

Proceso No 26400

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.85

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de PEDRO PASCUAL MORALES OSPINA, contra el fallo de segundo grado de 20 de junio de 2006 mediante el cual el Tribunal Superior de Antioquia confirmó el proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro por cuyo medio lo condenó como autor del delito de homicidio en la modalidad de tentativa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Hacia las 8 de la noche del 19 de junio de 2000 en la Cafetería “Los Delfines” de Rionegro (Antioquia), luego de que PEDRO PASCUAL MORALES OSPINA, en compañía de sus trabajadores —JOSÉ LEONIDAS NARANJO GÓMEZ y JOSÉ ALEXANDER OLAYA ACEVEDO—, increpara a CARLOS MARIO GALLEGO OSORIO para que le cancelara los daños ocasionados a una motocicleta en un accidente automovilístico ocurrido días antes, accionó su arma de fuego en repetidas oportunidades causándole varias heridas.

Según la valoración médico legal GALLEGO OSORIO, además de la incapacidad provisional de cuarenta y cinco días, quedó con las siguientes secuelas: i) deformidad física de los contornos del cuerpo de carácter permanente ii) pérdida funcional permanente del órgano de la locomoción, iii) perturbación funcional permanente de los órganos de la excreción urinaria y rectal, iv) perturbación funcional del órgano de la cópula, v) perturbación funcional permanente del miembro superior derecho así como del órgano de la pinza y vi) perturbación psíquica permanente¹

El 20 de junio de 2000 (día siguiente de los hechos) PEDRO PASCUAL MORALES OSPINA se presentó ante la Fiscalía General de la Nación y entregó además un revólver calibre 38 largo con tres cartuchos y tres vainillas.

Luego de su vinculación a través de indagatoria a la investigación penal que se inició, su situación jurídica se resolvió por proveído de 11 de agosto de 2004 con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin el beneficio de la libertad provisional, como presunto responsable del delito de homicidio en la modalidad de tentativa, no obstante, a través de decisión de 20 de agosto siguiente se revocó tal restricción al considerar que no cumplía con los fines previstos en el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

Clausurada la investigación, el mérito probatorio del sumario se calificó el 20 de octubre de 2004 con resolución de acusación por el mismo ilícito, decisión que fue confirmada el 31 de enero de 2005 por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia.

La fase del juicio la adelantó el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro, despacho que luego de llevar a cabo el acto público de juzgamiento, a través de fallo de 7 de marzo de 2006, condenó a PEDRO PASCUAL MORALES OSPINA como autor del delito

objeto de acusación a la pena principal de setenta y ocho (78) meses de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

En virtud del recurso de apelación formulado por el defensor, el Tribunal Superior de Antioquia mediante fallo de 20 de junio de 2006 confirmó íntegramente la decisión, por lo que insiste el mismo sujeto procesal con la interposición del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

El defensor formula tres cargos, el primero, con el carácter de principal, al amparo de la causal tercera de casación por nulidad y los restantes, como subsidiarios, bajo la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial.

Primer cargo (Principal): Nulidad por errónea calificación jurídica

Bajo la premisa relacionada con que la intención del procesado fue la de lesionar y no la de dar muerte a la víctima, el defensor denuncia la errónea calificación jurídica dada al delito que aparejó la aplicación indebida de los artículos 103 y 27 del Código Penal (Ley 599 de 2000) y la consecuente falta de aplicación de los artículos 331, 336 y 337 del mismo ordenamiento.

Advierte que pese a configurarse un error de juicio que exigiría acudir a la causal primera de casación, elige la causal tercera ante el vicio de estructura que socava el debido proceso ya que la afectación del supuesto fáctico de la resolución de acusación al no configurarse el delito de homicidio sino el de pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, incide en la competencia al corresponder su conocimiento a los juzgados penales municipales, yerro que incluso no sería posible enmendar mediante un fallo de reemplazo ante la necesaria congruencia que se debe guardar con la acusación.

