

Proceso No 18768

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta No. 82

Bogotá, D.C., diecisiete de julio de dos mil tres.

VISTOS

Juzga la Corte en sede de casación la sentencia de segundo grado del 17 de mayo de 2001, proferida por el Tribunal Superior de Antioquia, por medio de la cual confirmó integralmente el fallo dictado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro el 21 de febrero del mismo año, en el que condenó al procesado HERNANDO DE JESÚS JARAMILLO RIVERA, a la pena principal de 21 años de prisión como autor responsable del delito de homicidio agravado en grado de tentativa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A la una y treinta de la madrugada del 13 de enero de 2000 cuando Leonardo de Jesús Ríos Rivera se dirigía de la plaza principal del municipio antioqueño de Guarne hacia su residencia, fue atacado por HERNANDO DE JESÚS JARAMILLO RIVERA, alias “Chalis”, quien le descargó un machetazo a la altura de la nuca, y no contento con ello, continuó

su ataque orientado hacia la cabeza de la víctima, quien finalmente logró escapar de la embestida.

El herido recibió inmediata atención médica, gracias a lo cual las heridas sólo le determinaron una incapacidad de 45 días.

Posteriormente se supo que JARAMILLO RIVERA había trabajado con la transportadora Sotragur, hasta cuando tuvo una discusión con Ríos Rivera, miembro de la Junta Directiva de la empresa, la cual dio lugar a que no le fuera renovado el contrato y terminara, por ende, despedido.

Por tales hechos fue vinculado a la investigación mediante indagatoria HERNANDO DE JESÚS JARAMILLO RIVERA, contra quien se decretó medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación el 17 de febrero de 2000. El 9 de junio siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, especificándose en la parte motiva la concurrencia de la causal 7ª del artículo 324 del anterior Código Penal, decisión que fue confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia el 11 de agosto de 2000.

El conocimiento del juicio se avocó por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Rionegro, despacho que dictó sentencia el 21 de febrero de 2001 condenando al procesado JARAMILLO RIVERA a la pena principal de 21 años de prisión y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como autor del delito de homicidio agravado en grado de tentativa, decisión que al ser impugnada revisó y confirmó en todas sus partes el Tribunal Superior de Antioquia en el fallo que es ahora objeto del presente recurso de casación.

LA DEMANDA

Dos cargos presenta el libelista contra la sentencia, en los siguientes términos:

El primero de ellos lo argumenta al amparo de la causal tercera de casación, pues es su opinión que el fallo se ha dictado en un juicio viciado de nulidad, por error en la calificación jurídica de la infracción porque ésta se adecua al tipo penal de lesiones personales y no al de homicidio imperfecto, reproche que, en el evento de progresar, daría lugar a que la Corte casara la sentencia para decretar la nulidad a partir de la resolución de la situación jurídica del procesado, ya que los competentes para conocer del trámite de la instrucción y del juicio, en su orden, eran la unidad local de fiscalía y el juez penal municipal.

Para demostrar la razón de ser de la censura el defensor acude a los argumentos esbozados por la Fiscalía en el proceso de adecuación típica de la conducta, acusándolos de violar el artículo 27 del actual Código Penal (22 del anterior).

Explica que la tentativa tiene lugar cuando se inicia la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. Lo relevante es establecer si existió ese factor externo que impide la consumación de la conducta, pues sólo ello puede llevar a determinar si hubo o no tentativa.

En este caso, la propia víctima, único testigo presencial de los hechos, señaló que el procesado JARAMILO RIVERA voluntariamente dejó de golpearlo. Entonces, si la ejecución del hecho fue interrumpida por la sola y absoluta decisión del ejecutor, sin que se hubiera presentado esa fuerza externa, o ese impedimento externo que haya podido menguar o desaparecer la capacidad de ataque del procesado, no hay tentativa.

Es claro para el defensor que el agresor siempre dominó la situación, de donde “si cesó en su accionar, fue el resultado de su decisión personal de no producir la muerte”, pues ya se había consumado su querer que era lesionar. El agresor tuvo

incluso la oportunidad de perseguir a su víctima, pero no lo hizo, tal como lo declara el propio ofendido.

De acuerdo con ese análisis, agrega, tanto en la resolución de la situación jurídica como en la resolución de acusación fue indebidamente aplicado el artículo 22 del Código Penal de 1980 y el tipo penal definido en el artículo 323 ídem, porque la conducta debió adecuarse al tipo del artículo 331 del mismo código.

Sostiene que el error en la adecuación jurídica de la conducta conllevó la violación del artículo 29 de la Carta Política, y la inobservancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad consagrados en el artículo 3º de la ley 599 de 2000. Se violaron además los artículos 4º y 13 del nuevo Código Penal.

También repercutió en la competencia, pues tratándose de un delito de lesiones personales el competente para fallar el caso en primera instancia no era el Juez Penal del Circuito sino el Juez Penal Municipal.

