

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LA ESTRUCTURACIÓN DIFERENCIAL DE LA LEGÍTIMA DEFENSA Y DEL ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. PENA. Ira e intenso dolor. Concepto y características

“En el estado actual de la jurisprudencia, el veredicto con limitación literal bien podría servir de base para atemperar la responsabilidad en los términos previstos por el artículos 60 del Código Penal”.

.....

“Procede ahora a la Sala a resolver, con base en los criterios expuestos, si esta respuesta implica el reconocimiento de la atenuante punitiva prevista en el artículo 60 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

“Ira e intenso dolor. El que cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición”.

“De la conformidad con lo transcrito, para que la aminorante se configure es necesaria la concurrencia de varios requisitos: a) Un comportamiento grave e injusto de la víctima del hecho delictivo; b) Que el autor del ilícito, al momento de realizarlo, se encuentre en estado de ira o de intenso dolor; y, c) Que medie una relación de causalidad entre el comportamiento de la víctima y la reacción emocional del agente, es decir, que esta última sea consecuencia del primero.

“El veredicto pronunciado en esta causa, evidentemente que en su tenor literal no contiene todos los elementos acabados de mencionar. Únicamente reconoce que el procesado actuó en “estado de ira o de intenso dolor”, pero nada dice sobre la causa de este emocional estado, que es en realidad, lo que justifica la atenuación punitiva. Con razón se ha

dicho, como se asevera en el fallo recurrido, que no son la ira ni el dolor intenso los que ameritan la disminuyente encomenda, sino el comportamiento injusto y grave de la víctima que lo provoca. Este aporte causal suyo, injustificado, es el que sirve de sustento y justifica la atenuación de la pena.

“Pero en el estado actual de la jurisprudencia, el veredicto en examen, no obstante su limitación literal, bien podría servir de base para atemperar la responsabilidad en los términos previstos por el artículo 60 del Código Penal, si no quedara duda de que ésta fue la voluntad del juri, consultando al efecto las alegaciones de los diversos sujetos procesales y los elementos de juicio incorporados a la investigación.

“En el presente caso, la prueba aportada al proceso señala de manera inequívoca que por parte de la occisa jamás existió un comportamiento que injustamente, hubiera desencadenado la violenta acción de... Por el contrario, ella demuestra que fue él quien ofendió a su víctima, irrespetándola y sometiéndola a un trato que a pesar de su oficio tenía pleno derecho a rechazar. Cuando... protestó por los desmanes lujuriosos del procesado, para lo cual no se valió de medios ofensivos o insultantes, no actuó en forma ilegítima; se limitó a protestar con justicia, algo que no tenía que soportar. Así lo indican quienes fueron testigos de su muerte (...; y...). Pero es que ni siquiera el procesado afirma que actuó motivado por la ira; en su indagatoria expresó que accionó su revólver por la necesidad de defenderse y no por el impulso de la ira o del dolor intenso: “Ella me fue a apuñalar y yo de ahí vi que tenía con que defenderme y le hice un tiro” (fl. 26), y a pesar de que sostiene que recibió un trato soez de la interfecta, insiste en que el móvil de su acción fue la defensa: “Yo le monté el brazo, abrazarla a los hombros, ella sacó la puñalita con la mano derecha, ella me iba a lanzar yo me asuste inmediatamente saqué el revólver y ocasioné un disparo yo la largué” (fl. 27). Igual fue su versión ante el jurado: “Vi a una muchacha fui y le eché el brazo por encima y por eso me trató mal, me insultó ...al momento de ir a tocarla o de acariciarla, me trató con grosería ... y sacó un arma del seno para agredirme entonces yo me asusté porque estaba solo ...”(fl. 278).

“En consonancia con la versión del procesado, tanto su defensor como el vocero insistieron durante la audiencia en la legítima defensa por aquél planteada. Es verdad que ambos hablaron de la “ira y el intenso dolor”, pero según las actas nunca sostuvieron, ni mucho menos demostraron,

que esta emoción tuviera por causa un comportamiento injusto de la occisa. El vocero pidió que se negara la responsabilidad de..., y su defensor coadyuvó esta petición, aunque subsidiariamente solicitó se le reconociera “la ira y el intenso dolor” (fls. 277 a 292). El jurado aceptó esta última veridicción, pero como ya se demostró, ella de ninguna manera implica el reconocimiento de la atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal, porque ni fue técnicamente pedida y explicada, ni mucho menos encuentra asidero probatorio.

“Todo indica, pues, que al pronunciar su veredicto el jurado jamás tuvo la intención de reconocer la atenuante de pena reglamentada en el artículo 60 del Código Penal, porque ni había prueba que permitiera calificar de injusta la reacción legítima de la occisa, ni tampoco los encargados de la defensa de ... intentaron demostrarlo.

“Por todo lo expuesto, hay que concluir por afirmar que la sentencia acusada sí está de acuerdo con el veredicto emitido, y por tanto el cargo se rechazará. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Acta No. 35, 20-05-87, Gaceta Judicial No. 2428, t. CLXXXIX, p. 473).

COMENTARIOS

Aclara la anterior providencia que no basta que el agente actúe en la situación subjetiva de ira e intenso dolor, hace falta adicionalmente que se haya presentado un comportamiento ajeno grave e injusto (de acuerdo con el artículo 60 del Código de 1980) y que entre lo uno y lo otro se presente una estricta relación de causalidad. La norma se conserva en el nuevo Estatuto sustancial (Ley 599 de 2000) con todos sus aspectos esenciales, presentado como cambio en este tema, la sustitución de la expresión “injusto” por “injustificado”, respecto del comportamiento causante de la situación anímica en el agente; la nueva redacción tiene un significado mas concreto en cuanto tal acción debe ser contraria a derecho, sin asidero legal, sin ningún componenete jurídico de permisión o autorización por parte del Ordenamiento, sea este penal o extrapenal.

Pero la Corte adiciona un elemento no incluido expresamente en la norma: que el comportamiento grave e injuto haya sido realizado por la “víctima del hecho delictivo”, vale decir que si se ha tratado de una acción proiveniente de un tercero o de circunstancias extrañas, no podría

alegarse la atenuante; lo segundo es perfectamente claro, pero lo primero puede prestarse a confucione, pues el comportamiento grave e injustificado puede provenir de un tercero en nultitud de hipótesis fácticas y mantenerse inalterada la relación de causalidad, lo que nos lleva a concluir que esta es el elemento trascendental para la configuración de la minorante; si el nexa está presente en juicio probatorio estricto, no interesa que el comportamiento no provenga directamente del sujeto pasivo de la conducta punible realizada.

TEMA II. IRA E INTENSO DOLOR. LEGITIMA DEFENSA. DIFERENCIACIÓN.

“No resulta posible dentro del marco del recurso de casación la operancia en un mismo plano jurídico, de la legitima defensa, el exceso de la misma, o la ira que permita su alegación conjunta y subsidiaria”.

.....

“Como fácilmente puede advertirse de la sola apreciación de conjunto del libelo, incurre el casacionista en tales desaciertos de orden técnico en su elaboración que desde ya cabe señalar el fracaso de la impugnación.

“No sólo omite indicar con la precisión requerida la vía por medio de la cual se llega a la violación de la ley sustancial en que enmarca la censura al fallo, como era su deber, sino que de manera indistinta transita de la violación indirecta a la directa para arribar a la proposición subsidiaria de correctivos que, por naturaleza y alcances, lógicamente no pueden tener por sustento el tipo de argumento desarrollado.

“A lo anterior, pertinente es agregar que en la demostración del denominado “error de apreciación de los hechos”, en el cual se acomete crítica al sentenciador en la apreciación probatoria, es tan ostensible el desconocimiento de los parámetros metodológicos impuestos para tal labor en el campo del recurso extraordinario de casación, que no se trasciende de la simple apreciación personal del recurrente de cómo han debido ser estimadas las pruebas, sin que de allí derive la comprobación de errores manifiestos.

“En efecto; con fundamento en el cuestionamiento probatorio que viene de señalarse, y en razón a que no se indica si la violación a la ley sustancial denunciada es por vía directa o indirecta, débese admitir que el recurrente a escogido esta última y, por lo mismo que esa es la dirección de su ataque al fallo. No obstante, como lo hace notar el Procurador, lo desplaza al campo de las consideraciones puramente jurídicas, destacando que el sentenciador de segundo grado reconoció la ira e intenso dolor en los procesados, pero negó las consecuencias punitivas que ello comportaba.

“Por supuesto, esto equivale a una impertinente mezcla de alegaciones propias de la demostración de violación directa, con la crítica probatoria sostenida a lo largo de la demanda como fundamento de la violación invocada, pues como ha sido sostenido para ello es imperativo aceptar los hechos como fueron demostrados en la sentencia.

“En el mismo sentido, términase incurriendo en propuestas incompatibles apoyadas en la crítica a la apreciación probatoria hecha en la sentencia. Conforme con ella, espera el casacionista que el fallo sea quebrado para el reconocimiento de que el procesado ... obró en legítima defensa, en exceso, o en ira e intenso dolor, sin considerar que si bien estos tres fenómenos pueden tener elementos comunes, difieren sustancialmente haciendo que sus consecuencias sean diversas de cara a los efectos del recurso. Por eso, una misma alegación no puede tener como resultado el reconocimiento subsidiario de los institutos en mención como lo propone el recurrente.

“Ciertamente, como lo destaca la Delegada, no resulta posible dentro del marco del recurso de casación la operancia en un mismo plano jurídico de la legítima defensa, el exceso de la misma, o la ira que permita su alegación conjunta y subsidiaria. Ello entraña contradicción, pues en relación con el primer fenómeno la alegación de los errores de apreciación de las pruebas desemboca en petición de absolución, mientras que en cuanto se refiere a los dos restantes, en reconocimiento de la responsabilidad, aunque atemperada. Esto obviamente, no puede ser de manera simultánea como se plantea, pues los errores denunciados no podrían tener el mismo significado que determinara tal gama de correctivos, los cuales, como ya se observó, poseen naturaleza y alcances distintos.

“Evidentemente, si bien la legítima defensa, su exceso y la ira se fundamentan en un comportamiento ajeno e injusto que motiva la reacción, esta última opera de manera diversa. En la legítima defensa para oponerse al daño que está por producirse o contener en sus finales efectos destructores el que se está produciendo de manera necesaria y proporcionada; en el exceso, esa reacción inicialmente justificada, se intensifica de modo no necesario llevándola a efectos injustos y en la ira, ella se produce cuando el daño ya ha sido causado. Esto explica, entonces, por qué el legislador en cada uno de estos eventos ha previsto consecuencias diversas: justificando el hecho en el primero y, por tanto, excusando la responsabilidad; mientras en los otros apenas la aminora.

“Por eso mismo, su alegación en casación no puede ser simultánea en un solo cargo, como aquí se hace. Al así proceder el recurrente falta a la lógica del recurso y, por su puesto, el resultado no puede ser otro que su rechazo.

“Pero, como anteriormente fuera puesto de presente, no se agotan aquí los yerros que ofrece la demanda. Ellos son igualmente evidentes en la demostración de los diversos errores en que se dice incurrió el sentenciador en la labor de apreciación de la prueba como determinante de la violación de la ley sustancial denunciada.

“La característica general del planteamiento del censor, al respecto, es la de oponer su personal criterio al del tribunal en punto a cómo debían ser valoradas las pruebas, lo cual conduce a que quede sin demostración los yerros alegados. Por eso, sin indicar el tipo de error al cual se acoge en su labor, emprende crítica contra la apreciación de los medios sustentatorios del fallo, mucho más acorde con alegaciones de instancia que con el recurso de casación.

“Así, cuestiona el mérito otorgado a los testimonios de ... y..., dentro de lo que correspondería a un falso juicio de convicción por habersele dado credibilidad sin considerar la relación de parentesco con la víctima, las condiciones de percepción y las contradicciones en que incurren, olvidando que este tipo de error no es posible alegarlo en tratándose de prueba testimonial por cuanto su valoración no está establecida en la ley por modo tarifado, sino que ella ha sido liberada a la estimación razonada por el juez. Luego, si esa valoración deviene de factores extranormativos, como ha sido sostenido por la jurisprudencia, no puede el juez caer en violaciones de ley al determinarla. Por lo mismo, improcedente resulta su

alegación, debiéndose desestimar aquella que en tal sentido sea propuesta, como aquí ocurre.

“Desacierta así mismo el impugnante en su empeño por demostrar errores de hecho por falso juicio de existencia e identidad, fundados en la no apreciación de la indagatoria del procesado ... y en la distorsión del sentido de las declaraciones de ... , ... , ... y Ese desacierto se concreta al hacer planteamiento no correspondiente al tipo de error enunciado, pues en él vuelve sobre la credibilidad otorgada a los testigos en crítica típica de error de derecho por falso juicio de convicción, improcedente como ya fuera destacado, con lo cual conduce la censura a la improsperidad.

“De esta manera, en la acusación de que el Tribunal no apreció el episodio del enfrentamiento en la tienda de la declarante, claro es que no se establece si el reproche del recurrente radica en esto, en el otorgamiento de credibilidad a ... y ... a pesar, según su criterio, de la parcialización y carácter de testigos sospechosos y tachables, o en la estimación de las declaraciones de ... y

“Con el mismo criterio, aborda la demostración de la no consideración a la versión del procesado. Aquí, no sólo vuelve a los predios del falso juicio de convicción, sino que por medio de personales deducciones arriba a la conclusión que ha debido reconocerse la posesión de un cuchillo en poder de la víctima. Tal manera de argumentar, es extraña al falso juicio de existencia, con lo cual se denota, una vez más, la falta de pericia en el ejercicio del recurso.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 35, 29-05-91, t. CCXI, p. 487).

COMENTARIOS

Un primer elemento diferenciador general entre los dos institutos, que si bien poseen elementos materiales comunes, es que el estado subjetivo de ira e intenso dolor, debe haber conformado un conducta típica, antijurídica y culpable pues tan solo constituye una circunstancia especial de atenuación punitiva en razón de que manifiesta un menor grado de culpabilidad y por ende de reprochabilidad y exigibilidad. Con lo anterior el juicio de antijuridicidad ya sea entendida como contradicción hecho-norma (aspecto formal) y como violación o puesta en peligro del bien penalmente tutelado (aspecto material, debe haberse

consolidado. La mismo tiempo no debe observarse desde el ángulo negativo de la antijuridicidad la presencia de alguna justificante (artículo 29 C.P. de 1980), incorporadas genéricamente dentro de las causas de “ausencia de responsabilidad” en código de 2000, en razón a las diferencias que dentro de la doctrina dogmática se han fraguado en relación con su ubicación sistémica.