Tras precisar que debido a un falso raciocinio el Tribunal no advirtió que las pruebas ofrecían dudas acerca de la verdadera intención del comportamiento de su defendido, agrega que también que para deducir el dolo fueron desconocidas reglas de la experiencia y se aplicaron otras desprovistas de la necesaria generalidad al afirmar que el procesado arribó al lugar de los hechos armado y que no disparó una vez sino varias veces, porque en criterio del defensor no hay una máxima que permita aseverar que todo el que llega armado a un lugar tiene ánimo de matar, además, la experiencia enseña que accionar un arma de fuego varias veces contra una persona, según el contexto situacional, puede revelar indistintamente el ánimo de lesionar o el propósito de matar.

En relación con la región anatómica (tórax) donde la víctima recibió las heridas afirma que allí puede también ocasionarse la muerte o simplemente lesionar, así como es dable que ocurra en otras partes del cuerpo menos vitales, máxime cuando en un alto porcentaje “antes que el tino del agresor, es el azar el que a la postre determina el destino final de un disparo”.

Igualmente, refuta al juzgador por establecer la intención homicida en la ausencia de credibilidad del dicho del procesado y de sus acompañantes dadas las contradicciones en que incurrieron y por desestimar los buenos antecedentes de aquel, por cuanto, según estima, con ello se desconoció la regla de la experiencia relacionada con que las personas de bien ordinariamente suelen comportarse como tales.

En este orden, detalla que, además de los buenos antecedentes de su defendido y de su dicho acerca del móvil del comportamiento, sumado al hecho que no utilizó todos los cartuchos de su arma, se acredita que no tenía intención de matar o por lo menos se generaban dudas las cuales debieron ser resueltas en su favor.

La trascendencia la encuentra en que el procesado fue condenado a setenta y ocho (78)

meses de prisión, cuando la pena por imponer por el delito de lesiones personales correspondería sólo a cuarenta y ocho (48) meses y por ende se haría merecedor de la prisión domiciliaria, por ello solicita la nulidad desde la resolución de acusación a fin de que la Fiscalía corrija el yerro y emita una nueva calificación del sumario.

Segundo cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de identidad.

Postula que para excluir la legítima defensa de un tercero el

juzgador incurrió en un yerro fáctico al tergiversar el material probatorio y afirmar que el procesado decidió libre y conscientemente participar de la agresión al trenzarse una riña, lo cual aparejó la aplicación indebida de los artículos 9º, 11, 27 y 103 del Código Penal (Ley 599 de 2000) y la exclusión evidente del artículo 32 numeral 6º del mismo estatuto punitivo.

Pone de presente que los juzgadores razonaron de manera contradictoria al aceptar que el inculcado no participó del inicial intercambio de golpes y que luego en el fragor de la riña sacó su arma de fuego, porque en criterio del censor, las pruebas revelan que en un principio se suscitó un enfrentamiento entre la víctima con los trabajadores que acompañaban a su representado, luego de lo cual intervino éste, tal y como lo declararon JOSÉ LEONIDAS NARANJO, ALEXANDER OLAYA ACEVEDO y la propia víctima.

Agrega que incluso, de existir una riña no se puede descartar tajantemente la legítima defensa, como lo ha admitido la jurisprudencia cuando alguno de los participantes altera en su favor las condiciones del altercado, pudiendo así quien queda en desventaja ejercer la defensa objetiva, porque en este caso ante el hecho de que la víctima apuntó su arma de fuego hacia la humanidad de JOSÉ LEONIDAS NARANJO GÓMEZ, el enjuiciado se vio precisado a usar su revólver en ejercicio de la legítima defensa de un tercero.

Como corolario de lo anterior solicita a la Sala casar el fallo y emitir uno de reemplazo de carácter absolutorio en favor de su defendido.

Tercer cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso raciocinio

En esta oportunidad el yerro fáctico lo postula por falso raciocinio que llevó a la aplicación indebida de los artículos 9º, 11, 27 y 103 del Código Penal (Ley 599 de 2000) y la falta de aplicación del artículo 32 numeral 6º del mismo ordenamiento que prevé la figura de la legítima defensa.

En criterio del demandante, el juzgador para descartar la causal excluyente de responsabilidad apreció de forma equivocada que la víctima no esgrimió un arma de fuego, desconociendo así las reglas de la sana crítica que permiten inferir que sí la exhibió al apuntar contra JOSÉ LEONIDAS NARANJO situación que justificó la respuesta del procesado.