Concluye así solicitando que se declare la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de situación jurídica para que el proceso se reoriente hacia el punible de lesiones personales y se cumpla el trámite con intervención de la Unidad Local de Fiscalías y el Juez Penal Municipal.

El segundo cargo lo plantea con apoyo en la causal primera y enuncia la violación indirecta de la ley sustancial.

Asegura el demandante que en un acápite del fallo de segundo grado, el cual transcribe, el Tribunal reconoce “una serie de circunstancias objetivas que prueban la inexistencia del tal mencionado propósito de matar”, pero en el párrafo siguiente se contradice al aseverar que “el arma utilizada por sí sola era suficiente elemento suasorio (sic) para entender que el propósito del sindicado no era el de causar meramente

lesiones, sino el de producir la muerte”.

En esa fundamentación, dice, se percibe un error de hecho por apreciación contraria a las reglas de la sana crítica ya que el fallador, de un lado reconoce que no hubo ánimo de matar, y después asevera lo contrario por el arma utilizada. “Significa entonces –dice el casacionista- que el tipo de arma se toma como el hecho que determina o hace concluir cuál era el ánimo del agresor”, olvidando que precisamente si se utiliza un arma de esa potencialidad con la intención de matar, “el resultado inexorablemente hubiera sido el buscado, o por lo menos, las consecuencias habrían sido graves”.

Se pregunta entonces de dónde podía predicar el fallador de segunda instancia que la intención fue la de matar, cuando “con todas las supuestas ventajas del agresor, el resultado fue el de unas lesiones extremadamente leves, con incapacidad menor de sesenta días...”

También se presenta un error de hecho por falta de apreciación del testimonio de la víctima Leonardo de Jesús Ríos Rivera en cuanto sostiene que no pudo observar a su atacante ni el arma que portaba y además en el allanamiento practicado a la residencia del procesado no se encontró el machete que se aduce como utilizado por el agresor. Además, el declarante Jorge Humberto Plazas García sostuvo que nunca había visto a JARAMILLO RIVERA con arma cortopunzante alguna.

Para el defensor sólo se sabe que el arma utilizada fue cortopunzante, pero de ello no necesariamente puede inferirse que se trataba de un machete o peinilla. “Si no existe plena prueba sobre el particular, mal puede el fallador de segunda instancia apoyarse en un supuesto, dándole calidad de prueba para hacer inferencias que riñen con la lógica y la sana crítica”.

Se omitió así la aplicación del artículo 20 del Código de Procedimiento Penal en

cuanto señala que el funcionario tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado y de los demás intervinientes en el proceso. También se dejó de aplicar el artículo 24 ídem en cuanto señala que las normas rectoras son obligatorias y prevalentes.

Existe un claro nexo de causalidad entre el error denunciado y la decisión confirmatoria de la condena, pues si el fallador reconoce la ausencia de prueba sobre la existencia del machete, no habría concluido la intención de matar por el arma utilizada.

También es errada la inferencia del Tribunal según la cual dicha intención de matar también se deduce de la región anatómica a la que se dirigieron los golpes, pues habría que concluirse que “cualquier tipo de lesión que se produzca en la cabeza, necesaria e inexorablemente se tiene que ver como un ánimo de matar”, lo cual contraria la sana crítica y la experiencia.

Concluye entonces que si el Tribunal hubiese valorado integralmente la prueba, necesariamente habría arribado a la conclusión de que la conducta sólo era constitutiva de lesiones personales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal sugiere la desestimación de los cargos en contra de la sentencia por las razones que a continuación se resumen.

Frente al cargo primero, si bien es cierto que el censor planteó el cargo por la causal correspondiente, esto es la tercera, en la fundamentación no siguió los lineamientos de la causal primera, es decir, no hizo la fundamentación mixta, como lo ha señalado la Corte para estos casos. Lo que hace el censor es una evaluación a su acomodo, de la que estima debe ser la correcta adecuación típica de la conducta de su poderdante.

El punto de discusión no es la intención de matar, sino el elemento externo que se interpuso para evitar la causación de la muerte. El Tribunal dice que ese elemento fue la acción del agredido que logró huir, en tanto el censor asevera que fue la propia voluntad del victimario la que dio lugar al cese de las heridas. De allí que si la discrepancia surge entre la conclusión probatoria de las instancias y la del censor, la vía correcta para atacar la sentencia, era la indirecta, sin olvidar, para este caso particular, la fundamentación mixta.

Si la vía fuera la directa, el censor debió partir de no controvertir la demostración colegiada en el fallo y es palmario que su memorial dista de tal acuerdo.

El libelista no dice cómo debe encuadrarse su disenso, lo que escribe es su opinión personalísima sobre lo que debe ser la evaluación probatoria, olvidando que tal forma de argumentar, aceptable en las instancias, no consulta la técnica en sede de casación.

Así las cosas, no se sabe a ciencia cierta cuál es el error que se le quiere enrostrar al fallo atacado, de donde por razón del principio de limitación, el cargo está llamado al fracaso dada la imprecisión técnica.