Pues bien, quien ejecute hecho punible en estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno, grave e injusto o “injustificado”, tendrá derecho a la diminuyente punitiva, en los topes consagrado en la legislación. (arts. 60 C.P. de 1980 y 57 C.P. de 2000). En el código de 1936 se preveía que la ira o el intenso dolor debían ser causados por “injusta provocación”, expresión que se consideró ambigua y antitécnica; las posteriores redacciones comprenden en forma mas clara la verdadera naturaleza de esta causal de atenuación.

Aunque en materia psicológica los conceptos ira e intenso dolor tienen caracteres diferenciadores, la doctrina penal los considera equivalentes. La ira es irritación, enfado, arrebató de tal magnitud e intensidad, que lleva a una disminución importante del control sobre si mismo, mas no a su total eliminación y despierta o desencadena reacciones que pueden conducir a la comisión de un hecho punible. El dolores aquel sentimiento aflictivo de las potencias afectivas; sensación de pesar o padecimiento, que debe ser de una magnitud que disminuya pero no suprima la voluntariedad del actuar.

En segundo lugar, no obstante la cercanía material del estado emocional con la legítima defensa, a tal punto que en múltiples supuestos fácticos, el análisis probatorio se torna dramático entorno a la presencia de una u otra figura y es recurrente la estrategia defensiva de alegar en primer término la justificante, para solo si fracasa esta enfilear los alegatos hacia la diminuyente, debe observarse que la legítima defensa hay un derecho amenazado y una autorización del ordenamiento para la reacción defensiva, la cual está impuesta por la naturaleza en la mente y conciencia del hombre, y se manifiesta en una serie de movimientos instintivos de conservación y reflejos de defensa, que se convierten en facultad natural de todo ser humano. Por lo anterior la doctrina tradicional ubica la legítima defensa dentro de los más originarios derechos naturales, anterior a toda ley positiva. Con lo anterior en la ira y el dolor la afectación de determinados bienes como la autoestima o el

honor, ya se ha producido y tiene reflejo sobre las emociones del agente, pero otro género de intereses de mayor prevalencia no se encuentran en un peligro actual e inminente o su defensa puede encontrar caminos diferentes a la reacción; vale decir entonces que en la ira algunos derechos pueden estar ya violentados, por lo que el Ordenamiento no puede autorizar su defensa

De otra parte el derecho a la defensa es considerado el más representativa de los justificantes, se le califica como la "justificación por excelencia"; es institución jurídica con fundamento ontológico, en cuanto reconocida y desarrollada por el hombre. Surge de necesidades personales y colectivas. No es un derecho innato. Es una garantía institucional de universal acatamiento, que no existe sino en la medida y bajo las condiciones previstas en cada ordenamiento jurídico. Tiene la característica de ser una facultad jurídica fundada en la necesidad de repeler, mediante contra-ataque, de un bien jurídico propio o ajeno, puesto en actual e inminente peligro por injusta agresión de otro, siempre que la reacción sea proporcionada a la agresión. Es una acción reflectiva y proporcionada frente a una agresión actual o inminente, y siempre antijurídica. Es la repulsa a una agresión ilegítima, actual o inminente, por el agredido o un tercero, contra el agresor, dentro de los límites de la defensa y con proporcionalidad de los medios empleados para el rechazo.

TEMA III. PENA. Ira e intenso dolor. Valoración probatoria.
“Cuando la investigación recoge abundante y grave prueba sobre la diminuyente que consagra el artículo 60 del Código Penal, el juzgador debe esmerarse en la confrontación de ese sustancial aspecto, para reconocerlo o extrañarlo”.

.....

“Antes de apuntar una estimación sobre la cuestión debatida conviene hacer una breve reflexión sobre ciertas peculiaridades de la forma de administración de justicia, en casos de esta dolorosa índole. Estos delitos-tragedia, en donde lejos de advertirse la maldad refinada que sacude hoy día a nuestra sociedad, en donde el lucro se ha erigido en principio y razón de ser de la existencia y a él se sacrifica toda otra consideración, empleándose al efecto los más devastadores medios que puedan arbitrarse, antaño eran mirados como tales y estremecían la conciencia del

fallador para encontrar fórmulas jurídicas exactas que reflejaran esta forma del padecer humano y del conflicto de los sentimientos. Porque, ciertamente, las relaciones que entran en juego se trenzan con tal complejidad y compendian tan disímiles afectos que es imposible llegar a sacrificar uno de ellos por simple capricho, o por simple deseo de imponer una voluntad o una forma de vida, o por torpeza, o por malformación familiar o cultural. Estos son escalofriantes aramas, que no logran adecuar una solución, pues se oscila entre dejar pasar por alto todas las ofensas y atropellos, ambientando así su reiteración y acrecimiento, o tomar partido por una acción violenta en donde, como en el caso en estudio, la procesada sacrifica al padre de sus nietos, sembrando en éstos todo el dolor que puede darse en unos niños que ven atónitos cómo se ultima a su padre y recordarán siempre esa escena de pavora. Es el sentimiento herido de una madre que, consternada, presencia impotente el maltrato de su hija, la avería del mundo apacible de sus nietos y la ausencia y hasta pérdida de aquélla y de éstos. Es, la insufrible situación del suegro, que si se inhibe es un cobarde, un insensible, que deja despedazar a su esposa, a su hija, a sus nietos, pero si asume un papel beligerante, imposibilita más la reconducción de las relaciones y destroza a éstos, a su padre y al cónyuge de su propia hija. Qué hacer, en este turbión de horror, en donde los remedios a la mano (comprensión, tolerancia, amor, conciliación, halago, alejamiento, reproches, intervención de terceros o de autoridades, etc.), se exhiben como fallidos y, además, recrudecen la discordia? Nadie acierta, así esté ajeno a esa turbulencia, con el remedio, o con la fórmula relativamente eficaz. La naturaleza humana, que odia más fuertemente cuando ha amado, no responde a patrones lógicos ni a patrones tradicionales. Las alternativas, en mentes consumidas por la crisis espiritual, se muestran esquivas e igualmente aniquilantes: Malvivir postrado víctima de la humillación y el miedo que inexorablemente socava el ansia de vivir y remite paulatinamente a la muerte, o se sucumbe al estímulo de las pasiones, ahogándose todo brote de cordura y entrándose en el juego feral del todo por el todo. El nudo no se ha desatado. Se ha cortado, con sus secuelas de muerte, de destrucción múltiple e instantánea de hogares, del surgimiento del lacerante proceso penal y de reclusión intensa.

“Antaño, sin contagiarse de libérrimas absoluciones ni tampoco de excepcionales durezas, ajenas unas y otras a la verdad social, jurídica y psicológica del asunto y de las personas, se escrutaban soluciones ecuanímes, proporcionadas, sabias y de gran temperancia. Se hacía

justicia a la insensatez de todas las conductas envueltas en esta borrasca de los sentimientos. Por lo mismo que se era implacable con la delincuencia llamada peligrosa o terrible y había posibilidades de descubrirla, enfrentarla y reducirla, se podía ser racionalmente piadoso y equitativamente misericordioso, con esta clase de delincuentes pasionales, perturbadores sí del orden social, pero no destructores del mismo. Hogaño, la hiperestesia del delito desbordado, que no desconoce ninguna forma delincencial y a todas las troca en algo monstruoso y constante, ante la imposibilidad de dar con todos sus autores, reducirlos a prisión y reordenarlos mediante justas sanciones, se descarga todo el furor represivo sobre delincuentes como ... , que, para cualquiera técnico o lego en esta materia, ocupan los niveles más benignos de la criminalidad.

“El drama siempre será el mismo. Ahora se desarrolla entre suegra y yerno, pero pudo ser a la inversa, o entre esposa y esposo, o entre hijo o padre, o entre amantes... y en fin, para cada forma de amor, una manera de duelo. Su límite es la vida, o mejor la imaginación de la vida.

“El demandante destaca:

“a) ... se exhibe como el provocador grave e injusto, por su forma de vida familiar, respecto de su esposa y de los padres de ésta;

“b) La hora y la forma como se presenta... a la casa de sus padres, el 30 de mayo de 1989, y su aterrorizada actitud de no querer abandonar el apartamento de éstos, origina un nuevo choque entre ... y su suegra ... , con las consecuencias ya relacionadas;

“c) Recuerda el concepto del Fiscal del Tribunal, cuando conceptuó sobre la medida de aseguramiento impuesta a ... ,en el cual señaló: “Lo único que hasta el presente se vislumbra con claridad es el estado de ira “;

“d) Puntualiza, como ya se dejó visto, un error de hecho manifiesto sobre la apreciación de la prueba. Brota como algo incuestionable el volumen probatorio ignorado por el Tribunal (falso juicio de existencia), el mismo que constituye a ... como autor de un comportamiento reiterado de grave e injusta provocación, el cual tuvo su definitivo desenlace el día del final encuentro con ...;

“e) Como prueba ignorada que diera lugar a suprimir la comentada diminuyente, el censor cita las constancias de folios 4, 15, 383, los testimonios de ... , folio 398, aunque se prescinde de su segundo apellido, ...-fl. 125-, ... -fl. 8--, una manifestación de la procesada -fl. 424- y la declaración del Mayor Todo este conjunto probatorio destaca nítidamente el continuado mal obrar, en palabras, actitudes y hechos, de ..., su gravedad e injusticia, suficientes para alterar el ánimo de una madre y, desencadenar una violenta reacción, al advertir, como ocurrió la noche de 30 de mayo de 1989, que no había enmienda ni el abuso se contenía.

“Y ciertamente que casi todos estos fundamentales aspectos probatorios, no se mencionan específicamente en la sentencia y menos, por el falso juicio de existencia, se comentan. Hay apenas una ligera referencia a lo que demostraban con amplitud las constancias de folios 4, 15, y 383 (la solicitud de protección estatal ante el injusto y grave comportamiento de ...) y que consistió en restarles transcendencia porque las ofendidas con ese maltrato de palabra y de obra, no persistieron en la acción penal o policiva y “perdonaron” la conducta.

“La entidad de estos elementos de convicción echados de menos por el recurrente en el fallo que impugna, así como la pobreza argumentativa que a la ligera consignó en su fallo el Tribunal para un aspecto decisivo de la cuestión, constituye una innegable realidad. El que no se deje llevar por la sola impresión de la violencia de las finales acciones, sobre los cuales la Sala también expondrá sus puntos de vista, debe ceder antela contundencia de estos elementos de convicción que favorecen a la sentenciada y que imponían el reconocimiento del estado emocional. Por sí solos proyectan una información nítida sobre los motivos verdaderos de ese punible comportamiento y es difícil argumentar en contra de su importancia y repercusión. El análisis en contrario, pero dispuesto de manera ordenada, sería, transcendente no habría borrado por entero la significación de esos indicados medios de persuasión pero sí dificultado la procedencia del ataque en casación. Mas dándole como hecho irrefutable la omisión que denuncia el impugnador y la obvia importancia que tiene lo omitido en la valoración adecuada de lo sucedido y de sus protagonistas, y ante la carencia de razonables argumentos en contrario, porque esta es otra verdad de apuño, pues la sentencia se muestra en este punto criticable por lo deficiente, no hay más alternativa de admitir el planteamiento del casacionista.

“Verificadas las omisiones que originan el falso juicio de existencia, la Sala se ve autorizada para profundizar un poco más en el asunto y explicar unas explicaciones que bien pudo consignar el recurrente pero cuya privación no restan mérito a sus alegaciones y sólo complementan su punto de vista, tratamiento que debe ofrecer la Sala porque ya colocado en el terreno del Juez de casación, puede y debe ahondar en glosas propias sobre defectos de la sentencia. Lo esencial y a cargo del recurrente, se satisfizo y por eso la admisión de sus objeciones.

“Que la demanda pudo ofrecer una más completa composición, es apreciación no repudiable del todo; pero, a expensas de su extrema bondad, o de reiterar precisiones evidentes y fácilmente deducibles de sus enunciados, no es dable desechar lo básicamente cumplido, muy acorde con lo que la ley manda para esta clase de pretensiones. Por eso la Sala encuentra, en sus requisitos de esencia, idónea la demanda presentada y le da, además, el crédito de su prosperidad.

“El tribunal, en orden a negar la procedencia de un estado emocional como propio a una atenuación de pena, dijo: “...Prohijando dicha tesis de la señorita Fiscal colaboradora, considera la Sala que en el instante mismo de los hechos, y antes, no desencadenó la víctima ninguna provocación grave e injusta, su propósito era inequívoco y sano, iba por su vástago como lo aseveran los testigos ... y ... , cuando oían las voces del ofendido reclamándolo, desesperado quería llevárselo porque estaba enfermo. Es aquí donde racionalmente se debe escrutar ese proceso comportamental de la víctima, para sopesar si provocó o irritó el estado de ánimo de la procesada, pero vemos que la misma señora ... descarta tajantemente una provocación por parte de la víctima, que su conducta no comportó una alteración de ánimo o conmoción síquica para acometer a su yerno, a quien quería entrañablemente según sus propias palabras y admiraba como marido; por algo aconsejaba a su hija que no ‘siquiera dándole motivos a ... para que él no se enojara más’ (cfr. fl. 418); por eso, descartando toda provocación por parte del ofendido, porque albergaba un mejoramiento de las relaciones conyugales, según la propia acusada, no se detiene en rememorar actuaciones o conflictos pretéritos, que ya habían sido superados porque eran ‘simples problemas familiares’ como lo reconocen los suegros de la víctima al desistir de una querrela instaurada en su contra; pero a pesar de ser condonado todo esto, ese amor fraternal continuaba siendo lastimado por las relaciones extramatrimoniales de su yerno con otra dama, como retaliación a lo que él creía era una infidelidad

por parte de su esposa (según referencia que hace el doctor ...). Este comportamiento del doctor ..., a pesar de lo insondable que es el aspecto subjetivo para desentrañar la motivación de una conducta, es lo que constituye el móvil para haber acometido la procesada a su yerno, este antecedente así concebido, a no dudarlo sirvió para que entre hija y madre hicieran ir a la víctima para acometerla injustamente, como realmente sucedió. Este aserto tiene mucho de cierto para la sala, porque el doctor ... tuvo que suspender el turno en la clínica donde ejercía como ortopedista, para atender un llamado de su esposa de que su hijo menor lo requería en casa de los suegros; un comportamiento así concebido, descarta el reconocimiento de la aminorante del artículo 60 del Código Penal, a voces de esta concepción doctrinaria del profesor Antonio José Cancino, cuando puntualiza: 'si el Juez encuentra que a pesar de haber existido el comportamiento de tercero grave e injusto, quien reacciona lo hace con refinada frialdad, atrayendo a la víctima con halagos y demostraciones que induzcan a entregarse confiadamente en sus manos, o con artificiosas materialidades que constituyan trampas o celadas, como diría el doctor Lozano y Lozano, no podrá reconocer la existencia de la figura, pues no es el sentimiento de una relativa justa ira el que obra, sino que la perfidia, el deseo de venganza, la perversidad alimentada son factores determinantes de la reacción'."(El Delito emocional, pág. 53) -Subraya la Corte-

“Pero aquí ni siquiera que con diamantina claridad hubo un comportamiento grave e injusto de la víctima, y si se antoja que en la acusada hubo un proceder que se adecuaba a los siguientes apartes doctrinarios transcritos por la Sala, no puede concluirse entonces que la reacción de la señora ... fue el producto o resultado de un comportamiento grave e injusto del doctor ... , quien para la Colegiatura fue injustamente acometido. Por estas razones no precede a favor de la acusada la diminuyente consagrada en el artículo 60 del Código Penal...” – Transcripción textual -.