Destaca que el juez de primer grado contradictoriamente afirmó que no era creíble que la víctima empuñara su arma contra NARANJO, pues de haber sido así no se habría dejado acribillar, además, porque de su temperamento se establecía que no era “pusilánime”, sino de “armas tomar”, antagonismo que continuó el Tribunal al creer libre de sospechas u objeciones los testimonios de ALEXANDER OLAYA y JOSÉ LEONIDAS NARANJO y dar por ciertas sus aseveraciones al punto que revocó la orden del juez de primer grado de compulsar copias para investigarlos por falso testimonio, pero no les dio credibilidad cuando afirmaron que vieron a la víctima esgrimir una arma de fuego, la cual incluso ésta admitió portar para el momento de los hechos aunque negó haberla exhibido.

En este orden, aprecia que ante la agresión inminente y contraria al ordenamiento jurídico por parte de la víctima que alteró las condiciones iniciales de la riña con los otros

protagonistas, el enjuiciado debió intervenir en defensa de la vida de JOSÉ LEONIDAS NARANJO GÓMEZ accionando su revólver con los disparos estrictamente necesarios para neutralizar el ataque.

Por lo tanto, solicita a la Corte casar el fallo y proferir en su reemplazo decisión absolutoria en beneficio de su representado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal sugiere a la Sala no casar la sentencia por razón de los cargos formulados.

Primer Cargo (Principal): Nulidad por errónea calificación jurídica

Considera que el demandante debió optar por la causal primera de

casación toda vez que en la Ley 600 de 2000 sólo es viable la nulidad por error en la calificación jurídica dada en la resolución de acusación cuando la variación de la adecuación típica genera cambio de competencia, y si bien aquí el funcionario que le corresponde fallar el delito de homicidio es diferente del llamado a juzgar el ilícito de lesiones personales, al ser éstas una especie delictiva de menor entidad no impide al juez del circuito emitir la sentencia al operar el fenómeno de la prórroga de competencia.

Para la representante de la Procuraduría, el yerro denunciado no se advierte, porque además de que el libelista no demuestra que el Tribunal para demostrar el dolo homicida y no observar el ánimo de lesionar haya violado las normas de la sana crítica, solo corresponde a su personal apreciación probatoria.

Pone de manifiesto que el Tribunal aunque confirmó el fallo, se apartó de las consideraciones probatorias del juez de primer grado, pues estimó que el único autor

de los disparos fue el procesado y que la víctima no esgrimió un arma de fuego en contra de JOSÉ LEONIDAS NARANJO.

Resalta así que para el juez plural se presentó una riña que por su naturaleza descartaba la legítima defensa y que si bien el procesado no participó en su fase inicial, más tarde sucumbió en ella al esgrimir su arma de fuego con el fin de causar la muerte a GALLEGO, además, porque no resultaba proporcional que le propinara más de un disparo precisamente a la región axilar, clavicular, el esternón y la mandíbula, sin que la visión probatoria alternativa que exhibe el defensor sea suficiente para demostrar el yerro en el razonamiento judicial del fallador.

De la regla de la experiencia según la cual todo aquel que llega armado a un lugar, tiene el propósito de matar, que en criterio del recurrente fue empleada por el ad quem, aclara la Delegada que no fue referida en el fallo, sino la relacionada con que “cuando una persona porta un arma lo hace para usarla”, además, la intención del juzgador fue deducida de varias circunstancias: portar el arma, realizar varios disparos, la región anatómica afectada y la inexistencia de una agresión inminente que justificara el comportamiento.

Resalta así la consideración judicial relacionada con que no resultaba lógico que si la intención era lesionar se repitieran los disparos y que se afectara el tórax, pues la experiencia enseña que los disparos pudieron dirigirse a las manos o a las piernas, máxime que el procesado reconoció su destreza en el manejo de armas, llegó a buscar a toda costa el pago de los daños de la motocicleta, estaba acompañado y sabía que uno de sus trabajadores también estaba armado.

De la región anatómica en la que se causaron los disparos, que para el censor puede indistintamente significar ánimo de lesionar o de matar, detalla la Procuradora el análisis del Tribunal para descartar en este caso la intención de simplemente causar un daño en el

cuerpo, por cuanto el accionar del arma fue repetido, razonamiento que incluía la idoneidad del medio utilizado, esto es, un arma de fuego.