En relación con el segundo cargo, el demandante omite la parte sustancial del razonamiento enjuiciado porque lo que hizo el fallador fue enlistar en primer lugar las razones que habría para creer que no hubo intención de matar, para indicar luego qué elementos permitían colegir que sí se dio tal propósito, para finalmente acoger la última hipótesis.

Además, si lo que el demandante quiere decir es que la motivación del Tribunal fue anfibológica, en el fondo lo que le está achacando al proveído es una violación del principio constitucional que ordena fundamentar debidamente las sentencias, caso en el cual el disenso debió plantearse por los senderos de la causal tercera y no de la primera.

Aunque el demandante señala que se han violado las reglas de la sana crítica, no especifica, en concreto, cuáles de tales reglas han resultado vulneradas.

También aborda el libelista una pretendida omisión de apreciación probatoria, pues se queja que el Tribunal no percibió que el lesionado dijo que no vio al agresor. Sin embargo, ninguno de los falladores dijo que la víctima hubiera visto al agresor, sino que lo identificó por su voz y por la manera como se dirigió en su contra al momento del ataque.

Respecto de la afirmación del testigo Jorge Humberto Plazas García en el sentido de que nunca había visto al procesado con arma cortopunzante alguna, se trata de una negación indefinida, que por lógica no puede probarse, pero sí desvirtuarse. En este caso, la justicia ha demostrado lo contrario: no sólo que el procesado sí portaba tal elemento cortocontundente, sino que además lo usó para atentar contra la vida de Leonardo de Jesús Ríos Rivera.

Para la Procuradora, en el fondo lo que el demandante quiere cuestionar es la acreditación del uso del machete y la autoría concreta del hecho. Pero a ambos puntos se le dio debida respuesta en las instancias, y no es la casación el espacio propicio para reabrir el debate sobre el punto.

De otro lado, para clarificar la confusión del censor, no porque las heridas de la víctima sean leves, pudo descartarse, a priori, el conato de homicidio. No todas las veces las heridas graves acompañan una tentativa. La experiencia colombiana, dice, ha mostrado, “cómo, a aleves amenazas de grupos secuestrados, se suman vidas también cautivas que, en medio de la refriega, han podido salvarse, emergiendo incluso ilesas, más no por la ausencia de rasguño alguno, puede desecharse la palmaria existencia del mentado dispositivo amplificador del tipo”.

En consecuencia, no prospera el cargo y por tanto el fallo impugnado no debe ser casado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tal como lo destaca la Procuradora en su concepto, los yerros técnico-conceptuales de los que adolecen las censuras conspiran contra su prosperidad.

Así, en el primer cargo, a pesar de reconocerse el acierto del censor en la selección de la causal tercera de casación como vía adecuada cuando el reproche se vertía sobre la incorrecta elección del nomen iuris de la infracción en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1991, porque en tales eventos, reiteró la Sala, la transmutación en el proceso de adecuación típica del comportamiento reprochado constituía una violación flagrante al debido proceso (artículo 304-2 del anterior Código de Procedimiento Penal), dado que la calificación pertinente se exigía desde el momento mismo de la resolución acusatoria, con el fin de guardar la armonía imperiosa de la sentencia con dicha pieza procesal.

Pero en lo que no acertó el recurrente al formular el reparo, es que no le bastaba presentar la acusación al amparo de la causal tercera, sino que era tarea insustituible demostrar cómo se llegó al desacierto, ajustándose en esa fundamentación a la fórmula de la causal primera, conforme a las pautas que la jurisprudencia ha trazado pacíficamente, esto es si a través de la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de un precepto y falta de aplicación del que corresponde al caso, o por medio de la errónea apreciación probatoria.

Si se opta por la violación directa y lo que se pretende es comprobar la incorrecta aplicación de la ley penal que corresponde al hecho probado, esto es, un defecto de subsunción, la demanda debe contener la suficiencia requerida por la ley para que la Corte emprenda, sobre los mismos hechos deducidos en el fallo y aceptados por el casacionista, una nueva operación mental, un nuevo juicio que concreta los hechos en la norma adecuada, y por esa vía aceptar el defecto de procedimiento que

suponía, a la luz de esa normatividad, haber mantenido una calificación jurídica que era errónea y frente a la cual no se había podido sino anular la resolución acusatoria y disponer que se produjese de nuevo por la denominación jurídica a la que verdaderamente se adecuaban esos hechos o, como sucede cuando el error a su vez conlleva un quebrantamiento de la competencia, declarar tal invalidez desde el momento en que fue clausurada la investigación dada la circunstancia de que es éste un antecedente necesario de la calificación de su mérito, que no puede producir sino aquél que goza de esa competencia.