“El tema, que exigía otro manejo y enfoque ante las sesudas reflexiones de la defensa en el debate de audiencia pública –fls. 524 y ss.- y la sólida argumentación del fallador de primera instancia –fls. 620 y ss.- fue soslayado, se remitió a una incompleta y torpe apreciación del colaborador fiscal, y, como si esto fuera poco, a glosas superficiales, que así estuvieran más del lado de la omisión de los elementos de convicción consultables, desfiguraron su realidad y se mostraron contradictorios. Sobre esto último, la Corte destacará una obligada réplica.

“Si el expediente no abundara en variada y atendible información sobre el comportamiento matrimonial del occiso, con graves repercusiones hacia el núcleo familiar de su esposa, en especial hacia su progenitora, estaría bien que la sentencia se inclinara por conceptos ligeros y desacertados. En efecto, no asomándose como explicación de los sucesos un estado de ira o de pasión excusable, no había porqué abundar en razonamientos para desechar una circunstancia que no ensayaba siquiera una tímida incidencia en lo acontecido. Pero cuando la investigación recoge abundante y grave prueba sobre la disminuyente que consagra el artículo 60 del Código Penal, el juzgador debe esmerarse en la confrontación de ese sustancial aspecto, para reconocerlo o extrañarlo, so pena de que, en casación, esa actitud omisiva aparezca como susceptible de ser censurada con éxito, para obtener su enmienda.

“La tendencia del Código de Procedimiento Penal es la de procurar, en toda investigación, el total esclarecimiento de los hechos, con sus particularidades. Por eso categoriza el celo que debe acompañar al instructor, por igual, para establecer lo favorable o desfavorable al procesado, y, además, para no cejar en este empeño, así medie una confesión, pues en este caso el esfuerzo tiende a confirmarla o a desvirtuarla, a evitar que con ella se trate de encubrir la acción de otra persona, o que se procure dar un perfil diferente a lo ocurrido, o por ignorancia, falsa apreciación o temor a asumir consecuencias dañosas se procura una posición equivocada frente al real suceso o los hallazgos realizados, o, en fin, sea el producto de un factor patológico o de un error (arts. 299 ,358, 360, etc. C. de P. P.). Y si esto se dice en cuanto a la labor de instrucción, no es menos pertinente la exigencia en la fase del juzgamiento. En este ámbito, el juez tiene que enfrentar, con igual esmero y delicadeza, todo aquello que exhiba atendible respaldo probatorio.

“Pues bien, por el hecho de haber escogido la procesada un medio de defensa artificial, imperfecto o torpe, y haber concentrado sobre él todo el posible beneficio de sus pretensiones y esperanzas, no por ello los funcionarios que actuaron como investigadores o asumieron el papel de falladores de instancia, estaban exonerados de abordar con serenidad y acierto toda la problemática que insinuaba el caso. Con destacado esfuerzo crítico se enfrentó el punto de la legítima defensa y tal vez por la bondad de los análisis al menos desde la óptica escogida por el juez Superior y el Tribunal de Distrito, la defensa ha rehuído en sede de casación, toda

censura al respecto. Ha aceptado el fallo en cuanto a este fundamental aspecto. Pero no cabe decir otro tanto, como ya se advirtió, en cuanto a la diminuyente, pues la parquedad razonadora fue tan aguda y sensible (destacar la infortunada aseveración del Ministerio Público de haber “dicho con absoluta claridad la señora ... , que no la abrigó sino el temor, más no la ira” y agregar una contradictoria y supuesta posibilidad de haberse preparado la agresión) que debe concluirse más bien, en la comisión de un error manifiesto en la apreciación de la obrante al respecto, en ignorancia (falso juicio de existencia) de lo que válidamente pudo y debió estimar sobre el particular. Lo más estrujante, como realidad, era el estado emocional en que la procesada se debatía ante el cambio de vida de su hija ... y su yerno ... , que entrecruzaba sentimientos de alegría y pesar, de éxito y fracaso, de amor y repugnancia, de miedo y de inopinada valentía, etc. Esta realidad, se repite, dejó de escrutarse en debida forma y de ahí que la impugnación no se muestre ni fingida, ni supuesta, ni incompleta, ni excedida, ni irracional, ni aventurada, sino, por el contrario, muy puesta en su sitio y arraigada en las patentes demostraciones de autos. Además, es de una entidad tal y tan fácilmente apreciables sus supuestos de hecho como originantes de un transitorio colapso espiritual, que basta con su enunciación clara para admitir lo que con ello se pretende y cuál ha sido el yerro. Estas son situaciones que no requieren, como trata de enseñarlo la Delegada, reiteraciones conceptuales, juegos dialécticos de causalidad, etc., pues todo conduciría a demostrar lo palmar y evidente. Se llega a saber, con lo dicho en la demanda, en qué consistió el desacierto del Tribunal y cuál la razón del mismo.

“A la Sala le queda bien fácil despejar el asunto, ya por la ponderada solicitud del recurrente y la destacada prueba que obra en autos, ya por el juicioso estudio de la primera instancia y la inconsistente presentación del tema en el fallo recurrido, y de ahí que con breves consideraciones, ajenas a complicados o virtuosos razonamientos, podrá despachar la cuestión. Así se confirma la tesis de que, en casación, los reproches que suelen prosperar son aquellos que con sencillos enunciados, diáfanas demostraciones y una preceptiva simple, muestran el cuadro completo del tema y auspician una evaluación directa y acertada. Nadie desligado de perjuicios e intereses de parte, puede negar que la familia ..., colaborante, amorosa con ... y que siempre tuvieron buenos ojos y limpia intención para con el matrimonio de éste con Le respaldaron en la culminación de sus estudios, a uno y otro, y contribuyeron espiritual y materialmente a

que la unión tan temprana de estos jóvenes estudiantes, se mantuviera estable, exitosa y conservara unidad. Así fue durante unos ocho años. Pero, con el tiempo, el ascenso profesional del Doctor ... , y sus desvíos, aparecieron los devaneos amorosos y todo cambió. La paz se trocó en desasosiego, y llegaron los mutuos reproches e intransigencias, las evasiones del hogar el amor paralelo, y desapareció la armonía tanto entre los esposos ..., como de aquel para con sus suegros, particularmente con ..., tal vez por ser poco dúctil, por resignarse menos, por resistir a esta mudanza de vida y de afectos, por su querencia a sus nietos, o por apecharse más directamente el conflicto y demostrar su contrariedad por el trato que aquél daba a su esposa. De todo este viacrucis, y es en estas atestaciones donde brota con fuerza innegable la verdadera motivación de acto tan sobrecogedor, dan cuenta las detalladas y adoloridas narraciones de... (“...hace aproximadamente año o año y medio que se han venido presentando los problemas, estos han sido muy frecuentes y ha llegado a un estado de hostigamiento y acosamiento y acorralamiento a la hija con naturalmente reflejo a nosotros los padres, por que ella nos los manifiesta y ha venido varias veces a refugiarse en mi casa. ...él vivió en mi casa... aproximadamente ocho años. Los dos muchachitos nacieron en mi casa ... él la maltrató a ella físicamente y ella la sacó en pijama a las altas horas de la noche. ...ha sido causa de muchos maltratos que yo no los he visto pero que me los ha contado ella, físicos y mentales, tal vez los mentales son los peores, tales como yo te voy a matar ... Físicamente nos ha hecho amenazas como consta en las denuncias de violación de domicilio y mentalmente nos ha enviado o mandado decir que nos tenemos que morir y que él tiene quien nos mate y una vez envió dos sicarios o como se llame el que mata a sueldo...” -fl. 8 vto.-). ... -fls. 38 a 44 y 338 a 394-, la versión de ... -fls. 115 a 116 vto.-, las versiones de los odontólogos... -fls. 398 a 400- e ... -fls. 524 y vto.-. Y, en parte, también puede colacionarse el interesado testimonio de ...(mujer separada de cuerpos y bienes, como ella lo indica) y quien fuera el definitivo origen, en forma inmediata, por sus amores con ..., de esas graves desavenencias matrimoniales, pues no niega que “los fines de semana nos quedábamos juntos” -fls. 117 y 188-, lo cual confirma el ya citado Jurado (“...ella -...- estuvo capotiando sus problemas, ella lo que hizo fue bregar a luchar por su matrimonio...”). Igualmente cabe citar al Mayor ... -fl. 377- a quien le correspondió oír las sinceras quejas de la procesada y de su hija, y, por último, los documentos relacionados con la violación de domicilio, según queja de la desesperada ... -fls. 4, 83, a 85- y la orden de protección para evitar la repetición de malos tratos a ... -fl. 15-.

“Con antecedentes tales, cualquier funcionario se hubiera puesto en guardia para no perder de vista, en la evaluación del comportamiento de la sentenciada, esta situación como raíz verdadera y potenciada de las finales acciones de violencia. Y más hubiera sido el estado de alertamiento al advertir estas prolijas y desgarradoras informaciones, dejadas de lado, en forma casi absoluta, por la procesada. Al respecto basta ver su relato de folios 11 a 14 y el más escueto de folios 473 a 474. Si algo surge de este contraste es que la procesada, parte por haber adoptado un equivocado plan de defensa, parte por la precariedad del interrogatorio que extrañó la exploración necesaria de esta génesis, no evidenció todas sus razones y dejó huérfanas las más procedentes y válidas. Por ello no acierta el funcionario que para saber la causa impulsora de todo este obrar y toda su proyección, se limita a estudiar la posición asumida por la procesada, al momento del desenlace final, estudio que puede resultar apto para rechazar la justificante, pero abiertamente inidóneo para repudiar la cuestionada diminuyente. No está por demás, para ver algunas trazas del estado anímico de ... , aludir a este aparte de su indagatoria: “...para mi eso fue como que paso un relámpago, uno no sabe como pasan las cosas, ya cuando lo ví con ese cuchillo le disparé, no se cuántos ni como, no sé, eso para mi es una cosa contar otra cosa es estar en eso, uno no sabe ni lo que hace, tal vez por lo que yo también tenía miedo por lo que estaba amenazada por él durante un año amenazada de muerte. Eso pasó como un relámpago no sé...”

“Con acierto el Juzgado Superior, en su sentencia de primera instancia, reconoció el estado de grave e injusta provocación y analizó con cuidado las circunstancias propias a él –fls. 620 y ss.-, razones que el Tribunal no pudo refutar, pues en el tratamiento del punto, no se sabe que criticar más, si la torpeza de reducir las características de este fenómeno psicológico al momento en que se produjo la muerte de ..., para deducir que no se dio la provocación dejando de lado todo un recorrido de casi un año y medio de afrentas, hostilidades, vejámenes, malos tratos, desaires, atropellos, comportamientos matrimoniales indebidos, etc., o el mayúsculo desaguado de pretender como realidad de lo acontecido y suficiente razón para desechar la cuestionada diminuyente, el haber preordenado la agresión.

“Doble e inadmisiblemente absurdo, porque: a) El estado pasional se va conformando lenta, inexorable y acumulativamente en razón de las

continuas y persistentes ofensas. Alguien podrá pensar que no se crea un estado de descontrol anímico cuando a largos años de favores se responde al final con injustas persecuciones y con sin sabores de toda índole o que el abandono y maltrato físico de la hija es cuestión que debe recibirse con alegría, beneplácito y tranquilidad de ánimo, o será sensato olvidar la evidencia de la relación matrimonial, en ..., por una inconfirmada, aislada e inconcreta incorrección sexual de la esposa vilipendiada; y , b) Será atendible, como juicio certero y racional, que en Medellín un par de mujeres, una de ellas profesional respetable y otra, de 46 años de edad, urdan la eliminación de su esposo y yerno, que no se mostraba tan manejable, ni tan sumiso, ni de reacciones siquiera normales ----ver testimonios de ... --- fl. 132--- ..., quienes incluso dan a conocer el uso de droga en el occiso, y surja un enfrentamiento con las características del hecho comentado, y se aluda, abusivamente, a ardid o trama para eliminarlo? Y será factible esto, cuando la esposa que quería dejar su hijo menor, enfermo, al cuidado de su madre, máxime cuando al día siguiente, por sus obligaciones profesionales no podía atenderlo y ésta se desvelaba en prodigarle atención, sea violentada para recogerle a avanzada hora de la noche faena que se realiza en los peores términos? Si algo revela esto es que está última jornada del occiso correspondió a lo que era su constante en la vida matrimonial y en sus relaciones con sus suegros y que fue tanto el desespero creado, el atosigamiento moral, la insufrible situación, que ..., se decidió a enfrentar a su yerno y ultimarle a tiros de revólver, en medio de una obvia agitación anímica.