Concerniente al azar que para el impugnante puede entrar en juego en la producción del resultado, la representante del Ministerio Público pone de presente el análisis del juzgador acerca de la destreza que en el manejo de armas admitió el enjuiciado lo que no dejaba algún espacio para el albur.

También expone que la regla de la experiencia esgrimida por el demandante relacionada con que las personas de bien ordinariamente suelen comportarse como tales, fue abordada por el juez plural para concluir que no resultaba válida, dado que hay individuos con buen comportamiento anterior que cometen delitos.

Al no evidenciar así el yerro en la calificación jurídica que pudiera generar la nulidad solicitada por el censor o la emisión de un fallo de reemplazo, sugiere la Procuradora que el reproche no prospere.

Segundo cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de identidad

En relación con la denuncia de la tergiversación de los dichos de JOSÉ LEONIDAS NARANJO y ALEXANDER OLAYA y del propio sindicato que aseguraron que éste no participó en la riña y que llevó al juzgador a desconocer la legítima defensa, estima la representante del Ministerio Público que el fallo no distorsionó el material probatorio, pues afirmó conforme con lo narrado por los participantes, que el enjuiciado no intervino en los momentos iniciales de la riña sino que más adelante se involucró en ella e hizo uso de su arma de fuego, sólo que no se le dio crédito como tesis defensiva dada la extrema coincidencia de las narraciones de aquellos atestantes que se mostraban mentirosos frente a la prueba técnica y al dicho de la víctima.

Explica así que no es contradictorio el análisis del sentenciador referente a que una riña se desarrolle en diferentes fases y que no todos los que participan en ella lo hagan en todas sus fases, de ahí que en un primer momento al encontrarse exaltados los ánimos del procesado y la víctima se produjo un intercambio de empujones y agresiones físicas entre ésta con JOSÉ LEONIDAS NARANJO y en un segundo momento ya en el fragor de la reyerta intervino el inculpatado haciendo uso de su arma de fuego.

En consecuencia, propone la Procuradora que la censura tampoco prospere.

Tercer cargo (subsidiario): Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso raciocinio

También vaticina el fracaso del reproche que funda el demandante en el desconocimiento de los postulados de la sana crítica que impidieron estructurar la legítima defensa al negar que la víctima exhibió un arma de fuego contra JOSÉ LEONIDAS NARANJO, por no exponer algún postulado de la sana crítica pretermitido por el sentenciador.

Agrega que el Tribunal se basó en la sana crítica para restar credibilidad a ese hecho anunciado por el procesado y sus trabajadores y que justificaría la intervención de aquél en defensa de un tercero, puesto que si así hubiera ocurrido el provocador (víctima) con el arma empuñada y atento a disparar se hubiera defendido y no se habría dejado acribillar de múltiples disparos.

Relativo a que el ad quem revocó la decisión del juez de primer grado de compulsar copias contra los testigos de descargos, aclara que de un lado, ello obedeció al advertir que los trabajadores del procesado querían favorecerlo cuando se cotejaron sus dichos con la prueba técnica, los varios disparos propinados en la humanidad de la víctima y el número de cinco detonaciones que sugería que posiblemente tuvieran también responsabilidad en el delito, sin que el juez de segundo grado haya encontrado verídicas sus atestaciones sino que ante el número de vainillas halladas en el arma del proceso,

confrontado con el examen médico legal permitía aseverar que la víctima recibió tres disparos todos provenientes del arma de aquél, no habiendo entonces ya razón para investigar a sus dependientes.

De otra parte, que el Tribunal encontró que si el juez de primera instancia había admitido que se dio la agresión de la víctima hacia NARANJO no podía atribuírseles a los trabajadores del procesado un falso testimonio, situación que también hacía innecesaria la compulsación de copias aludida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer Cargo (Principal): Nulidad por errónea calificación jurídica

De la premisa relacionada con que el tipo penal llamado a regular el

supuesto fáctico objeto de análisis es el de pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro y no el de homicidio en el grado de tentativa denuncia el censor la errónea calificación jurídica, yerro de juicio que en su concepto afectó la estructura procesal y que impone la anulación desde la resolución de acusación.

Aunque las nuevas soluciones de la normatividad adjetiva de la Ley 600 de 2000 permiten la emisión de una sentencia de reemplazo, la pretensión del censor no está llamada al éxito dada la sin razón de su planteamiento.

