenar la información suministrada por la víctima se puede corroborar que fue tal vehículo y no otro era el que cubría esa ruta para el momento del siniestro. E igualmente, que fue ese conductor y no uno distinto el que lo conducía, porque no solo la afectada lo vio en las diligencias y audiencias que se han llevado a cabo con ocasión de este trámite, como lo pregona el recurrente, sino que lo observó cuando se iba a bajar de la buseta, como así lo dijo ante pregunta de la funcionaria de primer nivel.

* *Posición de garante*

Asegura la defensa, con buena intención, que no se establecieron los fundamentos para pregonar que el acusado tenía la posición de garante respecto a la víctima. No obstante, en relación con la posición de garante y como así lo tiene decantado la Corte en la Sentencia de julio 27 de 2006 con radicado 25536 -que no este Tribunal como erradamente lo señaló la a quo-:

“[…] existe *posición de garante* en todos aquellos eventos en los cuales, ***frente a cualquier bien jurídico***, la persona tiene la ***obligación constitucional o legal*** de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, ***frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados***, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, **dentro del propio ámbito de dominio**; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente”. –negrillas excluidas-.

En este evento no hay duda alguna que el señor **HERIBERTO MARTÍNEZ**, como conductor de la buseta en la cual se movilizaba la señora DIGNERY RIVERA, tenía una posición de garante, porque es claro que la misma se desplazaba en dicho automotor para la ejecución de un contrato de transporte, por medio del cual sufragó el valor de su pasaje para ser llevada desde el barrio Boston hasta el centro comercial Ciudad Victoria, de donde descendería del automotor y precisamente, por tal labor, el conductor tenía la obligación de llevarla sana y salva hasta su lugar de destino, lo cual incluía esperar hasta que la pasajera descendiera sin inconveniente alguno, lo cual desafortunadamente no tuvo ocurrencia como ya se vio.

* *Morosidad en los reconocimientos médicos legales*

El apelante se muestra extrañado por la tardanza en la realización de las valoraciones médico legales para establecer la incapacidad derivada de las presuntas lesiones que sufriera la señora DIGNERY RIVERA, no obstante lo cual la juzgadora les dio pleno crédito.

Frente a ello, ya tuvo oportunidad la Sala de analizar que las lesiones que sufrió la querellante sí fueron producto del hecho de tránsito objeto de investigación, por lo cual no se hace necesario volver a recabar sobre lo mismo. Pero con respecto a una tal tardanza para su práctica, se observa que el primer examen se intentó realizar en agosto 27 de 2012 –aproximadamente 21 meses después de los hechos-, la cual no se efectuó por cuanto se hacían necesarias las historias clínicas de la lesión sufrida, la atención recibida, nexo de causalidad y pronóstico de la lesión, como así se lee en el referido documento, y finalmente el dictamen fue realizado en noviembre 20 de 2013 -pasados algo más de 3 años de la ocurrencia del hecho de tránsito- donde se le dictaminó una incapacidad médico legal definitiva de 20 días y secuelas consistentes en perturbación funcional de miembro superior derecho, dada por la limitación para abducirlo, de carácter permanente, de acuerdo con la calificación de fisiatría.

No puede desconocerse que en realidad pasaron varios años entre la inicial atención de urgencias y aquella en la cual el perito de medicina legal dictaminó las lesiones que padecía, pero ello, como la misma afectada lo explicó en juicio, lo fue por cuanto en momento alguno se le comunicó por parte de la Fiscalía que debía acudir inmediatamente a su práctica y decidió realizar las diligencias propias para sus cuidados médicos ante la EPS.

Pese a lo mencionado y aunque lo ideal sería que de manera inmediata hubiera procurado su valoración, no existe norma que obligue a la víctima a acudir en determinados lapsos para dichos exámenes, la cual únicamente estaría supeditada a la fecha límite que tiene la Fiscalía para tramitar el averiguatorio, y en todo caso con antelación a presentarse el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

Sea como fuere, aunque transcurrieron varios años, ello no impidió al forense, con fundamento en los elementos que tuvo a su alcance, establecer el grado de lesión que presentaba la señora DIGNERY RIVERA, y ello fue precisamente lo que conllevó a que el órgano encargado de la persecución penal procediera al adelantamiento de la indagación con miras a demostrar la responsabilidad del hoy acusado.

* *Cuestión final – concurrencia de culpas*

Aunque ello no fue objeto de pedimento alguno por parte de la defensa recurrente, debe establecer el Tribunal si en este asunto pudo presentarse la concurrencia de culpas, que de suscitarse sería favorable a los intereses del acusado. Y sobre tal aspecto se tiene lo siguiente:

Es a juicio de la Corporación incontrovertible que la señora DIGNERY RIVERA para la fecha de los hechos había alcanzado los 71 años de edad[[2]](#footnote-2), y si bien el Código Nacional de Tránsito no expresa que la misma deba estar acompañada al hacer uso del transporte público, se infiere del contenido del canon 59 de esa normativa, que si los adultos mayores deben estar asistidos por personas mayores de 16 años para cruzar las vías, ello implica que quien se encuentre como pasajero de un vehículo de servicio público, debe igualmente estar apoyada por otra persona, pues al instante de apearse de dicho rodante adquiere la condición de peatón. En este caso, está demostrado que la señora DIGNERY se desplazaba sola en el interior de la buseta y que de similar manera descendería de ésta.