“La negación de este natural estado de turbación, resulta, por estos antecedentes, inadmisibile, y más todavía cuando se observa que, el argumento capital del Tribunal, está contradicho y recogido en la providencia misma objeto de censura lo cual evidencia, por sí, la horfandad probatoria y discursiva de está criticada posición. En efecto, el llamamiento a juicio se formuló, en cuanto al homicidio, bajo la calificación de los artículos 323 y 324—1 y 7° del Código Penal. Pero, ya en la sentencia de primer grado, como agravación específica, sólo se conservó lo referente al parentesco, desechándose lo de colocar a la víctima en situación de indefensión o inferioridad. Pues bien, el Tribunal, al confirmar esta decisión, en este punto, no podía sostener que “ ... entre hija y madre hicieron ir a la víctima para acometerlo injustamente, como realmente sucedió ...” Y más se confirma esta apreciación, cuando el Tribunal, al dosificar la pena por esta conducta, impuso el mínimo “...porque no hay razones para agravarla, consultados

los criterios dosimétricos del artículo 61 ejusdem”, cuando el artículo 66 de la misma obra y con el mismo fin, de ser cierta o aceptable tan aventurada opinión, prevé “haber obrado por motivos innobles o fútiles – 1–“. El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del hecho cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado... o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente –3--. La preparación ponderada del hecho punible –4--. Abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido –5--. Ejecutar el hecho con insidias o artificios –6--. Obrar con la complicidad de otro –7-- , etc.

“Total, el Tribunal ideó un argumento para negar la diminuyente, el mismo que debía llevarle e intensificar la pena; de donde, rechazar el aumento de ésta y dejarla en su mínimo, equivalía a repudiar lo que había tenido en cuenta para dejar de aplicar el citado artículo 60 del Código Penal, beneficio que venía concedido en el fallo de la primera instancia. Cuál, entonces, la seriedad, entidad y realidad de este argumento y cuál el fundamento para mantener la decisión en este punto?

“El cargo prospera.

“Compete, entonces, determinar el fallo de sustitución y a ello pasa la Sala.

“Este poderoso fenómeno sicológico, tan ajeno a la venganza pura, al ánimo de lucro, al implantamiento de un poder desmedido, a la obtención de ventajas vitandas o, en fin, a simples caprichos, excesos de carácter o fatuas rivalidades, no restringe su incidencia a una especie o modalidad delictiva, comúnmente a los llamados delitos de sangre, pues debe cubrir todo el comportamiento sobre el cual irradia su influjo. Es inimaginable, en el cuestionamiento jurídico, que la severa alteración espiritual de la emoción o de la pasión, se advierta para el resultado pero no para los medios de acción que puedan estimarse como delitos autónomos; y, menos, que la capacidad razonadora se vea afectada, y así lo reconozca la ley, en la infracción de mayor entidad, pero se conserve para la conducta instrumental que la hizo posible o que fue necesario emplear en un determinado momento. El sujeto activo, agitado por esa bizarra fuerza síquica, no puede ejercitar un tranquilo conocimiento ni asumir un adecuado control, sobre las características del arma utilizada para determinar, v. Gr., si era ajena o propia, si se daba sobre la misma un amparo legal o carecía del mismo, si era el elemento de acción apropiada o resultaba escalofriantemente exagerado.

“La escasa significación de la pena determinada para el porte ilegal de armas, se explica, entonces, por la forma de punición prevista para los concursos delictuales y, principalmente, por la incidencia que sobre la misma tiene la diminuyente reconocida.

“El Tribunal señaló como pena privativa de la libertad, dieciséis años de prisión, en cuanto al homicidio, más cuatro meses en razón del porte ilegal de armas. Respecto de perjuicios materiales, para la esposa e hijos, los elevó a un mil quinientos (1.500) gramos de oro, y, quinientos (500) gramos de oro, para cada uno de los progenitores del occiso.

“En razón de la diminuyente, que cobija los dos hechos delictuosos, el homicidio quedará reprimido con cinco años, cuatro meses de prisión (la pena no será “ni menor de la tercera parte del mínimo...” ---art. 60 del C. P.---) aumentada en un mes, por lo atinente al porte ilegal de armas. En total, la sentenciada purgará cinco años, cinco meses de prisión.

“En cuanto a los perjuicios materiales resulta una inconsecuencia, advertida las modalidades de los hechos, ya suficientemente detalladas, hacer cualquier condenación de resarcimiento en beneficio de Y, en cuanto a los hijos, por obra del estado pasional deducido. La condena se determina en doscientos (200) gramos de oro, para los dos. Similares razones, aunadas a la índole de las relaciones mantenidas entre ... y sus padres, inciden para detraer el monto fijado en la segunda instancia, y de ahí que la cuantía de los perjuicios morales que deben cubrirse a los padres del occiso, por la sentenciada, será de cincuenta (50) gramos de oro, para cada uno. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gustavo Gómez Velásquez, Acta No. 060, 10-09-91, t. CCXI, p. 247).

COMENTARIOS

En este importante pronunciamiento la Corte deja clara la exclusión, como requisitos esenciales de la diminuyente de ira e intenso dolor, en primer término, que las circunstancias del actuar delictivo generantes deban ser concomitantes con el momento del hecho punible; de esta forma se abre paso la gestación del estado emocional durante transcurso prolongado de tiempo, en criterio acatado casi con unanimidad dado el contenido subjetivo de la minorante, que no puede

ser cabalmente resuelto, mediante criterios interpretativos rígidos o reglas y elementos fijos, sino que sus requisitos y condicionamientos deben ser objeto de estudio concreto, caso a caso, en cada una de las hipótesis fácticas presentadas, y con estricto y exhaustivo estudio del material probatorio recaudado.

En segundo lugar el comportamiento ajeno grave e injustificado y la acción imbuida por el estado emocional, no necesariamente deben ser súbitas o intempestivas; los anteriores criterios jurisprudenciales proporcionan un margen de admisibilidad de la preordenación del ataque, de tal forma que el fenómeno no puede ser examinado como una alteración psicológica instantánea, si bien en la realidad muchos de los casos que caben en la atenuante pueden revestir esta característica, élla no es condición esencial del instituto. Si el estado emocional que tan solo atenúa la pena, pero no convierte en jurídico el hecho, puede ser generado por comportamientos esparcidos en el tiempo, su presencia también puede ser dilatada; ni el estado pasional, ni el comportamiento provocador deben ser necesariamente súbitos.

TEMA IV. IRA E INTENSO DOLOR. Desafío a la riña. “Al intercambio de golpes se puede llegar por diversas causas entre las cuales la más frecuente es una grave e injusta provocación de la víctima y en tales circunstancias, cómo reconocer la diminuyente de estado de ira e intenso dolor?”

.....

“No obstante, al plantear la objeción, pareciera alejarse de los principios que sentó para demostrar el reparo ya que en la violación directa de la ley sustantiva que se presenta por errada interpretación de la norma –la alegada--, resulta imprescindible la aplicación del precepto así interpretado, y en el fallo cuestionado no se dio aplicación al artículo 60 del C. P. Sin embargo, el desarrollo del cargo permite entender como correcta la formulación del reproche, en primer término, porque acepta los hechos tal como fueron reconocidos por el fallador, discrepando tan solo de la interpretación que de los mismos hizo el Tribunal respecto de las exigencias que el artículo 60 del C. P. señala para su reconocimiento.

“Es evidente que las instancias se ocuparon de dicha norma sustantiva como aplicable al caso concreto pero en el proceso interpretativo de la misma, no obstante reconocer la provocación repetitiva del occiso “como palabras soeces e insultos contra la progenitora del sindicato”, le restaron el carácter de gravedad e injusticia que requiere la diminuyente. Por ello el casacionista acertadamente considera que la equivocación del Juzgado surgió “al desentrañar el verdadero significado de la norma dentro de la cual objetivamente cabe la conducta incriminada” (como reza uno de los textos por él transcritos a folio 19 de la demanda); el yerro judicial estriba en su sentir, entonces, en dar un entendimiento equivocado a la disposición legal que correspondía aplicar al caso concreto y como consecuencia de ello habría dejado de aplicar. Esto permite entender lógicamente que, aun cuando el casacionista estime no estar frente a un simple desconocimiento de la norma sino de una errónea interpretación del contenido de la misma, el ataque real a la sentencia es por haberse dejado de aplicar una norma sustantiva aplicable al caso, lo que concuerda con su petición concreta de casar parcialmente el fallo a fin de reconocer (aplicar) la diminuyente referida.

“No ha incurrido tampoco el casacionista, como con inexactitud lo entendió la Delegada, en un cuestionamiento probatorio que exigía orientar la censura por la vía indirecta a través del ataque a “la gravedad de las provocaciones anteriores” a las fases desencadenantes de la riña. Con otras palabras, para la Delegada sólo a través de los elementos de juicio allegados a la investigación y trascendentes en el fallo con poder modificador de éste en lo esencial, era posible demostrar “la gravedad de las provocaciones anteriores”, esto es, mediante la violación indirecta de la ley sustancial por distorsionamiento de la prueba.

“En manera alguna el censor cuestiona la prueba, la admite tal como fue referida por el fallador; su única discrepancia radica en que lo considerado por el legislador en el artículo 60 del C. P. como constitutivo de provocación grave e injusta es para el fallador tan solo “parte integrante del desafío a la riña”. Y si en el desarrollo de su argumentación refiere las pruebas que avalan su aserto, no lo hace para contraponer su particular apreciación aprobatoria a la del juzgador, sino precisamente para poner de relieve la errónea interpretación que del precepto hiciera éste (nunca de la prueba, que como se sabe es de apreciación racional).

“Aun cuando la demanda no es un modelo de claridad y precisión, características estas inherentes a un proceso extraordinario con técnica depurada, sí permite su consideración y estudio, pues el desarrollo de la impugnación da bases ciertas para entender el reproche y conocer la concreta pretensión.

“2. Juzgado Superior y Tribunal consideraron demostrado en el proceso que lo que dio iniciación al hecho determinante de la muerte de ... fue la agresión verbal que precedió al desafío a pelear que éste hiciera a ... , quien pacíficamente departía con otros en el lugar de los hechos.

“Dice en efecto el Tribunal: “Se estableció que el hoy interfecto, con términos soeces, invitó al procesado ... a pelear en la parte exterior del negocio donde estaban ingiriendo licor, y si bien ... inicialmente fue renuente a aceptar el desafío, los epítetos de todo calibre con que ... acompañaba tal invitación cumplieron su propósito de que el acá procesado aceptara la pelea ... “ (fl. 90 cuaderno del Tribunal).

“Preciso es determinar entonces cuáles fueron esas “palabras soeces” y los “epítetos de todo calibre” que le lanzaba ... como preámbulo al desafío a pelear y para ello se ha de acudir al dicho del procesado avalado por los testigos del insuceso: Dice el sindicado, al folio 8 del cuaderno 1, que ... llegó donde él se encontraba con sus amigos y le pidió algún dinero y al no dárselo le manifestó “usted es una gonorrea h.p., me cae mal, y lo voy a matar” y que aunque ya tenía ira le advirtió que no quería tener problemas, a lo cual respondió el occiso: “usted no se emputa con nada, ni que me le comiera a su madre en cuatro patas” e inmediatamente se trenzaron a golpes, y agrega el procesado: “Del golpe que le dí en la tienda él salió y como yo ya estaba histérico también salí de la tienda a pelear”.

“El juzgado, al analizar la norma que señala la diminuyente, dijo: “... la ira y el dolor son estados de los cuales la capacidad de entender y de querer queda profundamente vulnerada. Lo que disminuye la punibilidad no es el actuar en estado de ira o de intenso dolor sino, ante todo, que el delito se haya ocasionado gracias a un acto ajeno e injusto que desencadena la reacción emocional que hace perder en el sujeto el pleno dominio de sus actos, es decir, se reconoce a quien fue provocado y quien a merced de ello, sintió, vivió un momento de emoción violenta”; cita luego jurisprudencia y agrega: “Entonces, para que opere la circunstancia no

basta que exista el acto de provocación y que el provocado reaccione en estado de ira o dolor. Es necesario que el acto de provocación reúna las características de grave e injusto, las cuales no deben faltar para que el acto tenga la facultad de atenuar la pena”.

“No obstante las anteriores premisas, le niega la diminuyente con el argumento de haber estado la provocación “acompañada reiteradamente de una invitación a pelear” y al dicho del sindicado de “haber terminado la contienda cuando vio sangrar a su contrincante, aspecto que da hecho desvirtúa la circunstancia de aminoramiento punitivo” (fl. 207 y 208).

“El Tribunal se limitó a prohijar, y con ello hizo suyos los razonamientos del a quo, al sostener: “Acertada interpretación hace el Juzgado Veintiséis Superior del alcance de los artículos 60 del C. Penal y 301 del C. de P. P., pues respecto del primero, es decir en cuanto a la ira e intenso dolor, ya el Tribunal en pretérita oportunidad había estudiado y resuelto dicho asunto en el sentido de que tal fenómeno no tenía aplicabilidad en este evento, toda vez que aunque el procesado hubiese recibido ofensas verbales del hoy occiso, fue la invitación a pelear la que voluntariamente aceptó con los resultados ya conocidos, de tal manera que en tales circunstancias no es procedente tener en cuenta la atenuante punitiva contenida en dicha norma” (fl. 91, cuaderno del Tribunal).

“3. No existe pues duda ninguna acerca de la provocación grave e injusta de que fue objeto el procesado por parte del occiso. En efecto las frases desobligantes de los sentimientos filiales que ... le lanzó repetitivamente a ... revisten especial entidad y tienen la idoneidad evidente para lesionar su dignidad y sus calidades morales amén de constituir una clara injusticia por oponerse a la razón y al derecho; lo primero, por cuanto el negar la entrega de un dinero pedido sin causa alguna no amerita agresividad de tal magnitud y, lo segundo, porque no tenía derecho alguno para exigir el dinero pedido.

“Ahora, siendo la ira una emoción violenta que perturba el control racional, sin llegar a eliminarlo, se entiende por qué solamente reaccionó ante el recrudecimiento de la agresión verbal que desató su ímpetu ofensivo y destructor y el por qué también, cesó el ataque cuando vio que su provocador sangraba.

“La circunstancia de haber retado la víctima a su agredido para pelear, no es ciertamente descalificante de la gravedad e injusticia de la provocación no podría quedar ésta eliminada por el solo hecho de haber el procesado aceptado la contienda, como lo entendió equivocadamente el Tribunal.

“Es que al intercambio de golpes se puede llegar por diversas causas entre las cuales la más frecuente es una grave e injusta provocación de la víctima, como ocurrió en el caso presente, y en tales circunstancias cómo no reconocer la diminuyente?

“Cuando existía en el ordenamiento la circunstancia modificadora de responsabilidad denominada “riña imprevista”, la jurisprudencia consideró tener en cuenta ambas aminorantes de la sanción en determinadas circunstancias (sentencia de abril 13 de 1964, G. J. CVII, pág. 421), con lo cual descarta cualquiera incompatibilidad entre dichas figuras y con mayor razón ya no existe la riña como diminuyente de punibilidad.