Efectivamente, conforme con los requisitos previstos en el artículo 398 del estatuto procesal en comento, la resolución de acusación debe contener la imputación no sólo fáctica, sino también jurídica, pero en la fase del juicio puede ajustarse la adecuación típica a través del trámite previsto para su variación en el artículo 404 del mismo estatuto.

La observancia de tal instituto, no sólo constituye una garantía para el procesado a fin de que cuente con la oportunidad de controvertir la acusación o incorporar nuevos elementos de juicio frente a la nueva imputación, sino que busca preservar el principio de congruencia que debe guardar la sentencia con los cargos de la resolución de acusación.

La Sala desde la decisión de 14 de febrero de 2002 (Radicación 18452) precisó los aspectos que se deben observar para variar la calificación jurídica provisional cuando se advierte error en ella por parte del funcionario acusador al valorar los elementos de convicción o en la selección del precepto que regula el comportamiento investigado o cuando por prueba sobreviniente se altera un elemento estructural del tipo, la forma de coparticipación o imputación subjetiva o algún evento configurador de circunstancias que modifiquen los límites punitivos que hagan más gravosa la situación jurídica del enjuiciado.

No es necesario adelantar tal procedimiento de variación cuando de algún modo se va a favorecer al procesado dado que el juez puede degradar la responsabilidad, de ahí que si el fiscal considera que el acusado debe ser condenado por una especie delictiva de menor entidad que la imputada en la acusación o que se le debe reconocer una circunstancia atenuante o alguna causal que aminore o aún excluya su compromiso penal, sólo basta con su alegación al momento de su intervención o bien puede el juez reconocer tales eventos al momento de emitir el fallo.

No obstante, si como consecuencia de la modificación de la adecuación típica el conocimiento del delito corresponde a un juez de menor jerarquía el funcionario judicial respectivo queda habilitado para proseguir con la actuación al operar la figura de la prórroga de competencia, tal y como lo prevé el artículo 405, en tanto que si el conocimiento del asunto está asignado a un juez de mayor jerarquía se debe surtir el trámite de colisión de competencia.

Precisado esto, le asiste razón a la representante de la Procuraduría al afirmar que el libelista debió formular la censura al amparo de la causal primera de casación, pues como yerro de juicio es viable emitir fallo de reemplazo al no mudarse el supuesto fáctico endilgado y ser una situación que a la postre favorecería al procesado al degradar la responsabilidad de un delito de homicidio en el grado de tentativa a uno de menor entidad de lesiones personales.

Sin embargo, la Sala no advierte el falso raciocinio denunciado por el censor, pues ninguna arbitrariedad o irracionalidad en la valoración probatoria por parte del Tribunal se avizora en la acreditación del dolo homicida con el que actuó el procesado.

En efecto, el juzgador no desdeñó el análisis de las reglas de la experiencia, esto es, los juicios que se forman a partir de comportamientos sometidos a una identidad circunstancial, especialmente en lo que tiene que ver con los eventos antecedentes, concomitantes y subsiguientes relacionados con el actuar de MORALES OSPINA; de un lado, el hecho de que al lugar acordado con la víctima para buscar el pago de los daños que en un accidente automovilístico le causó a una de las motocicletas de la empresa de la cual aquel era socio (“Alarmas Mundiales Ltda.”) arribó armado y en compañía de dos de sus dependientes, circunstancias numérica y de entidad que lo ponía en una posición de superioridad frente a CARLOS MARIO GALLEGO OSORIO.

En este sentido, no corresponde a la realidad la aseveración del impugnante según la cual judicialmente se aplicó la regla de la experiencia que: “todo aquel que llega armado a un lugar, lleva en su ánimo el propósito de matar”, porque el juzgador de manera objetiva empleó la relacionada con que: “cuando una persona porta un arma lo hace para usarla”, sin referir allí a la intención del agente, pues ésta la dedujo con la ilación de otras circunstancias, como la referente a que el procesado intervino en la reyerta suscitada en principio entre JOSÉ LEONIDAS NARANJO y GALLEGO OSORIO, al luego esgrimir su

arma de fuego, pero principalmente, por el número de veces que la accionó (3), repetición que necesariamente podía causar daños letales en la víctima y que desvirtúa que su ánimo fuera el de solamente lesionarla.