Y si se opta por la violación indirecta, es menester que el censor especifique la naturaleza del yerro, si de hecho o de derecho, y la forma que puede asumir: si de la primera clase, detallar si la falla conceptual asentada en las sentencias se originó en un falso juicio de identidad (por cercenamiento, alteración o falseamiento del sentido fáctico de una prueba), o en un falso juicio de existencia (por suposición o desconocimiento de algún elemento probatorio), o en un falso raciocinio (por errada fijación del mérito suasorio, a causa de una equivocada aplicación de los parámetros de la sana crítica); si de la segunda, concretar si la inconsistencia tuvo como causa la apreciación de un medio de convicción allegado con alejamiento de los preceptos legales que rigen su aducción (falso juicio de legalidad).

La descripción del problema planteado por el demandante en este caso, consiste en un supuesto desfase en la calificación de la conducta delictiva atribuida al procesado HERNANDO DE JESÚS JARAMILLO RIVERA, en la medida en que la Fiscalía lo hizo por el hecho punible de homicidio agravado en grado de tentativa, mientras que el defensor estima que sólo se configuraba un delito de lesiones personales.

Sin embargo, no observa la Sala que el libelista al desarrollar el cargo haya escogido una de las dos opciones señaladas para demostrar la indebida aplicación de los artículos 22 y 323 del Código Penal de 1980, que pregonan, y por ende la falta de

aplicación del artículo 331 ídem que, según él, debió regular el asunto.

La orientación del cargo busca poner de presente que la agresión ejercida por el procesado JARAMILLO RIVERA contra su víctima, cesó por su propia voluntad y no por un elemento externo a la libre decisión del agente, lo que desnaturalizaría la tentativa, pues, dice, fue el propio agredido quien relató cómo inexplicablemente el procesado había dejado de golpearlo, situación que aprovechó para emprender la huida, sin que fuera perseguido por su agresor a pesar de que se encontraba a su merced. Así, para el demandante “no se probó en el proceso la existencia de ningún factor extraño a la voluntad del atacante para cesar su conducta”.

Se alude de tal forma a la presunta falta de prueba sobre un aspecto subjetivo del delito, pero no se precisa de qué manera se supuso la prueba relacionada con la voluntad dirigida a ese querer ocasionar la muerte, y con las circunstancias ajenas a la voluntad del procesado que se interpusieron en el resultado pretendido, pregonadas en la sentencia; o si ésta desconoció o tergiversó los medios probatorios que indicaban más bien el mero ánimo de lesionar; o si fueron falsos los raciocinios que indujeron al Tribunal a declarar la configuración de la tentativa de homicidio, en lugar de las lesiones personales.

Con todo, conviene traer a colación lo dicho por los falladores en torno a la concurrencia de las circunstancias ajenas a la voluntad del agresor, que impidieron el resultado buscado. Así lo consigna el Juzgado de primera instancia:

“No obstante lo anterior y ante la ocurrencia de la tentativa conforme a lo indicado en el art. 22, porque no hay duda que el accionante inició la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, el resultado por él previsto no se produjo por circunstancias ajenas a su voluntad, por cuanto en el

episodio, extrayendo fuerzas la víctima, logró pararse y huir de aquel escenario, en dirección hacia su casa, creyendo a lo mejor el agresor que si lo perseguía se hacía evidente ante testigos su presencia en aquel sitio, que él precisamente había elegido para realizar la acción, por ser precisamente solitario” (fl. 300).

Por su parte, el Tribunal concluyó que:

“El número de lesiones y los antecedentes de las relaciones interpersonales de víctima y victimario, permiten inferir sin mucha dificultad que el procesado sí estaba tras la agresión hacia el ofendido y el deseo de ocasionarle la muerte.

“Si bien es cierto que no se supo en qué momento el acusado cesó en el ataque, sí se desprende de los dichos del ofendido que una vez fue sorprendido por la agresión, no sólo sobrepuso la acción defensiva con su mano sino que emprendió veloz carrera con lo que se evitó que el ataque continuara.

“Fueron entonces circunstancias ajenas a la voluntad del sindicado las que se interpusieron para no llegar al resultado final por él pretendido” (fls. 334 y 335).

Como puede verse, los falladores concluyeron que el elemento externo que se interpuso para evitar la causación de la muerte fue la acción del agredido, que logró huir, y no la voluntad del agresor, planteamiento al cual el censor pretende oponer su criterio apoyándose en algunos apartes aislados del testimonio de la víctima, que no confronta con la anterior conclusión, sobre la que no se afirma, y menos se demuestra, que sea producto de un error de análisis probatorio.

No obstante, como el demandante acude a la figura de la tentativa desistida como posible solución dogmática para este caso, porque, según él, el relato ofrecido por la víctima pone de presente que el resultado muerte no se produjo, no por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, sino porque éste cesó voluntariamente en su agresión,

encuentra la Sala necesario asumir el estudio de fondo del caso porque a luz de la nueva normatividad penal, “cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del actor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla”(inciso 2º del artículo 27 de la ley 599 de 2000).