“Como el yerro que determinó la inaplicación del precepto sustantivo en referencia es evidente, corresponde a la Corte corregirlo en sede de casación. Se impone, por consiguiente, casar parcialmente el fallo de conformidad con la demanda para, en el de sustitución reconocer al sentenciado el estado de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación por la víctima y señalarle la pena correspondiente, reduciendo proporcionalmente la condena al pago de los perjuicios en desarrollo del artículo 2357 del C. C. aplicable en la responsabilidad civil porque con la provocación grave se expuso la víctima al daño imprudentemente. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No. 023, 10-03-93, Gaceta Judicial No. 2463, t. CCXXIV, p. 165).

COMENTARIOS

Se perfilan nuevos elementos de la atenuante. La ira y el intenso dolor no elimina la capacidad de entender y de querer, pero si los afectan profundamente; no se afecta el dominio absoluto del propio acto, pero si se disminuye su plenitud, nuevamente se reitera que la acción se realiza con culpabilidad, pero este elemento dogmático se presenta disminuido en intensidad o grado. en segundo término lo que fundamenta la

disminución de punibilidad no es el actuar en estado de ira e intenso dolor, en si mismo considerado, sino el acto ajeno, grave e injusto, que provoca o desencadena la reacción emocional. el sujeto está expuesto a una pasión violenta, que no elimina el control racional pero lo perturba de manera grave, de donde se deduce que la reacción ha de guardar proporcionalidad con la provocación, elemento que vuelve a ser común con la justificante de defensa necesaria.

Examinando los supuestos de hecho del caso que se resuelve, la Corte examina el valor provocador de los insultos o frases desobligantes, para determinar que en algunas hipótesis, como la que se afronta, pueden tener idoneidad para vulnerar la dignidad del sujeto y por ello perfeccionar la atenuante.

TEMA V. IRA E INTENSO DOLOR. Agravio que perdura en el tiempo. Venganza e ira. Diferenciación.

“1. No es permitido en sede de casación, sustentar el cargo con un análisis apenas parcial de la prueba, que favorezca los intereses del actor ignorando los razonamientos del fallador. 2. El simple transcurso del tiempo entre la ofensa y la reacción, no es siempre suficiente para desconocer el estado de ira, pues puede suceder que el agravio perdure madurándose en el alma del acusado y el roto el equilibrio anímico y temperamental, surja la reacción violenta como consecuencia de la provocación. Pero no hay que confundir, una reacción tardía, producto de un estado de ira, con una actuación posterior inspirada en un innoble sentimiento de venganza.

.....

“Sostiene el recurrente que en la sentencia impugnada se incurrió en una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, al dejar de apreciar los testimonios de ... y ... , quienes apoyan la versión del inculpado en el sentido de que la víctima en el momento de los hechos recibió de uno de sus compañeros un maletín, dentro del cual consideró el procesado que podría encontrarse un arma que sería usada en su contra, razón que desencadenó la reacción homicida.

“Sin embargo, este hecho en su aspecto fáctico no fue desconocido por el juzgador, sólo que éste no le otorgó el alcance y sentido que le da el recurrente. Para el Tribunal al retirarse ... de la cancha de fútbol, únicamente tomó el maletín donde llevaba su almuerzo, limitándose a colocar dentro de él sus zapatos de juego, para sentarse pacíficamente en la gradería, donde asumió una actitud serena y pasiva, sin responder a los agravios y desafíos ni ejecutar el más mínimo ademán amenazante, siendo sorprendido tiempo después por el violento golpe de filo que terminó con su vida. Y ningún otro maletín recibió la víctima, según lo pregona el acervo probatorio digno de credibilidad.

“Por eso sostuvo el fallador de segunda instancia que “ la confesión calificada del procesado ... , verdaderamente no es de recibo, e hizo bien por tanto el juzgador en la primera instancia al rechazarla, puesto que la defensa putativa planteada por él y ardorosamente sostenida por su defensor a través del proceso carece de apoyo probatorio legal, y al contrario de principio a fin claramente se vislumbra que ... fue alevosamente macheteado por ...”.

“Y después de analizar con especial detenimiento el caudal probatorio, si bien expresamente el Tribunal no se refiere concretamente a los testimonios de ... y ... , sí rechazó por no merecer credibilidad la versión del acusado y los interesados testimonios que tratan de respaldarla. Por eso expresa:

“...La mayoría de los testigos no vio la entrega del machete, pues estaban despreocupados viendo el partido y además porque nunca creyeron, como jamás lo pensó el ofendido que ... reaccionara de semejante manera. Por otra parte, la entrega del maletín a ... no existió, pues éste sólo tenía en su poder el que utilizaba para guardar su ropa...”.

“De ahí que el juzgador al examinar la prueba en su conjunto y las alegaciones del fallador en el mismo sentido presentadas durante las instancias, concluyera que los hechos debidamente probados y la verdad real del proceso, hacían perder todo sentido a los testimonios y a la argumentación que trata de liberar a ... de su responsabilidad penal.

“No es permitido, en sede de casación, sustentar el cargo con un análisis parcial de la prueba, que favorezca los intereses del actor, ignorando los razonamientos del fallador. Como lo ha sostenido la corte, ...oponer

simplemente el propio discernimiento frente a los razonamientos del juzgador, es agitar de nuevo una controversia ya superada en las instancias” (Sentencia de octubre 25 de 1990, Magistrado ponente Jorge Enrique Valencia).

“No puede prosperar la censura.

“Igual suerte debe correr un nuevo reproche que dentro del mismo cargo formula el libelista en relación con un presunto error de hecho por falso de identidad en relación con el dictamen pericial correspondiente a la diligencia de necropsia.

“Arguye el casacionista que el juzgador distorsionó y dio un alcance probatorio que no tiene a la prueba parcial, al afirmar que de ella se podía deducir que la víctima se hallaba en posición de sentada cuando fue agredida y que las dos heridas “fueron ocasionadas indiscutiblemente por detrás” error que lo llevó a descontar el error de prohibición alegado por la defensa.

“Es verdad que la diligencia de autopista no afirma y no podía hacerlo, que la víctima se hallaba en posición de sentada cuando recibió las heridas de arma cortante. Pero sí pone de presente que las lesiones se ocasionaron por la espalda, en la parte posterior del cuerpo.

“La primera de ellas la localiza el legista en la región parieto-temporo occipital, con una extensión de 16 cms., es decir, en la parte lateroposterior de la cabeza y la segunda en la región posterior derecha del hombro.

“En estas condiciones, el fallador dedujo de la prueba técnica en plena armonía con la prueba testimonial, que el occiso se hallaba sentado cuando fue herido por la espalda. Por eso dice en su sentencia que “el acta de necropsia trata con más que suficiencia la posición sentado que tenía el occiso al recibir los machetazos; tal como lo declararon los citados testigos, principalmente el gravísimo de la cabeza y el hombro derecho...”.

“Obsérvese entonces, cómo de acuerdo al aparte transcrito, es la prueba testimonial la que afirma la posición de sentado de la víctima cuando fue herido, situación que no contradice, y por el contrario, avala la experticia médico – legal.

“Puede afirmarse entonces, que el reproche que se formula en la demanda no corresponde a la realidad, no tiene incidencia alguna en la decisión adoptada en la sentencia, ni produce efectos jurídicos de ninguna naturaleza. No prospera el cargo.

“Segundo cargo:

“Ya por la vía de la violación directa, alega el censor un quebrantado de la ley por falta de aplicación al caso juzgado del artículo 60 del C. Penal.

“Sostiene el recurrente, que los elementos integrantes de esta modalidad atenuadora de la responsabilidad y de la pena, hacen presencia en el hecho en estudio y que el Tribunal con razonamientos equivocados, negó la existencia del estado de ira.

“Según el casacionista, el lapso transcurrido entre el golpe que recibió el victimario y su reacción homicida, no es suficiente para descartar el estado de ira como lo sostuvo el Tribunal.

“Se responde a esta objeción:

“Es verdad que el simple transcurso del tiempo entre la ofensa y la reacción, no es siempre suficiente para desconocer el estado de ira, pues puede suceder que el agravio perdure madurándose en el alma del acusado y roto el equilibrio anímico y temperamental, surja la reacción violenta como consecuencia de la provocación.

“Pero no hay que confundir, una reacción tardía, producto de un estado de ira, con una actuación posterior inspirada en un innoble sentimiento de venganza.

“Y esta última situación fue la que encontró el Tribunal al examinar el aspecto fáctico, pues afirmó que después de ser expulsados los dos jugadores por mutua agresión dentro del campo de juego, ... se ausentó del lugar, no sin antes haber retado e injuriado a la víctima, para regresar tiempo después y colocarse detrás de ... y sin que nada pudiera presagiar su reacción, de improvisto se apoderó de un machete y agredió por la espalda a su indefensa víctima que distraída observaba la lucha deportiva, en actitud del reo que denota resentimiento, ánimo de retaliación y rencor,

manifestaciones que no se acometen a los requisitos que demanda para su existencia el estado de ira.

“Pero no fue el anterior razonamiento el mayor fundamento de la sentencia, para denegar la aplicación del artículo 28 del C. P.

“Para el juzgador, no existió la agresión, admite que pudo ser grave, pero que no se da un comportamiento ajeno injusto, que provocara la reacción homicida.

“Y es verdad que la ley penal, tanto en el C. Penal anterior como en el actual, exige para que exista la circunstancia modificadora de la ira, que ésta sea producida en un comportamiento ajeno grave e injusto. Es la gravedad y la injusticia de la provocación lo que da vida y contenido especiales a la atenuación.

“Pero no basta que la ofensa sea grave, sino que se exige que sea injusta. En este orden de ideas, quien hiere, provoca u ofende con sus hechos o palabras a una persona, no puede alegar a su favor la circunstancia del artículo 28, si acaso a su vez es ofendido, aún gravemente, pues buscó la reacción que ya no es injusta, conforme al derecho, a la ley y a la moral.

“Y hablando de esta exigencia normativa, ratificó la corte:

“... No interesa tanto la existencia de una alteración anímica, como sí la causa de la misma, esto es la injusta y grave provocación que la hace surgir. No es lo mismo perder particulares fenómenos psicológicos (c. gr. Una predisposición a no ser contrariado), la serenidad de espíritu o el equilibrio emocional, que sufrir una misma alteración por estímulos de terceras personas que obran injusta y gravemente” (C. S. Agosto 5 de 1977).

“Y para el tribunal en el caso de estudio, el comportamiento de la víctima y que produjo el estado emocional en el victimario, no fue injusto, pues fue la reacción o la provocación y agresión de hecho que inició ... dentro del campo de juego.

“Una mirada a los fundamentos del fallo es suficiente para confirmar este aserto. Dice el Tribunal:

“La prueba testifical digna de fe constituida por los que se hallaban contiguos al occiso en el momento de ser ferozmente acometido por el acusado así lo están gritando acordemente y no por ser amigos y solidarios de ... se pueden rechazar, pues la percepción, evocación y reproducción de sus dichos, guarda estrecha y lógica armonía con nada menos que la necropsia y con los episodios que antecedieron al crimen, siendo ... el de la iniciativa, el provocador pendenciero y finalmente el matador...”.

“Procede el juzgador a citar por sus nombres y ubicación dentro de los folios del proceso, los numerosos testigos en que respalda su conclusión.

“No se negó en consecuencia, la aplicación del artículo 60 del C. P., porque no hubiera existido una alteración anímica en el procesado, ni porque los hechos iniciales hubiesen estado justificados por haberse causado en el ejercicio de una actividad autorizada por el Estado como es el deporte, sino porque la conducta se realizó de manera diferente a la forma y manera como la sostiene el acusado y algunos compañeros de equipo que respaldan su versión.

“Para el Tribunal, el victimario fue el provocador e iniciador del incidente dentro de la cancha de fútbol, al propinar un puntapié al occiso, acto que llevó al intercambio de golpes donde ... resultó lesionado en la nariz, y como provocador no podía alegar a su favor las benignidades de la ley. En estas condiciones, la acción homicida, no fue la consecuencia de un comportamiento ajeno injusto.

“Por eso agrega el juez de segunda instancia:

“Los hechos pues, jamás ocurrieron en la forma narrada porY sobre el estado de ira, observa la Sala, que si bien es cierto que la lesión del tabique nasal del procesado debió causarle naturalmente mucho enojo, tal hecho provocador del occiso, aunque grave de manera alguna debe considerarse como “injusto” ...y aprecia el Tribunal que ... actuó ...”premeditadamente, planeó su ataque y por ende no obró cegado por la ira, sino cegado por la venganza...”.

“En estas condiciones, no es dable, dadas las demostraciones que aporta el proceso y que sirvieron al juzgador para proferir su sentencia, considerar el comportamiento de la víctima como constituida de una ofensa injusta para el procesado. Sobre estos hechos que el juzgador dio por probados no

puede edificarse un error in iudicando por inaplicación del artículo 60 del C. P.

“Del mismo modo, la petición del señor Procurador Delegado en lo Penal no está encaminada a prosperar, no sólo por las anteriores razones sino además porque en su formulación incurre el funcionario en evidente quebranto de la normatividad que regula esta impugnación extraordinaria.

“Olvida el Ministerio Público que el titular de la acción es el recurrente y que la Delegada al emitir su concepto, no le está permitiendo adicionar o corregir la demanda, ni aducir causales o motivos de casación diferentes a los aducidos por el demandante. Pasa igualmente inadvertido que la casación no es una nueva instancia que permita la revisión total del proceso en su situación fáctica.

“En el caso que se analiza y en relación con el estado de justa ira cuyo reconocimiento impetró el recurrente, se alegó una infracción directa de la ley sustancial por inaplicación o exclusión evidente del artículo 60 del C. P., forma de quebranto donde se deben aceptar los hechos tal como fueron plasmados en la sentencia, para controvertir únicamente la no aplicación de la disposición legal al caso probado en autos y sin referencia al problema probatorio, pues en este campo la realidad fáctica no admite discusión alguna.

“Sin embargo el señor Procurador al apoyar la demanda, orienta su inconformidad por su cauce diferente, por la vía de la violación indirecta amparándose en elementos de prueba (testimonios de ... y ...) que el Tribunal desechó por no considerarlos dignos de credibilidad, para de este modo desconocer los hechos que el juzgador dio por probados, apartándose del motivo y sentido de la causal aducida por el demandante para plantear unos deferentes, en posición del todo inadmisibles.

“Estas anotaciones unidas a los anteriores razonamientos, llevan a la Corte a inadmitir la petición del señor Procurador Delegado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 35, 21-04-93, Gaceta Judicial No. 2463, t. CCXXIV, p. 610).