De la misma manera, racionalmente el sentenciador analizó la región anatómica de la víctima a la cual el procesado dirigió los disparos: zona axilar, clavicular, esternón y mandíbula, con lo cual claramente podía afectar órganos vitales y que por ende elimina la alternación aludida por el defensor relacionada con que en el tórax puede ocasionarse indistintamente la muerte o simplemente lesiones.

Así como lo consideró el juzgador, la experiencia enseña que los disparos bien pudieron dirigirse a las manos o a las piernas de la víctima, de ahí que se plasmara en el fallo como regla de la experiencia que: “cualquier ciudadano medio sabe que disparando varias veces a una persona necesariamente se le va a causar la muerte, si tales disparos se dirigen a la zona torácica.”

También el azar, que según el recurrente en un alto porcentaje determina el destino final de un disparo, quedaba excluido ante la destreza en el uso de armas que admitió el procesado al indicar que el revólver que utilizó lo tenía desde el 18 de noviembre de 1997, agregando que había realizado varias prácticas (polígono) con otros tipos de armas.

Si nuestro sistema penal está basado en el Derecho Penal de Acto, de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del artículo 29 de la Constitución Política acerca del deber de juzgar a la persona por el acto que se le imputa, en nada incide para la declaración de responsabilidad lo que las personas sean o su buena conducta anterior, pues lo fundamental es acreditar el comportamiento desplegado, de ahí que la regla de la experiencia empleada por el demandante concerniente a que las personas de bien ordinariamente suelen comportarse como tales, que en su criterio fue desconocida

por el fallador, resulte además de nimia, impertinente.

Aunque la Corte no desconoce que la buena conducta anterior del agente puede tener trascendencia en sede de dosificación punitiva o para la concesión de subrogados penales, el juzgador de todas formas analizó que el procesado se mostraba como buen padre de familia, ejemplo para la sociedad en sus relaciones laborales y comerciales, sumado el hecho que se entregó voluntariamente a la autoridad al otro día del percance, sólo que al analizar la actitud general de las personas de bien y ver que no era una regla invariable de que siempre o casi siempre se comportaran adecuadamente concluyó que no es “una presunción válida que personas que obren así no puedan obrar frente a ciertos casos con la intención de causar la muerte”.

En la misma línea el fallador analizó las circunstancias antecedentes del hecho que se remontaban al accidente automovilístico en el cual GALLEGO OSORIO le causó daños a una motocicleta de la empresa de la cual el procesado era socio de cuya reparación o indemnización se había sustraído en forma burlona al incumplir citas anteriores, de manera que PEDRO PASCUAL MORALES OSPINA dispuso encararlo y concretarlo de ahí que además de ir armado se hizo acompañar por sus dependientes.

Por último, confirma la improsperidad de la censura que la intención de simplemente lesionar por la que aboga el demandante al afirmar que el Tribunal no advirtió las dudas existentes, no puede ser establecida de manera residual, esto es, que si hay incertidumbre en el propósito de matar se establezca como reducto el ánimo de lesionar, porque en tal caso debería entrar a operar el principio de resolución de duda en favor del procesado y aquí claramente se estableció el ánimo homicida de MORALES OSPINA resuelto por el juzgador con el análisis conjunto de varios factores naturalísticos como la idoneidad del elemento empleado (arma de fuego), la cantidad de disparos que realizó (3), la región del organismo de la persona a la cual los dirigió, así como el altercado que originó el enfrentamiento para concluir que: “suponer que nunca existió ni siquiera en

la mente del ahora acusado la posibilidad de que se representara como posible que al sacar su arma de fuego esta se usara para poner fin a una vida es hilar muy delgado, y aunque admitiéramos esto dado lo repentino de los hechos, el que posteriormente volviera y disparara, permite concluir que la intencionalidad iba más allá, y el resultado muerte era fácilmente previsible y cognoscible y por lo mismo si se ejecutaba, querido...”.

El cargo no prospera.

Segundo y tercer cargo (subsidiarios): Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de identidad y falso raciocinio

La inconformidad del censor radica en la declaración de responsabilidad penal de su representado por el homicidio en la modalidad de tentativa, cuando en su criterio, se imponía una decisión absolutoria por encontrarse su obrar ajustado a derecho.