Así mismo, está acreditado que a la víctima le había sido practicada una cirugía en el manguito rotador del brazo derecho en el 2008, y aunque indicó que se encontraba perfectamente bien para dicha época, se aprecia de su testimonio que al momento en que pretendía descender del rodante, se prendió con su mano derecha y cuando el conductor decidió continuar con su marcha se tuvo que soltar porque no era capaz de sostenerse.

Es decir, que pese a hallarse en el interior de la buseta cuando ésta reanudó la marcha, quizás para evitar hacer un esfuerzo mayor con el brazo en el que le habían realizado la intervención quirúrgica, decidió soltarse y cayó a la vía, lo que implica que de su parte también pudo haberse presentado un descuido que coadyuvó de algún modo al resultado lesivo.

Si bien lo dicho no conlleva a predicar que existió culpa exclusiva de la víctima, por cuanto la conducta desplegada por el motorista fue la causa eficiente del resultado lesivo, tal circunstancia si puede tener efectos con respecto a la fijación del monto de los perjuicios originados con el ilícito. De ese modo, como quiera que en materia penal no opera el principio civil de la “compensación de culpas”, se debe dar aplicación al artículo 2357 del C. Civil.

Sobre el tema esta misma Corporación, con ponencia de quien ahora ejerce igual función, había expuesto lo siguiente:

*“…El denominado “concurso de hechos culposos independientes” -diferente a la discutida doctrinariamente “complicidad” en el delito culposo-, tiene ocurrencia cuando varios individuos contribuyen a producir un resultado dañoso sin tener conocimiento de la actividad de los demás, como en el clásico ejemplo de la colisión de dos vehículos, uno en contravía y el otro a exceso de velocidad, con resultados de lesiones mutuas****[[3]](#footnote-3)****. Se trata de conductas culposas independientes pero coincidentes, en donde CADA CUAL DEBE RESPONDER POR SU PROPIA CULPA y, en consecuencia, ninguna de ellas se compensa, al menos penalmente****[[4]](#footnote-4)****.*

*No obstante su carácter accesorio a la acción penal, la estimación de la responsabilidad civil sí puede verse reducida o compensada parcialmente por el posible incremento del riesgo permitido a raíz de otra conducta irreglamentaria que origina “un mayor daño”. De demostrarse que en realidad se omitieron medidas de protección que ocasionaron un plus en el riesgo propio de la actividad peligrosa, se debe ser consecuente con esa realidad dado que en tales condiciones no sería justo cargar todo el rigor indemnizatorio a uno solo de quienes hicieron su aporte parcial al resultado.*

*Como lo expresa el artículo 2.357 del Código Civil: “La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Es disposición que debe tenerse en cuenta para la graduación de perjuicios como lo dio a conocer la Corte desde la providencia del 14-12-92, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas.[[5]](#footnote-5)*

De lo antes expuesto se concluye que es justo aminorar los rigores de la culpa en cabeza del conductor de la buseta de servicio público a voces de la disposición civil aludida, y ese porcentaje de disminución en el monto de los perjuicios para la señora DIGNERY RIVERA DE GARCÍAserá del 30%, lo cual se estima proporcional al grado de concurrencia de culpas y al porcentaje de compensación de carácter civil que el caso amerita. Lo antes mencionado significa que una vez fijada la cuantía del daño y perjuicios en todos sus órdenes dentro del incidente de reparación integral, el señor **HERIBERTO GARCÍA** responderá solo por el 70% de lo asignado a la víctima.

Como conclusión de todo lo anterior, para la Sala, y en contravía de la postura del togado recurrente, se encuentra establecido más allá de toda duda razonable, no solo la materialización de la conducta atribuida, sino la responsabilidad de parte del justiciable, a consecuencia de lo cual se debe asegurar que la funcionaria de instancia no se equivocó en sus apreciaciones y obra mérito suficiente para confirmar parcialmente la determinación de condena acá proferida, en cuanto se modificará lo atinente a la disminución de esa responsabilidad con efectos en los eventuales perjuicios que deberán ser sufragados por el acusado.

En mérito de lo discurrido, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA PARCIALMENTE** el fallo objeto de recurso en cuanto lo fue de carácter condenatorio en contra del señor **HERIBERTO MARTÍNEZ**, pero lo modifica en el sentido que al momento de tasar los perjuicios dentro del incidente de reparación integral, el monto total de los mismos se reducirá en un 30% por concurrir culpa de la víctima DIGNERY RIVERA DE GARCÍA en el resultado, de conformidad con lo expuesto en el cuerpo motivo de esta providencia.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse debe hacerse dentro del término legal.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

1. “***Puertas cerradas****.* Los vehículos deberán transitar siempre con todas sus puertas debidamente cerradas”. [↑](#footnote-ref-1)
2. De acuerdo con la ley 1276 de 2009 y la sentencia T-138 de 2010, se considera a una persona como “adulto mayor” a partir de los 60 años de edad. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ejemplo dado por el maestro REYES ECHANDÍA, Alfonso, en su obra *La Culpabilidad*, pgs. 132 y 133. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cfr. BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, Delitos *contra la Vida y la Integridad Personal*, pgs. 142,143 y 146. [↑](#footnote-ref-4)
5. Tribunal Superior de Pereira. Sala de Decisión Penal. Providencia del 31 de mayo de 2012, radicado 660016000058200800736, entre otros. [↑](#footnote-ref-5)