COMENTARIOS

Reitera la Corte, el trascendental criterio según el cual el simple transcurso del tiempo, entre el comportamiento grave e injustificado - mejor no hablar de ofensa, pues tal apelativo, remarca de manera indebida la zona común de la minorante con la legítima defensa- no es suficiente para descartar el estado de ira; el agravio puede perdurar, “puede madurarse en el alma del acusado”, no olvidemos que la pasión se genera por la amenaza de la privación de un bien, producida la ruptura anímica y temperamental surge la reacción violenta. Así cabe concluir que la clásica “premeditación” -fenómeno opuesto por completo a la ira y al intenso dolor- y el “estado emocional”, muy poco tienen que ver con espacios temporales cortos o prolongados; mas bien siempre se debe situar el primero con el ánimo frío, que calcula, que busca la ocasión propicia para el hecho, que asegura la eficacia del resultado y la idoneidad de los medios; y el segundo se ha de hallar en el ánimo desordenado, acalorado e inestable, “que hecha mano” de los recursos y medios que primero están al alcance del agente, todo ello fruto de la pasión y la desesperanza o desesperación.

La ira es estado emocional bien diverso del afán de venganza, pero pueden confundirse de manera dramática en la realidad; la Corte opone los estados de resentimiento, ánimo de retaliación y rencor, con la ira y el intenso dolor; de todas formas en este campo tales criterios siempre resultarán insuficientes al confrontarlos con los destellos probatorios que puede presentar un comportamiento.

TEMA VI. LEGITIMA DEFENSA PRIVILEGIADA. ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS. “Evidente aparece que antes de penetrar al benéfico espacio de los resultados de la presunción, hay que demostrar la realidad de los elementos que nutren la presunta justificación. Por eso, se repite, el conflicto está no en lo que debe entenderse por esa especial forma de legítima defensa, sino en su cabal y exigible demostración. Desconocer la interpretación procesal de por sí no constituye motivo de invalidación así el funcionario que la quebrante carezca de válidas razones para ello. Y otro tanto debe decirse en torno a la condenación independiente, puesto que la acumulación material de penas que el acontecer procesal determina, bien puede remediarse en la forma como lo prevé el artículo 505 del C. de P.P. La combinación de aspectos que esgrime la causal de nulidad obliga a que “se precise el

momento procesal a partir del cual se afectó el trámite; en el caso de rompimiento de la unidad procesal, procedería la anulación a partir del auto que resolvía la situación jurídica de los encartados y fijó el procedimiento por seguir, a la par que en la omisión de práctica de pruebas resultaría necesario reponer lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a pruebas.

.....

“Como la decisión de la Corte es adversa a la pretensión buscada con el recurso, bien pueden despacharse los cargos en el orden en que se formularon, así el de nulidad quede de último. La variación que suele acostumbrarse al respecto, esto, es, iniciar el estudio por el que encara un fenómeno anulatorio del proceso, se explica cuando éste prospera porque, obviamente, su resolución hace inútil el ocuparse de las restantes objeciones.

“1. No resulta acorde con la técnica de casación la forma como se presenta y desarrolla el cargo . Se pretende una violación directa de la ley, que para el caso sería el estado de justificación de quien rechaza al extraño que indebidamente intenta penetrar o ha penetrado a lugar jurídicamente protegido y en el cual se encuentra quien ha causado una muerte o una lesión personal, lo cual llevaría a cuestionar solamente el aspecto jurídico que comporta tal instituto, pero aceptándose los aspectos fácticos considerados en la sentencia. Pero la casacionista no se queda en este ámbito y no se puede quedar, en efecto, porque de hacerlo nada tendría que decir en contra de la sentencia. Lo que resulta motivo de fundamental discrepancia, y ya la cuestión se traslada a una violación indirecta de la ley, es advertir si conforme a la prueba considerada por el fallador, que bien puede circunscribirse a la realidad o no de una confesión extrajuicio por parte de la persona comprometida y de algunos otros aspectos indiciarios, se da esta causal de justificación. Para el Tribunal lo manifestado por la ... a quien fuera oyente de esa confidencia no da lugar a estructurar la situación contemplada por el artículo 29-4, inciso segundo, del Código Penal. Mas la demandante entiende cuestión bien diversa, o sea que si se aceptó la confesión extrajuicio, ésta de por sí ya establecía la justificación y no requería más elementos de comprobación, por la presunción que encierra el mencionado dispositivo. Debe insistirse, entonces, que el debate se desplaza a la valoración que merezca el núcleo de probanzas que darían vida a ese obrar conforme a derecho. La contradicción entre lo

propuesto y lo atendido realmente es diáfana y permite advertir el antitécnico enfrentamiento del cargo, al punto que da al traste con el puesto que ni la Sala acierta a entender en definitiva la propuesta ni se dan planteamientos adecuados para circunscribir su análisis a la esfera que le es propia.

“La demandante cree superar este mayúsculo desacierto al insistir en que, como se presume esa privilegiada legítima defensa, no le es dable al juzgador exigir comprobaciones, como también que si todo el peso del compromiso de la ... se radica en lo que ésta dijera a ... , aparece como operación mental inadmisibles el que se trate de exigir otra prueba, como también el que se rechace la justificación que encarna esa confesión extrajuicio. Pero no está dada con estos perfiles. El tribunal precisamente cuestiona el mérito de lo dicho por la sentencia como elemento probatorio idóneo para acreditar la justificación y encuentra, por el contrario modo, aspectos de reproche penal en lo que a ... se le dijo y lo que éste alcanzó a observar. La cuestión, entonces, se reduce a un debate sobre si la versión así obtenida conformó o no la justificante. El tribunal ha dado razones para decidirse en forma negativa; la recurrente no refuta esta posición y trata de desentenderse de la aguda aversión que tiene el juzgador por lo que expresa ... para delinear un comportamiento legítimo y, suponiendo que aquél le brindo total acogida a este respecto, pasa a reclamar el efecto pleno de la presunción señalada en el Código Penal. Evidente aparece que antes de penetrar al benéfico espacio de los resultados de la presunción, hay que demostrar la realidad de los elementos que nutren la presunta justificación. Por eso, se repite, el conflicto está no en lo que debe entenderse por esta especial forma de legítima defensa sino en su cabal y exigible demostración.

“Si el Tribunal le hubiera dado a la confesión la virtud que le atribuye la demanda, estaría bien la pretensión contenida en ésta; pero, disintiéndose en situación tan frontal e inconciliable, era deber de la recurrente demostrar que la confesión extrajuicio sí se exhibía como atendible y eficaz en lo de establecer la comentada justificación. Y esto, se cierra al comentario, entrañaba la utilización de otra causal bien distinta, o sea la violación indirecta de la ley.

“Sobre la misma indicada evaluación, la delegada acota: “No puede aceptarse que con la simple confesión extrajudicial, contradicha por otros medios de prueba en cuanto a una porción de los hechos en ella narrados,

según se consignó en los análisis del sentenciador, se exime de prueba la causal de justificación. La equivocada concepción de la libelista, según se deduce, obedece al hecho que entiende que cuando la norma habla de que se ‘presume’ la legítima defensa en quien actúa contra el extraño que penetra a su morada, con la simple afirmación del hecho por quien pretende beneficiarse de la justificante queda exento el juez de cualquier otro análisis y valoración, debiendo proceder automáticamente a declarar la ausencia de responsabilidad del procesado”. Y más adelante expresa:” ...no son los requisitos (los del art. 29-4 C. Penal) los que pueden presumirse, porque al admitirse una posición de esta laya, se abriría un boquete enorme en la impunidad de las conductas delictivas, desfigurando con ello la estructura del hecho punible que debería partir, entonces, de la presunción legal de justificación del hecho, en todos aquellos casos en los que las condiciones materiales lo permitieren”.

“2. En éste, como bien lo destaca el M. Público, lejos de concretarse un error de hecho, como lo anuncia la demanda, se visualiza un imposible error de derecho. Para destacar la procedencia de esta observación basta transcribir este aparte de la demanda: “Se han tenido en cuenta la totalidad de las pruebas obrantes en el plenario; más, sin embargo, se han apreciado de manera inexacta e incompleta, quebrantando la ley sustancial”.

“Lo que incomoda y desaprueba la impugnadora, en el fondo, es que dándose motivos de descrédito, en cuanto al dicho de, por su interés en mentir, contradicciones, etc., se le llega a creer todo lo que dice. Y esto, a todas luces, no traduce un error de hecho como desacertadamente lo plantea la demanda, sino que conforma un error de derecho, inadecuadamente presentado y fallido en su propósito por referirse a elemento de prueba de libre apreciación por parte del juzgador, el mismo que no faltó a las reglas de la sana crítica en sus acertadas valoraciones. El punto viene, entonces, a resolverse en una simple discrepancia conceptual, situación que no permite otorgarles mayor virtud a las disquisiciones de la recurrente, sino a reconocer el predominio del contenido de la sentencia, por venir ésta precedida de la doble presunción de acierto y legalidad.

“La versión de ... , para el Tribunal, se muestra totalmente atendible, así se trate de realizar con fines aviesos que poseía una escopeta, que la ... había desatendido los requerimientos sexuales de los celadores; que éstos,

obedeciendo órdenes de sus patrones, buscaban erradicarla del lugar, que la policía secundaba estos oscuros propósitos y perseguía a aquélla y a para despojarlos de sus pertenencias muebles e inmuebles; que ... , afirma haber oído un disparo por el lado del rancho de los moradores, que se contradice en sí mismo y en relación con lo expuesto por los agentes tanto del DAS como de la policía, y todos éstos entre sí.

“El juzgador ofrece razones para admitir el testimonio acusador del citado ... , argumentos que la demanda no logra confutar. Esa, su manifestación, la estima “espontánea, sincera, objetiva y desinteresada” y fue confirmada, integralmente, por hechos posteriores sobre los cuales no tenía el declarante dominio distinto del ya relacionado. En efecto, la víctima fue encontrada desnuda en su sepultura y presentaba una herida en la cabeza que la sentencia determina así: “fallecimiento de NN mujer como consecuencia de impacto de arma de fuego de carga múltiple que le produjo el trauma cráneo-facial que la llevo a la muerte”. Además, la ... “no osa refutar con seriedad las afirmaciones de ..., y de otra, deliberadamente calla la verdad, al no ser cierto que el cadáver hubiese sido depositado junto con desechos y cubierto con tierra y mayor cantidad de desperdicios, sino que como lo indican ... y ... había sido sepultado dentro de la tierra, en un hueco, cuya profundidad calculan entre 60 centímetros y 1 metro y de ahí que el celador ... observara tierra removida y promontorio de ésta y quien excavó, ... , dice que la tierra en aquel sitio estaba suelta y hace la advertencia de que primero retiró aproximadamente 2 metros de basura, pero luego halló la fosa y fue en ésta que debió utilizar la cuchara del cargador para ampliar la zona de remoción y evitar el destrozo del cadáver, pero no hay tal que con la cuchara se haya cavado la fosa, porque el cadáver estaba enterrado y los dos citados testigos merecen credibilidad, siendo que ningún interés tienen en mentir o deformar la verdad”.

“De otro lado, ... , compañero de celaduría de ... , observó que éste, en compañía de una mujer, se alejó hacia el rancho de la ... , lo cual concuerda con el dicho de aquél, en el sentido de haber sido buscado por la procesada, permitiéndosele así enterarse de lo ocurrido. Finalmente, la versión de la sentenciada no puede ser más inverosímil cuando relata que cuatro desconocidos, en un volquete, después de pagarle trescientos pesos, le dejaron en su predio un viaje de tierra, junto con el cadáver de esa ignota mujer. Claro que ella se abstuvo de identificar bien el vehículo y

sus ocupantes y más todavía de dar cuenta a las autoridades de lo sucedido.

“Contra todo este cúmulo de incriminantes circunstancias, muy poca mella hace el análisis de la demandante (v. Gr. Manejo de ... de una escopeta calibre 16, gasto inexplicado de munición, falta de dictamen sobre la posibilidad o imposibilidad de adaptación de un rifle de dardos como arma de fuego, etc.).

“3. Así se admitieran que las conductas relacionadas con porte ilegal de armas, que a la postre en nada efectivo resultó al respecto, o de la posesión de marihuana (unas dos libras), que devino en condena, mostraban conexidad con la conducta homicida y que todos estos hechos podían someterse al amplio trámite ordinario, la apreciación distinta, con base en el fenómeno de flagrancia para aquellos primeros comportamientos no implica la transcendencia que la demanda atribuye a esa ruptura de la unidad procesal, o sea una imperdonable vulneración del derecho de defensa, tema que se pretende reforzar con la omisión de práctica de algunas pruebas.

“En primer lugar, la objeción no encuentra desarrollo en la impugnación. Puede aceptarse que el mantenimiento de esa unidad facilitaba tanto la labor de instrucción como la de juzgamiento, pero la separación de ese trámite no exponía, por este solo hecho, a una condena, ni menos anulaba o entorpecía la labor de defensa para ninguno de los compromisos penales. También se sabe que desconocer la integración procesal de por sí no constituye motivo de invalidación, así el funcionario que la quebrante carezca de válidas razones para ello. Y otro tanto debe decirse en torno a la condenación independiente, puesto que la acumulación material de penas que este acontecer procesal determina bien puede remediarse en la forma como lo prevé el artículo 505 de C. de P. P.

“De otro lado, la delegada igualmente acierta cuando al referirse a la desatención de pruebas solicitadas oportunamente comenta: “la casacionista no especifica qué pruebas habrían podido resultar pertinentes, ni sus hipotéticos resultados, ni la forma como ellos habrían operado en el juicio del sentenciador con capacidad para variar el sentido de la sentencia cuestionada. Por lo demás debe ponerse presente que las pruebas solicitadas en su prioridad fueron decretadas y su no inclusión efectiva en el acervo probatorio no es base suficiente para anular lo

actuado, pues aun aceptando que pudiera válidamente demostrarse que el arma incautada no fue la que utilizó para la realización del homicidio, tal condición no elimina el poder de convicción de otros medios de prueba que apuntan a demostrar la autoría en cabeza de la procesada”.

“Además, y también la observación corresponde al Ministerio Público, la combinación de los dos aspectos que esgrimen en la causal de nulidad obliga a que “se precise el momento procesal a partir del cual se afectó el trámite; en el primer caso (rompimiento de la unidad procesal) procedería la anulación a partir del auto que resolvió la situación jurídica de los encartados y fijó el procedimiento a seguir, a la par que en el segundo (omisión en la práctica de pruebas), resultaría necesario reponer lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a pruebas.