Para el fin anterior postula en cargos separados la violación indirecta de la ley sustancial por un yerro fáctico motivado tanto en un falso juicio de identidad, como en un falso raciocinio, sin embargo, como quiera que ambos reproches responden a dos matices de una misma pretensión y fundamentación, resulta aconsejable su análisis de manera conjunta.

El defensor parte de la base que dada la agresión inminente y contraria al ordenamiento jurídico por parte de la víctima, el procesado debió intervenir en defensa de la vida de su trabajador JOSÉ LEONIDAS NARANJO GÓMEZ accionando el revólver con los disparos estrictamente necesarios para neutralizar tal ataque.

Resulta vano el esfuerzo del demandante para edificar la existencia de un ataque inminente contra uno de los trabajadores de su defendido, pues como lo señala la Procuradora Delegada, busca sólo la eficacia probatoria del dicho acomodaticio de los

testigos de descargos para presentar otra apreciación diferente a la del fallador.

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

En la valoración probatoria del ad quem ninguna contradicción se presenta al estar acreditada la configuración de una reyerta ocasionada por el reclamo hecho hacia la víctima para que cancelara los daños que le había causado a una motocicleta de la empresa "Alarmas Mundiales Ltda" de la cual el procesado era socio, de ahí que al presentarse el ánimo común entre los combatientes de causar daño, con posterioridad intervino aquél al accionar su revólver, como se concluyó judicialmente, "decidió libre, conciente y voluntariamente participar de dicho acto de agresión que necesariamente excluya la posibilidad de hablar de LEGITIMA DEFENSA".

Y si bien el juez de primer grado admitió que la víctima apuntó inicialmente el arma de fuego que portaba contra JOSÉ LEONIDAS NARANJO, quien trabajaba para el enjuiciado, el Tribunal consideró que ninguna incidencia tenía para estructurar la defensa objetiva de un tercero por tratarse de un suceso acaecido en medio de una reyerta, pero descartó esa versión de mediar una agresión inicial por parte de GALLEGOS OSORIO por no

ofrecer credibilidad: “pues no es lógico que si le apuntaba con el arma de fuego a José Leonidas Naranjo no hubiera disparado cuando fue atacado, máxime si se tiene en cuenta que dio muestras de que no era una persona pusilánime, sino de armas tomar”.

La Sala tampoco encuentra contradictorio el análisis judicial relacionado con que una reyerta puede desarrollarse en diferentes momentos sin que sea necesario que en todas sus fases participen todos los intervinientes, aquí se estableció que inicialmente los ánimos estaban exaltados ante el reclamo hecho por el procesado a la víctima para la cancelación de los perjuicios de la motocicleta, razón por la que se produjo un intercambio de empujones con JOSÉ LEONIDAS NARANJO y en un segundo momento ya en el fragor de la riña intervino el procesado al accionar en varias ocasiones su arma de fuego en contra de la humanidad de GALLEGO.

Es cierto que en principio en la riña aceptada mutua y libremente no opera la justificante, porque ante el acuerdo de manera coetánea empieza el ataque y no se responde así a una agresión, sin embargo, no toda reyerta impide la estructuración de la defensa necesaria, puede ocurrir que la forzosamente aceptada venga precedida de una agresión o que una vez tranzada, uno de los sujetos ejecute una acción desproporcionada.

La nota diferenciadora entre la riña y la legítima defensa no es el embate mutuo, juega papel fundamental el aspecto subjetivo de los intervinientes. En aquella prima la voluntad común de causarse daño, en tanto que en ésta se responde a una agresión ajena, injusta, actual o inminente sin que se la haya provocado o propiciado.

Pero fue precisamente la configuración de una riña consentida la que avaló el Tribunal destacando que el ataque provino del enjuiciado, de ahí que no se tratara de la necesidad de defender un derecho ajeno contra injusta agresión que legitimara la conducta atentatoria contra el bien jurídico de la vida de GALLEGO OSORIO. Para ello no le

otorgó crédito a las declaraciones de descargos que referían que la víctima exhibió previamente un arma de fuego, como ya se resaltó, sin que la desestimación de unas pruebas y el crédito otorgado a otras pueda significar la tergiversación fáctica del caudal probatorio, pues simplemente responde a los criterios de apreciación sustentados en la sana crítica que permitieron analizar las variables relacionadas con la fiabilidad de los dichos de JOSÉ LEONIDAS NARANJO GÓMEZ y JOSÉ ALEXANDER OLAYA ACEVEDO dada su relación de dependencia con el enjuiciado, como quiera que eran sus trabajadores, pero principalmente porque la coherencia de sus relatos “resulta no ser más que un libreto aprendido como en las películas de vaqueros.