Pues bien, la figura de la tentativa desistida, también llamada desistimiento o arrepentimiento, se consagró inicialmente en el artículo 15 del Código Penal de 1936, regulación según la cual “al que voluntariamente desista de la consumación de un delito iniciado”, se le aplicaría únicamente la pena prevista para los actos realizados hasta el acto de desistimiento si éstos configuraban por sí mismos delito o contravención; en caso contrario se generaba impunidad de la conducta.

A la luz de esa normatividad la tentativa desistida presentaba dos modalidades: la primera, cuando el agente simplemente suspendía la consumación del delito por una libre determinación de su voluntad, y, la segunda, cuando el actor después de haber realizado los actos idóneos para producir el resultado buscado se arrepentía y evitaba, mediante actos positivos, el resultado inicialmente perseguido, modalidad que la doctrina llamó “arrepentimiento activo”.

La figura no tuvo consagración explícita en el Código Penal de 1980, pues la doctrina mayoritaria consideró tal institución como innecesaria, ya que si el arrepentimiento ocurría antes de que el sujeto iniciara la ejecución de la conducta punible, se presentaba un fenómeno de atipicidad. Por el contrario, si el resultado coincidía con la descripción típica contenida en una disposición que consagraba un delito o contravención, a ese nuevo tipo penal se debía referir el juzgador, sin necesidad de recurrir a una norma expresa como la del citado artículo 15 del Código Penal de 1936. Tal crítica se formuló por el doctor Reyes Echandía, al presentar la ponencia sobre el tema en el anteproyecto de

1974:

“Proponemos que no se legisle sobre este tema, porque consideramos inútil cualquier norma que se refiera a esta especie de tentativa, ya sea que no prevea sanción alguna, ora que se señale determinada pena.

“En efecto, si la tentativa desistida no se sanciona, carece de razón su consagración legislativa, porque sería tanto como describir un comportamiento atípico, y por ende impunible, y porque su único fundamento válido, servir de puente de otro hacia el arrepentimiento tempestivo, como lo llama algún autor, es ajeno al contenido propio de un código penal, cuya misión básica es la de describir conductas punibles. Y si se decide sancionarla es también inútil, porque en tal caso la pena se remite a la conducta desarrollada por el agente antes de su desistimiento, en la medida en que ella esté descrita como delito o contravención, y entonces tal referencia punitiva sobra, porque esa modalidad de la conducta es de suyo punible.

(...)

“Por las consideraciones precedentes, creemos que la supresión de esta figura no traería ningún traumatismo punitivo y, antes bien, contribuiría notablemente a despejar los equívocos e incertidumbre que actualmente existen en torno a la disposición legal que la consagra”

No obstante, la teoría tradicional de la tentativa desistida dejó por fuera la hipótesis en la cual el agente ha manifestado su voluntad de revocar el peligro ya creado, haciendo todo lo necesario para evitar la consumación, que no obstante se ha frustrado por circunstancias ajenas a su voluntad, vacío que se pretendió zanzar con la previsión introducida en el inciso 2º del artículo 27 del Nuevo Código Penal, que en la exposición

de motivos se explicó por el ponente en los siguientes términos:

“En el desistimiento, cuando la conducta no produce ningún resultado, por razones político-criminales se prescinde de la pena. Tal es la forma tradicional del desistimiento, por tanto, no necesita regulación expresa, pues basta una interpretación a contrario sensu para estimar excluida la punibilidad. En efecto, si el resultado no se produce por razones imputables al agente, no existiría punibilidad.

“El fenómeno regulado en el inciso segundo es diferente. El mismo apunta a que, a pesar de haber manifestado el agente la voluntad de revocar el peligro ya creado y hacer todo lo necesario para evitar la consumación, ya por razones ajenas a su voluntad se ha evitado la consumación.

“Desde el punto de vista político criminal tal situación, donde el agente ha mostrado volver a los cauces del derecho, debe ser tomada en cuenta; toda vez que, si ello no fuera así, en todos los eventos en que el sujeto estime la posibilidad que ya por razones diferentes a su voluntad el peligro ha podido ser revocado, no tendría un estímulo que lo moviera hacia la desactivación del curso causal que ha originado.

“Sin embargo, se ha estimado que, frente a la tradicional tentativa desistida, no sólo se muestra la voluntad de volver a los cauces del derecho, sino también, principalmente, el agente ha desactivado el peligro. En el evento del segundo inciso, se da lo primero, más no lo segundo, por tanto debe adjudicársele punibilidad a su comportamiento, pero siempre la misma debe ser menor que la tentativa tradicional, esto es la figura regulada en el inciso primero” (Gaceta del Congreso No. 280, pág. 65).

Así, a la luz de la nueva normatividad, incurre en menor punibilidad quien desiste voluntariamente de la consumación de la conducta típica querida inicialmente, así el

resultado no se produzca por circunstancias ajenas a su voluntad.