“Así planteadas las cosas, no resulta claro si lo que la recurrente quiere es que se case el fallo impugnado (además porque no lo solicita expresamente) para que retrotraiga la investigación y se tramiten conjuntamente los delitos conexos o para que se practiquen ‘las probanzas’ omitidas. En casación, se ha repetido, no se busca el triunfo de las propias tesis sino la demostración de un yerro judicial protuberante que afecte la estructura del proceso”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Acta No. 102, 08-11-93, Gaceta Judicial No. 2466, t. CCXXVII, p. 564).

COMENTARIOS

La presunción de legítima defensa, se consagra bajo estrictos requisitos de naturaleza probatoria, autorizando el rechazo al extraño que indebidamente intente penetrar o haya penetrado en su domicilio, o dependencias inmediatas. La figura en el Código de 1980 no establecía límites a esta modalidad justificante al permitir la defensa sin interesar el daño que se ocasionara, la expresión legal textual era: “cualquiera sea el daño que le ocasione”. El proyecto de Ley 40 de 1998 eliminaba esta causa de justificación, bajo el entendido de que sus supuestos fácticos quedarán subsumidos en la figura autorizativa general de la legítima defensa y proscribiendo la permisión de reacción sin ningún límite ni proporción. Finalmente la Ley 599 de 2000 conservó la figura pero al eliminar la mencionada expresión hace que la defensa del domicilio, ya no tenga visos especiales de privilegio y en ella de deba observar la

proporción entre defensa y ataque de acuerdo con las reglas que rigen la figura general.

La previsión específica de esta eventualidad defensiva simplemente denota una reiteración de la protección de los lugares destinados a la habitación como desarrollo del derecho a la intimidad y a la seguridad. Se entiende por domicilio para los efectos de esta norma, el lugar destinado a morar, vivir o residir por una persona o conjunto de personas. Es concepto excluyente en cuanto lugar privado que manifiesta la voluntad de impedir la penetración o permanencia de extraños no autorizados. El concepto de dependencias inmediatas hace referencia a aquellos lugares, arquitectónicamente conexos o subordinados a la habitación principal, tales como garajes, solares, jardines, piscinas, etc. La penetración intentada o consumada ha de ser indebida, es decir realizada por medios anormales, sin derecho, sin autorización de quien tiene la facultad de permitir o no el ingreso. La persona que lleva a cabo el rechazo, debe ser aquella que tiene el derecho de exclusión originario o derivado. Es titular de tal derecho quien viva actualmente en el lugar profanado y puede ejercerse aún contra el propietario o poseedor de la habitación.

TEMA VII. IRA E INTENSO DOLOR. *IN DUBIO PRO REO*. “Es contrario a la técnica y a la lógica jurídica alegar violación directa de la ley y apoyar su fundamentación en apreciaciones y críticas de carácter netamente probatorio; es decir, que no se puede sustentar la violación directa en alegaciones que son propias de la violación indirecta; sino a través de razonamientos de estricto derecho encaminados a probar el adecuado encuadramiento de los hechos en la norma legal. También ha reiterado que la censura por la vía directa excluye todo debate probatorio debiendo el censor aceptar los hechos que dio demostrados el sentenciador y la decisión de responsabilidad en los términos consignados en la sentencia. La ira es una atenuante subjetiva y personal que sólo favorece al autor del hecho que obra en tal estado movido por un comportamiento ajeno grave e injusto. El beneficio de la duda (*in dubio pro reo*) sólo surge de la incertidumbre insuperable que emerja de la prueba del proceso en cuanto a la responsabilidad o inocencia del procesado.

.....

“La sala no ha cesado de repetir que es contrario a la técnica y a la lógica jurídicas alegar violación directa de la ley y apoyar su fundamentación en apreciaciones y críticas de carácter netamente probatorio; es decir, que no se puede sustentar la violación directa en alegaciones que son propias de la violación indirecta, sino a través de razonamientos de estricto derecho encaminados a probar el adecuado encuadramiento de los hechos en la norma legal.

“También ha reiterado que la censura por la vía directa excluye todo debate probatorio debiendo el censor aceptar los hechos que dio por demostrados el sentenciador y la decisión de responsabilidad en los términos consignados en la sentencia.

“La demanda presentada en este caso contraría abiertamente las indicadas reglas de técnica convirtiéndose en un escrito sustancialmente inepto a los fines del recurso, porque habiéndose acogido expresamente el impugnante al quebranto inmediato o directo de la ley, sin embargo, desvió el ataque criticando el contenido de la prueba, fijando sus alcances probatorios y, finalmente, oponiendo su personal criterio al del fallador para resaltar, por esta vía, la violación de normas sustanciales que tienen que ver con la legítima defensa y la ira, causales de justificación del hecho y atenuación punitiva, respectivamente; vicio que afecta por igual los dos reproches formulados bajo el ámbito de la violación directa de la ley.

“De ahí que esta forma de quebranto no pueda sustentarse sobre un replanteamiento de los hechos procesables con miras a que sean enjuiciados de manera diferente de como lo fueron en la sentencia.

“Pero esta falla de orden técnico que da al traste con la pretensión infirmatoria del recurrente haciendo que los cargos formulados a la sentencia no fructifiquen no impide a la Sala dejar en claro lo siguiente:

“La legítima defensa alegada como justificación del hecho fue materia de amplio debate y decisión en las instancias, pese a lo cual se pretende su reconocimiento en sede de casación dándose por establecido que ... se incorporó del asiento y accionó el arma de fuego para repeler una agresión injusta, grave e inminente del sujeto extraño que después de haber averiguado por su nombre salió a la calle y le disparó causándole una

leve lesión en un dedo de la mano derecha; supuesto fáctico que riñe con el acogido por el Tribunal Superior después de un examen global, coherente y persuasivo del causal probatorio que lo llevó a dar por demostrado que la víctima en ningún momento indagó por la identidad de su victimario, no lo amenazó ni menos le disparó con la intención de causarle daño concluyendo que "... , al oír el disparo y al observar que el dedo meñique de su mano derecha manaba sangre por haberlo lesionado uno de los fragmentos del vidrio del escaparate que destrozó el proyectil, se paró y salió por detrás del mostrador de la tienda hasta la puerta de la calle, donde al percatarse de que el autor del tiro se ausentaba de ese lugar, le disparó dos veces su revólver y al instante aquél cayó gravemente herido al piso", recordando que el móvil del delito no fue otro que el de satisfacer una venganza y que de acuerdo con la dirección del proyectil penetrante por la región temporal inferior derecha del occiso, "de atrás hacia delante y de abajo hacia arriba", el balazo lo recibió encontrándose de espaldas; circunstancia ésta que hacía perder actualidad o inminencia a la supuesta agresión de ... , cuyo accionar fue considerado como imprudente e irreflexivo.

"La tardía confesión del sindicado en la que plantea la causal de justificación tantas veces reclamada y otras tantas rechazada, aparece desvirtuada en este aspecto por abundante prueba testimonial y técnica obrante en autos, y los declarantes que la respaldan, entre los cuales ... y ..., resultan sospechosos y poco creíbles, a juicio de los falladores de instancia.

"Una vez más el recurrente se equivocó al pretender que la casación es una tercera instancia destinada a revivir debates probatorios relacionados con la credibilidad asignada a determinadas pruebas, máxime cuando éstas carecen de valor específico y la crítica se basa en su personal y subjetiva valoración de las mismas.

"Si en el fallo impugnado se da por sentado que en ningún momento el occiso provocó al victimario, mucho menos en forma grave e injusta, de modo que esa provocación repercutiera en su estado de ánimo para actuar en la forma en que lo hizo; no se ve cómo pueda reconocerse en su favor dicha diminuyente punitiva, con el fácil argumento de anteponer a las sólidas y razonables consideraciones del Tribunal las personales apreciaciones del impugnador. En esa disparidad de criterios no puede

prevalecer la interpretación del demandante, toda vez que la decisión del Tribunal viene precedida de la doble presunción de legalidad y acierto.

“La ira es una atenuante subjetiva y personal que sólo favorece al autor del hecho que obra en tal estado movido por un comportamiento ajeno grave e injusto; y se ha sostenido con razón, a través del proceso, que la actuación anterior de la víctima, imprudente indudablemente, pero no dirigida en ningún momento a agredir al procesado, no era apta ni suficiente para generar el estado atenuador de la ira, pues la reacción homicida fue producto más del temperamento explosivo y el poco respeto por la vida ajena por parte del actor, que la provocación de quien a la postre resultara muerto.

“Finalmente, no está demás señalar que el beneficio de la duda (in dubio pro reo) al que tímidamente alude el recurrente, sólo surge de la incertidumbre insuperable que emerja de las pruebas del proceso en cuanto a la responsabilidad o inocencia del procesado; situación ésta que no se vislumbra en autos por la certeza absoluta que campea respecto a la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas, Acta No. 103, 09-11-93, Gaceta Judicial No. 2466, t. CCXXVII, p. 582).

COMENTARIOS

En criterio muy propio de los contenidos jurisprudenciales, en cuanto desarrollos casuísticos de un tema sustancial, la Corte considera que no puede ser considerada como reacción defensiva el ataque por la espalda; la conclusión es válida desde el punto de vista óptico, pero su valor debe ser restringido al caso concreto, pues depende de las restantes circunstancias del hecho; con lo cual no puede ser generalizado por vía doctrinal; solo sirve para la solución de la presente hipótesis fáctica. La reacción a espaldas del atacante puede ser posible como legítima defensa en múltiples ocasiones si el atacante, por ejemplo se está dirigiendo a tomar un arma poderosa. De todas formas la validez de de las conclusiones de la Corte reflejan la riqueza que posee la adecuada implementación de la técnica del caso.

Como criterio general de orden doctrinal para determinar la inminencia y la actualidad de la agresión injusta en la legítima defensa baste con

afirma que no basta la simple ilusión de peligro o amenaza, ni la probabilidad de agresión futura, ni la realidad de agresión pasada; la agresión debe tener fuerza y magnitud real, debe actualizarse, existir en el momento de la defensa. La defensa putativa entendida como errónea valoración o simple imaginación de un peligro, se considera error de hecho. La ofensa debe estar próxima a su consumación o perdurar luego de consumada, por lo cual no se admite esta justificación frente a ofensa pasada cuyos efectos no perduren en el momento de la defensa; caso en el cual no observamos defensa legítima sino ánimo de venganza, de justicia por mano propia y con ello arbitrariedad e inobservancia conciente de las prohibiciones normativas.

TEMA VIII. LEGÍTIMA DEFENSA. ..."Para predicar la legítima defensa debe partirse de la base de que el comportamiento es típico pero no antijurídico al presentarse la realidad de la eximente. Confundir estos dos presupuestos básicos sobre los que se fundamenta la noción del delito es un craso error."

.....

“1. Como bien se conoce, la invocación de la violación directa de la ley sustancial implica para el censor el deber de aceptar, sin condiciones, los hechos tal y como lo evaluó el fallador, al paso que en la hipótesis de la violación indirecta, es de su esencia, discutir la prueba, rechazando en forma total o parcial los hechos que la sentencia declara probados. Si la intención del demandante es atacar la apreciación que se hiciera de las probanzas en el fallo, o la existencia de la prueba, o su aducción ilegal, o su valoración probatoria, tiene a su disposición el ámbito de los errores de hecho (distorsión, omisión o suposición) o de derecho (legalidad y convicción) para alegarlo. Pero si, por el contrario, el yerro que observa versa sobre el juicio de valor que el sentenciador hiciera de una determinada norma sustancial, discrepando tan solo en cuestiones relativas a su aplicación o a la interpretación jurídica de su contenido, sin consideración al aspecto probatorio, el ataque necesariamente ha de plantearse por la vía de la violación directa.

“2. El actor olvida estas perceptivas. Aunque la enunciación del cargo es adecuada --violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 323 del C. P. Y falta de aplicación del artículo 29, numeral 4 ibídem—su desarrollo argumental traslada la impugnación a los terrenos

de la infracción indirecta toda vez que sus propósitos conducen a demostrar un hipotético error del juzgador sobre el régimen probatorio del proceso y no sobre la norma sustancial como debería ser, en acogimiento de su propia estimativa, bien porque no fue aplicada, ora porque se aplicó indebidamente, ya porque se interpretó erróneamente.

“Para que su aserto fuera correcto era requisito indispensable que el Tribunal, al examinar el material probatorio, hubiese admitido como demostraba la injusta y actual agresión de ... destinada a quitarle la vida a ... , hecho que obligó a éste a responder en igual forma en defensa de su propia integridad; entonces, el yerro consistiría en un error de subsunción del caso concreto bajo los hechos condicionantes del precepto, toda vez que el sentenciador no seleccionó el artículo 29, ordinal 4 del C. P., aplicando indebidamente la norma del artículo 323 de la misma obra.

“Ahora bien, si su intención era cuestionar el estudio que la Colegiatura hiciera de los hechos y de su prueba, la vía a adoptar era la de la violación indirecta, bajo dos aspectos diferentes: Ya escogiendo los terrenos del error de hecho ora los de derecho.

“3. Un examen de la cuestión permite a la Sala advertir que, el actor, lejos de respetar el sentido de la violación directa que alega, contrariando la técnica del recurso, se dedica a recrear a su amaño y acomodo la actuación procesal. Con este último paso no hace otra cosa que convertir su libelo en un típico alegato de instancia donde cada sujeto procesal presenta su particular visión del expediente con miras a conseguir que sea acogido por el sentenciador. Sin embargo, en sede de casación esta polémica no tiene razón de ser. Aquí se examina si la decisión judicial se ajusta a la ley, esto es, si se aplicaron correctamente las normas de derecho que se adecuaban al caso y si su pronunciamiento guarda relación con la verdad procesal.

“4. Es de observar –volviendo sobre el tema– que si la censura y su desarrollo argumental queda circunscrita al ámbito de la violación indirecta, el éxito no hubiera acompañado su pretensión. Resalta la demanda de casación la versión de ... sobre los pormenores del enfrentamiento pero no aclara si el Tribunal la omitió o la tergiversó, con la cual el reproche queda de una simple aseveración, como lo son sus infundadas palabras de que el hecho que revela “...no es imaginación, ni fantacia (sic) de la defensa...”.