La Sala concluye que lejos de toda evidencia probatoria, busca el censor la justificación por el interés superior del sindicato de salvar la vida de JOSÉ LEONIDAS NARANJO como respuesta a la agresión injusta, actual o inminente por parte de GALLEGOS OSORIO, pues se insiste, la razón fundamental para que judicialmente se descartara la licitud de su actuar fue el acaecimiento de una riña querida y propiciada en forma voluntaria por el procesado y sus acompañantes, con la víctima, máxime el incidente anterior de la causación de daños a la moto y las evasivas del responsable para sufragarlos.

Sobre este último aspecto, luego de que en su declaración GALLEGOS OSORIO aclarara que en el percance automovilístico acaecido días antes de los hechos, él se hizo responsable de los daños ocasionados a la motocicleta pese a que fueron causados por otra persona que conducía el automóvil en el que se movilizaba, detalla que tras varias citas que no pudo cumplir “en el restaurante los Delfines me dijeron que ese señor había llamado varias veces berraco preguntando por mí hasta que una vez llamó entonces me dijo que como íbamos a cuadrar y que o si no para él tomar otras medidas, yo le respondí que lo que quisiera.....él llegó acompañado de otros dos tipos, yo me encontraba comiendo, entonces cuando fui a salir un amigo me dijo que esos tipos andaban armados...” y agrega que él llevaba un revólver, lo echó dentro de la camisa y cuando

salió, inicialmente MORALES OSPINA lo trató mal y luego uno de los que lo acompañaban se le abalanzó, a lo que él también respondió al empujarlo, situación que revela diáfananamente, de una parte, que la víctima no alcanzó a esgrimir el arma de fuego y de otra, que la actitud del inculcado y sus trabajadores fue la de enfrentar a GALLEGO OSORIO por las evasivas que les había dado para reparar los daños de la motocicleta, sin que tampoco este problema anterior sirva de pretexto para sustentar la legítima defensa como justificación de la conducta.

Finalmente, el antagonismo que denuncia el libelista basado en que el Tribunal no objetó los testimonios de ALEXANDER OLAYA y LEONIDAS NARANJO y dio por ciertas sus aseveraciones al punto que revocó la orden del juez de primer grado de compulsar copias para investigarlos por falso testimonio y sin embargo no les dio credibilidad cuando afirmaron que vieron a la víctima esgrimir una arma de fuego, surge claro que la orden del juez de compulsar copias obedeció a dos circunstancias: la primera porque eventualmente los dos testigos podían estar involucrados en el delito contra la vida ante los varios disparos que recibió la víctima, pues se hablaba inicialmente de cinco detonaciones y se sabía que uno de ellos también estaba armado, sólo que por el número de vainillas encontradas en el arma del procesado y las heridas recibidas por GALLEGO se concluyó que sólo fueron tres los disparos que recibió todos provenientes del arma de aquél, siendo innecesaria, por ende, la investigación por separado, y la segunda, relacionada con investigarlos por el probable delito de falso testimonio también resultaba sin sentido ya que el juez de primer grado había admitido la agresión de la víctima hacia NARANJO, precisamente lo que referían los atestantes, sólo que tal postura no encontró soporte racional en la valoración del Tribunal.

Vista entonces la realidad contenida en el fallo impugnado, ha de concluirse que carecen de razón los planteamientos del defensor, y por consiguiente, las censuras están llamadas a su desestimación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar el fallo por razón de los cargos formulado por el defensor de PEDRO PASCUAL MORALES OSPINA.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUÍS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cinco años después, el 24 de noviembre de 2005, CARLOS MARIO GALLEGOS OSORIO

falleció, pero el médico que le practicó la necropsia determinó que no había relación de causalidad con las heridas recibidas el 19 de junio de 2000, toda vez que el shock séptico que ocasionó su muerte sobrevino por el inadecuado y negligente manejo del paciente, además del lamentable estado de desnutrición y abandono que presentaba, razón por la cual se ordenó compulsar copias para investigar a las personas encargadas de su cuidado.