En tales casos, la menor punibilidad sólo se producirá bajo el presupuesto de que, simultáneamente con el abandono de su acción, o con el retiro de la contribución prestada en el caso de la complicidad, se impida la consumación del hecho mediante “todos los esfuerzos necesarios”, esto es mediante la ejecución de acciones positivas dirigidas a evitar el resultado, así éste no se produzca por la irrupción de circunstancias ajenas a su voluntad.

En otras palabras, quien a pesar de cesar en su acción criminal, deja a su curso los sucesos por él desencadenados, no desiste con relevancia jurídico penal. Así, quien propina una puñalada a su víctima y en su fuero interno decide no seguir adelante con su acción, pero abandona al herido a su suerte en un sitio solitario, no puede hacerse acreedor a la menor punibilidad, porque voluntariamente no ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedir la consumación.

En el mismo ejemplo, habrá tentativa atenuada cuando el autor, con una conducta dependiente de su voluntad, traslada al herido hasta un centro asistencial, con lo cual ayuda eficazmente a interrumpir el proceso causal que ha desencadenado. La conducta del actor debe ser activa y comprometida con su voluntad de evitar el resultado muerte que inicialmente buscó ejecutando los actos necesarios para obtenerlo, independientemente de que después de su injerencia positiva concurren otras circunstancias ajenas a su voluntad que impidan definitivamente la consumación, como por ejemplo la intervención médica que procuró restablecer la sanidad de la víctima.

De otro lado, el desistimiento no puede tener su fundamento en circunstancias exteriores, ajenas a la voluntad del actor; debe surgir de un motivo autónomo, independientemente de que sea éticamente valioso. Por lo mismo puede provenir del miedo ante el descubrimiento o del arrepentimiento por razones axiológicas, o incluso en motivos bajos

como la decepción respecto del escaso valor de los objetos que pretendía hurtar.

Asimismo, no habrá desistimiento si está provocado por impedimentos independientes de la voluntad del autor y que paralizan su voluntad de decisión, por ejemplo, si el autor se ve descubierto y expuesto a la persecución penal.

Pero para efectos de la aplicación de la atenuante, debe considerarse además si la modalidad de desistimiento deja o no subsistente un delito remanente, porque en caso negativo lo correcto es predicar la impunidad en el actuar del agente, tal como sucede en la tentativa desistida tradicional, como lo imponen los principios de acto y culpabilidad. En cambio, si subsistiere delito remanente, la pena imponible en caso de desistimiento voluntario será la señalada en el referido inciso 2º del artículo 27 del nuevo Código Penal.

Por lo demás, queda a salvo la hipótesis donde la falta de consumación se produce no por factores ajenos a la voluntad del agente, sino exclusivamente por su propia injerencia, caso en el cual no se presentaría un fenómeno de tentativa propiamente dicha frente a la conducta punible perseguida, pues es requisito esencial del instituto la existencia de una causa extraña a la voluntad del agente que impida el resultado buscado. En este caso, el agente responderá penalmente por la conducta que se hubiese consumado antes del desistimiento.

Finalmente, no se puede confundir el desistimiento con el arrepentimiento, puesto que éste sólo opera cuando el comportamiento ya ha sido consumado, caso en el cual el sujeto se hará beneficiario de algunas atenuantes o eximentes punitivas, según el caso. Es lo que sucede cuando el autor “procura voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias” (artículo 55, numeral 5º, del Código Penal); o “reparar voluntariamente el daño” (numeral 6º ídem); o cuando en el secuestro, en un término no superior a quince días, la víctima es dejada

“voluntariamente en libertad” (artículo 179, numeral 7º ídem); o cuando en la injuria y la calumnia el autor o partícipe se retracta voluntariamente (artículo 225 ídem).

En el caso presente, la víctima relató cómo después de que su agresor le había asestado varios golpes con una peinilla a la altura de la nuca, “...en ese momento invoqué a Nuestro Señor para que no me dejara matar de ese señor, inmediatamente él dejó de golpearme, no se si fue que se manió o que sería, lo cierto es que cuando no me siguió tirando, yo salí a veloz carrera logrando llegar hasta el puente peatonal que se encuentra frente a la bomba, ahí volví y me caí, bregué a pararme y ahí mismo me fui de bruces al suelo. Nuevamente invoqué al Señor y pude pararme y con dificultad siempre logré arrimar a la casa donde me prestaron unos auxilios y hasta lograr llevarme al hospital” (fl. 1 de la denuncia); y en una nueva intervención relata que “...algo pasó misterioso porque él no me siguió tirando, entonces yo reaccioné y logré pararme y salí corriendo hasta llegar al puente peatonal...”(fl. 9 vto).

De acuerdo con este relato, si bien es cierto que en un momento de la secuencia criminal iniciada por JARAMILLO RIVERA, éste extrañamente cesó en su agresión, su actitud no puede ubicarse dentro de la figura de la tentativa atenuada, porque el pretendido abandono de su acción criminal no se acompañó de alguna acción positiva dirigida a evitar el resultado buscado, que finalmente no se produjo por la irrupción de circunstancias completamente ajenas a su voluntad, como fue la fortaleza que mostró la víctima, quien aprovechando el instante en que su agresor dejó de golpearlo (“no se si fue que se manió o que sería”), emprendió la huida y como pudo, gravemente herido, llegó hasta su casa, donde fue oportunamente auxiliado.

Así se aceptara que el procesado quiso cesar en su acción criminal, de todas formas dejó librado a su propio curso los sucesos por él desencadenados, que de no haber sido interrumpidos por los esfuerzos sobrehumanos desarrollados por la víctima (quien

además de las heridas con arma cortocontundente presentaba múltiples contusiones que según se refiere en el dictamen médico fueron ocasionadas por sus caídas al suelo en su intento de huida, tal como lo relató en su denuncia), muy seguramente otras más graves habrían sido las consecuencias, porque los golpes asestados a Leonardo de Jesús Ríos Rivera fueron dirigidos a un órgano vital -cabeza- con un arma cortocontundente de gran potencialidad de daño -machete-.

La conducta del procesado JARAMILLO RIVERA jamás estuvo comprometida con una voluntad traducida en actos positivos para evitar el resultado muerte que, en cambio, buscó ejecutando los actos necesarios para obtenerlo.

En consecuencia, no prospera la censura.

En el segundo cargo, el demandante mezcla indiscriminadamente varias censuras que por su naturaleza merecían una presentación independiente.

Así, empieza por anunciar una violación indirecta a la ley sustancial quejándose de que el Tribunal violentó las reglas de la sana crítica, pues después de aceptar la existencia de circunstancias “indicativas de que no existía tal propósito de matar”, a renglón seguido cambia de posición cuando dice que “el arma utilizada por sí sola era suficiente elemento suasorio (sic) para entender que el propósito del sindicato no era el de causar meramente lesiones, sino el de producir la muerte”.

En esta argumentación, lo que en verdad pretende el demandante achacar al Tribunal es la motivación anfibológica de la sentencia, caso en el cual debió enrutar la censura por la vía de la causal tercera de casación y no por la primera, pues un vicio de tal naturaleza se relaciona directamente con el debido proceso, porque no sólo quebranta el derecho de los sujetos procesales a conocer sin ambages el sentido de la decisión, sino que también imposibilita su controversia a través de los medios de impugnación².

En segundo lugar, encuentra la Sala que el demandante presenta una lectura descontextualizada de las motivaciones del fallo impugnado, pues como lo evidencia la Procuradora en su concepto, lo que realmente hizo el Tribunal fue enlistar intercaladamente las razones en pro y en contra para inferir la intención de matar que tuvo el procesado, para luego, argumentativamente, acoger la hipótesis que encontró más razonable y que lo llevó a la declaración de responsabilidad por el conato de homicidio.

Por ello, después de decir que aparecían como indicios del propósito homicida del procesado, “la hora, el lugar y la asechanza como realizó los hechos; también la región anatómica vulnerada y las manifestaciones que le hizo a la víctima en el sentido de que iba a matarlo porque lo había hecho despedir de la empresa”, a renglón seguido procede a mencionar las circunstancias que llevarían a una conclusión contraria, tales como la levedad de las heridas, el hecho de que el atacante hubiese cesado en su propósito criminal, para concluir luego de la siguiente manera:

“No obstante (esas circunstancias a favor del procesado), es menester afirmar que el arma utilizada por sí sola era suficiente elemento suatorio (sic) para entender que el propósito del sindicado no era el de causar meramente lesiones, sino el de producir la muerte” (fl. 333).

Y remató diciendo:

“Es cierto que las heridas halladas en el cuerpo del ofendido no fueron de extrema gravedad como para pensar que de ellas fuera a sobrevenir la muerte, pero el comportamiento del acusado no deja alternativa distinta a la de tener que concluir que su propósito era el de causar la muerte, no sólo por la calidad del arma empleada, como ya se dijo, sino por la región anatómica a la que dirigió los golpes como fueron el cuello, la herida punzante del costado y si en realidad de verdad el afectado sobrevivió ante tan

vil agresión, ese solo aspecto no degenera el grado de culpabilidad del acusado ni la entidad del delito”.

Por lo demás, el demandante no especifica cuáles fueron las reglas de la sana crítica que resultaron vulneradas, sino que se limita a criticar que a partir de las leves heridas causadas a la víctima y las ventajas que tenía el agresor, las que le habrían facilitado la ejecución de la muerte si esa hubiera sido su intención, sólo puede inferirse el ánimo de lesionar, argumento que pretende oponer a las conclusiones del Tribunal, dejando en evidencia su deseo de construir un paralelismo valorativo para menospreciar a su talante el análisis que la jurisdicción presenta como fruto de la contradicción y la inmediatez en las instancias.

Pretender retóricamente una mejor evaluación juiciosa de la prueba, que supuestamente se pone por encima de la que hizo el Tribunal, es una disposición impugnativa inadmisibles en casación, porque, en esta materia, por corresponder a una infraestructura racional, los errores con vocación de prosperidad son solamente aquellos tan manifiestos que ignoren por completo las leyes lógicas o empíricas (de experiencia común o científica).

Pero además, olvida el demandante que el delito de homicidio bajo el dispositivo amplificador de la tentativa puede presentarse aún en el caso en que la víctima haya resultado ileso, sin que al efecto tenga trascendencia la naturaleza de las lesiones o la escasa incapacidad que éstas producen, pues lo que cuenta es la intención del agente y la acción dirigida contra la vida ajena, que es puesta en riesgo, sin que la lesión resultante sea factor definitorio, como así lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala3

En el mismo cargo, acusa el defensor una pretendida omisión probatoria por

falta de apreciación del testimonio de la víctima Leonardo de Jesús Ríos Rivera, en cuanto sostiene que no pudo observar a su atacante ni el arma que portaba, la que no fue hallada en el allanamiento practicado a la residencia del procesado, y del testimonio de Jorge Humberto Plazas García, quien sostuvo que nunca vio a JARAMILLO RIVERA con arma cortopunzante alguna.

En este punto, si lo que pretende cuestionar el demandante es la acreditación del uso del machete y la autoría concreta del hecho, tiene razón la Procuradora cuando señalada que a ambos puntos se le dio una debida respuesta en las instancias, y no es la casación el espacio propicio para reabrir el debate sobre tales aspectos. Así, sobre el arma utilizada en el ataque, el Juzgado explicó:

“Se sabe, en consecuencia, que fue con un tipo de arma de estas, bien machete o bien peinilla, lo cual resulta como antes se indicó irrelevante para la decisión a tomar, porque lo que se sabe con certeza es que a través del reconocimiento médico legal y del conocimiento técnico y científico de los peritos, pudieron bien determinar que fue a través de este elemento cortocontundente como se atentó contra la vida del señor Leonardo de Jesús Ríos Rivera” (fl. 291).

Conclusiones que el Tribunal acoge expresamente al decir:

“(…) de los elementos de juicio reseñados, surge la certeza de que el señor Leonardo de Jesús Ríos Rivera sí es el autor de esos hechos, siendo de pleno recibo los argumentos que al respecto expuso el Juzgado en apoyo de su decisión y del crédito que le asigna al acervo demostrativo” (fl. 332).

Ahora, en relación con la demostrada identificación del agresor, dice el Tribunal:

“Nadie más que él (la víctima) pudo haber observado la persona de su agresor o victimario y aunque no pudo verlo, como así el ofendido lo reconoce, sí precisa que

en el sitio de la ocurrencia de los hechos, había buena iluminación artificial y que su agresor en ese preciso instante en que le propinaba o asestaba los golpes con el arma cortocontundente, le preguntaba si sabía el motivo por el cual lo iba a matar y que si recordaba que él había intervenido para que lo echaran de la empresa Sotragur, donde antes laboraba (el agresor)” (fl. 293, se ha resaltado).

Así las cosas, resulta forzoso concluir que con la censura no se construye un juicio técnico, con la inmediata consecuencia de conservar el fallo la incolumidad por sus notas de acierto y legalidad no desvirtuadas.

Ahora bien, como en este caso no hay lugar a la casación y, por ende, se le tributará ejecutoria a la sentencia, cualquier decisión sobre la eventual favorabilidad por la puesta en vigencia del nuevo Código Penal, deberá adoptarla el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, según lo previsto en el numeral 7° del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

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

R E S U E L V E

No casar la sentencia recurrida.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

HERMAN	GALÁN CASTELLANOS	CARLOS	A.
GÁLVEZ ARGOTE			

Permiso

JORGE	ANÍBAL	GÓMEZ GALLEGO	EDGAR LOMBANA TRUJILLO
ÁLVARO	ORLANDO	PÉREZ PINZÓN	MARINA PULIDO DE BARÓN
JORGE	LUIS	QUINTERO MILANÉS	MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

1 Con base en la estructura del Nuevo Código de Procedimiento, la indebida calificación jurídica de los hechos repercute en la estructura procesal sólo en aquellas eventualidades en las que no hay lugar a dictar sentencia de reemplazo. Cuando así sucede, el remedio del error implica regresar la actuación a la diligencia de audiencia pública cuando pueda allí variarse la calificación jurídico provisional de la conducta, o al momento del cierre de la investigación cuando el error determina un cambio de competencia, en los casos en que la misma no se pueda prorrogar en los términos del artículo 405 del Código de Procedimiento penal (sentencia de casación No. 16413, marzo 6 de 2003, M.P. Yesid Ramírez Bastidas)

2 Sentencia del 11 de julio de 2002. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll

3 Entre otras, sentencia de casación No. 12.262 del 12 de septiembre de 2002, M. P. Jorge E. Córdoba Poveda.