“Tampoco resulta clara su indicación de las “amenazas de muerte” que sufría su patrocinado, al no señalar en ninguna parte del escrito si las exégesis que dan cuenta de ellas fueron silenciadas o distorsionadas por el Tribunal. De otro lado, no resulta seria su alusión a la “...personalidad peligrosa, traicionera’ ...” del occiso, pues no demuestra cuál es su relación con los sucesos criminosos investigados, esto es, si fue debido a su carácter que se desencadenó la tragedia y cuál fue el yerro cometido respecto de las “diversas declaraciones” que la predicen. Visto así el planteamiento resulta ineficaz para el fin propuesto, aparte de que no examina la totalidad de las probanzas tenidas en cuenta por el Tribunal, ni la trascendencia que estos yerros habrían tenido en una decisión favorable a los intereses de su cliente. Son, al final de cuentas, apreciaciones deshilvanadas y carentes de cualquier respaldo probatorio.

“Pero ni siquiera se sabe si en verdad es la tesis de la legítima defensa la que busca esgrimir en su libelo al apuntar otros criterios distintos y excluyentes. Como bien lo resalta el colaborador del Ministerio Público.

“... Pareciera también por las alegaciones referidas, que el ataque propugna por la excluyente de culpabilidad del error (defensa putativa) debatida igualmente en la instancia, partiendo del supuesto que tuvo ... de verse agredido por su ‘ peligroso ‘ enemigo que de tiempo atrás lo tenía amenazado de muerte. Inclusive, la aminorante punitiva de la ira – artículo 60 del C. P. – al reaccionar contra la injusta provocación producida por las palabras soeces lanzadas por ..., ofensivas al honor maternal del inculpado, el desacierto por lo contradictorio es evidente”.

“5. El cúmulo de falencias descritas desquician el libelo. Pero aún falta una apostilla final. Una última frase de la exposición argumental llama la atención de la Sala por el desatino jurídico que conlleva. Según su parecer, “ ... con planteamientos o pruebas que no se encuentran en el proceso no se puede desviar la verdadera adecuación atípica (?) de la conducta del procesado, estando en juridicidad de excepción inscrito su comportamiento”.

“El actor confunde el proceso de adecuación típica, esto es, el encuadramiento o encaje de la conducta en el supuesto de hecho descrito en la ley penal con la atipicidad, que es el fenómeno contrario, es decir, la presencia de un comportamiento que no se corresponde con la descripción

de una figura de delito, siendo, por tanto, la acción penalmente irrelevante. Ahora bien, si la conducta de su patrocinado es atípica, no hay razón para alegar una justificante como la de la legítima defensa pues para predicar esta causal debe partirse de la base que el comportamiento es típico pero no antijurídico al presentarse la realidad de la eximente. Confundir estos dos presupuestos básicos sobre los que se fundamenta la noción de delito es un craso error que denota a las claras los vacíos jurídicos de que padece el escrito de casación.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez, Acta No 32, 24-03-94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX, p. 164).

COMENTARIOS

El proceso de adecuación o subsunción inicia la fase de aplicabilidad concreta de un hecho ontológico, al supuesto normativo descrito de manera abstracta en los diferentes tipos penales. Se trata de un proceso lógico, dinámico, formal y objetivo que examina todos y cada uno de los elementos estructurales que posee a manera de hipótesis el tipo inmanente hasta hacerlos coincidir o trascender al comportamiento humano objeto del análisis.

La doctrina con afán metodológico ha distinguido los conceptos de tipo y tipicidad en relación con el proceso de aplicabilidad concreta arriba mencionado, entendiendo por el primero la descripción abstracta y formal que el legislador hace de un comportamiento en una norma y por la segunda la adecuación de una conducta realizada por un hombre en el mundo real a la hipótesis normativa abstracta. Para concluir que el tipo es el presupuesto normativo del hecho punible, mientras que la tipicidad sería uno de sus elementos dogmáticos constitutivos.

Resultamos un eventual valor didáctico de la anterior distinción, un esfuerzo académico francamente nominalista que en últimas puede más bien entorpecer y confundir la expresión doctrinal y judicial del primer elemento dogmático del hecho punible ; es más acertado entender la tipicidad como el estudio general de los tipos penales en relación con su estructura, naturaleza y características, así como en referencia a todas las vicisitudes que presenta su adecuación al comportamiento humano concreto.

En otro sentido la distinción que confunde adecuación típica con tipicidad significa una postura ecléctica entre las doctrinas dogmáticas y subjetivista del delito la primera -y a ella nos afiliamos sin reservas en la tipicidad el primer elemento del hecho punible y la segunda tan solo su presupuesto formal ; no es posible llegar a tal grado de combinación doctrinal, tratándose de posiciones tan antagónicas e irreconciliables como que la primera concepción concluye que la tipicidad es requisito para que se puedan realizar los análisis de antijuridicidad, no justificación y el juicio subjetivo de culpabilidad, mientras que la segunda deriva la existencia del punible exclusivamente del plano subjetivo.

En una palabra, que es perfectamente posible que haya causas de justificación, pues la conducta es perfectamente conforma a Derecho en atención a la salvaguardia de intereses preferentes, como el respeto a la autonomía de la voluntad del particular o el reconocimiento de los usos y convicciones de la generalidad de los ciudadanos, que simultáneamente excluyen ya la tipicidad (indiciaria o tipo en sentido estricto) porque queda claro desde el principio que la conducta no es ni puede ser jurídico-penalmente relevante -ni siquiera es jurídicamente relevante o preocupante-, dado que se valora tanto social como jurídicamente como normal y usual pese a la afectación de bienes jurídicos o dado que realmente ni siquiera se ve menoscabado el bien jurídico. Frente a esto es frecuente, quizás más frecuente que las conductas amparadas por causas de justificación no sean tan totalmente usuales, normales ni irrelevantes y por ello sean en principio típicas, es decir, encajan en el tipo estricto o indiciario, aunque no en el tipo en sentido amplio o tipo total de injusto.

Por el segundo aspecto tratado en la anterior providencia por la Corte con ánimo de aclarar, conceptos elementales de la dogmática que no se pueden admitir en sede de Casación a los impugnantes podemos precisar los siguientes conceptos. La adecuación o subordinación típica (tipicidad) puede estar excluida debido a la presencia de circunstancias que impiden su afirmación procesal. Ellas son de dos clases: o bien se trata de una conducta en la cual se da una ausencia o falta total de tipo penal, o bien de una acción a la que falta su integración a un tipo penal preexistente porque no concurre alguna de las exigencias de la figura.

En el primer evento arriba referido la impunidad es absoluta. Se trata de un comportamiento que el agente ha realizado en la firme creencia de que es constitutivo de una acción punible, pero la misma no ha sido

descrita como tal en las leyes penales. Se trata de una situación personal de error que recae sobre una conducta totalmente atípica que el sujeto activo considera típica. Probablemente las exigencias ético-sociales del agente son más estrictas que las que expresan el Código Penal. En tales hipótesis la pura subjetividad carece de significación jurídica para convertir en delictuoso lo que no lo es. Quien actúa de este modo no puede ser penalmente castigado si siquiera a tenor de la figura del delito imposible. Lo veda terminantemente el principio de legalidad de los delitos y de las penas, de raigambre constitucional.

La segunda hipótesis el tipo penal, la descripción comportamental ha sido incluida por el legislador en el Código Penal Sustancial; no obstante el hecho realizado, connotación probatoria estricta, revela que no es típico, en cuanto carece de alguno de los elementos estructurales que el propio tipo contiene y por ende exige sin remedio. Así habrá atipicidad si quien realiza la acción de apoderamiento de una cosa mueble (acción típica de hurto, en cuanto elemento típico), resulta ser a la postre el propietario de la misma; hace falta pues uno de los elementos estructurales, la ajenidad del bien mueble apoderado; no hay punible al frustrarse el juicio de tipicidad.

TEMA IX. LEGÍTIMA DEFENSA. ..."Es propio de la legítima defensa, que el injustamente agredido actúe con la intención de producir daño a su agresor, para evitar que con su conducta lesione el bien jurídico que se intenta proteger, de modo que no es lógico negar la intención para atribuir la muerte del atacante a sus inesperados movimientos, ya que eso conduce es a una causal de inculpabilidad -caso fortuito-."

"La legítima defensa exige que la agresión además de actual e inminente sea injusta, esto es, contraria a derecho."

.....

"10. Son tan graves las fallas de técnica en que incurre el censor en la proposición y desarrollo de esta censura, que la Corte necesariamente tiene que llegar a la conclusión de la desestimación del cargo. Veamos por qué:

“Lo primero que se advierte es que el demandante no distingue si el quebrantado de la ley se produjo la vía del error de hecho o de derecho, y si bien es cierto que el estatuto actualmente vigente no exige que el error planteado se califique en uno u otro sentido –de hecho o de derecho—si se debe indicar en qué consiste la inconformidad, para así mismo saber a qué debe apuntar su fundamentación. La claridad en la presentación de error que sirve de base al reproche, así como la demostración de su existencia y trascendencia son requisitos esenciales para que la demanda de casación pueda tener éxito, y cuando el cumplimiento de estas exigencias se omite, es lógico concluir que el cargo y en este caso la demanda no tiene vocación de prosperidad.

“El planteamiento inicial radica en que el Tribunal no apreció las declaraciones de ... e ... , es decir alega en este punto un falso juicio de exigencia por omisión; no obstante esto olvidando su argumento en el desarrollo de la demanda y analizando la sentencia del Tribunal, el censor manifiesta:

“...ahora en lo referente a la exposición del señor..., celador del edificio, cuya manifestación está analizada en forma ineficaz, pues el testigo dice haber visto que el médico cayó y que se incorporó rápidamente y a lo cual siguió la detonación” (fls. 6 y 7 demanda – negrilla extratextual).

“F) EL H. Tribunal, para sustentar sus anteriores afirmaciones dice que:

‘...No en todo es contradictoria e inverosímil (sic) esta declaración, tal y como se propuso (se refiere al dicho de... (fl. Providencia atacada)’.

“El ad quem, no se ocupó de ese interrogante y por ello acepta esa declaración que ‘no en todo es contradictoria e inverosímil’ (sic). Esta omisión la considero errada apreciación de la prueba” (negrillas-extratextual)

“Como se desprende de los apartes transcritos, ahora el censor no alega la falta de apreciación de las versiones de... y..., sino que estima que una fue analizada en forma ineficaz esto es, que no se le reconoció credibilidad, argumento propio del error de derecho, y de la otra dice que fue apreciada en forma errada, alegación del falso juicio de identidad.

“La mezcla indiscriminada de censuras con respecto a una misma prueba, resulta totalmente desafortunada pues no es posible determinar cuál es en definitiva la inconformidad del recurrente.

“Plantear simultáneamente un falso juicio de identidad, falta de apreciación de una prueba e incorrecta valoración de la misma, es un buen ejemplo de una de las fallas que no se deben cometer en casación.

“20. Dentro de la demanda el libelista hace afirmaciones que no corresponden a la realidad de la actuación.

“Al analizar el testimonio de..., aduce que este señor bajo juramento afirmó que no hay testigos de las lesiones producidas a su hermano y que finalmente conllevaron su muerte, sin embargo lo que textualmente dijo el declarante fue lo siguiente:

“PREGUNTADO: diga al Despacho qué personas se dieron de cuenta del hecho que está denunciando ?.. CONTESTO: No puedo informar eso pues yo no estaba pero sí debe de haber testigos, ya no sé”. (Fol. 3 vuelto cuaderno principal).

“No es lo mismo manifestar que no hay testigos, a señalar que sí debe haber testigos, porque éstas son dos afirmaciones distintas, en la primera se niega categóricamente un hecho, en la segunda se desconoce su existencia pero se cree que sí puede haberse presentado.

“Pero toda duda se disipa al leer la ampliación de la denuncia en la que afirma:

“PREGUNTADO: Ha averiguado qué personas fueron testigos de los hechos? CONTESTO: Estaba el portero, porque, él tuvo que llamar al agresor para que corriera el carro y mi sobrino, quien fue el que me informó sobre los hechos” (fol. 6 vuelto cuaderno principal).

“En relación con la versión de... señala que el testigo afirmó que quien inició el ataque fue..., porque mientras el médico le hablaba éste le mando unas patadas.

“Miremos lo afirmado por el testigo:

“ En ese instante salía un carro yo fui a abrir el portón de salida cuando escuché voces que discutían el señor ... con el señor ... , se decían cosas, entonces yo volteé a mirar a ver que era lo que pasaba y vi que don ... le mandó un bofetón a don ... y él, don ... le mandó una patada, (sic) creo que hay (sic) don ... se cayó pero al instante se incorporó otra vez y siguieron discutiéndose y hay (sic) pelidándose” (fol. 15 cuaderno principal – negrilla extra textual).

“Es claro que quien inició la agresión fue ... y no ... como lo afirma el libelista ya que su defendido fue el primero que golpeó dio el bofetón—y esa actitud tiene gran importancia frente legítima defensa que se viene invocando.

“c) Arguye que la Sala de decisión no observó que al lado del cadáver se hallaban abundantes bloques de la pared derruida. Circunstancia que fue alegada por el indagado para demostrar que con ellos el hoy occiso lo trató de golpear cuando se encontraba en el piso indefenso.

“Revisemos el texto de la sentencia del Tribunal:

“ Se probó entonces indefectiblemente, que ambos contrincantes se dieron de golpes y es aquí donde la Sala discrepa en la valoración probatoria hecha. Toda vez que el último aspecto visto no fue en debida forma estudiado, orientándose el enfoque de manera principal sobre la situación física del procesado para llegar a ubicarlo en la plena indefensión cuando lo cierto es que repelió en forma ineficaz los golpes recibidos, antes de hacer uso de la arma. Dice el señor defensor que se probó la existencia de unos bloques o ladrillos en el lugar del insuceso y ello no se niega, pero de ahí a que se dé por sentado que con uno de estos elementos, ... se lanzara sobre ...cuando yacía en el piso es imposible, máxime si se tiene en cuenta que las personas que acudieron inmediatamente al sitio e incluso el mismo testigo ... a fl. 142 nada encontraron cerca del cuerpo de la víctima, que supuestamente esgrimía el objeto contundente cuando recibió el disparo. En concreto víctima y victimario se trenzaron voluntariamente en lucha, en riña, lo cual de por sí ya elimina la legítima defensa mientras no se varíen esas condiciones iniciales y como en este evento no se modificaron, la figura no tenía cabida (fol. Sentencia tribunal – negrilla de la Corporación).

“El tribunal sí tuvo en cuenta y valoró la afirmación de ... en relación con la existencia de los bloques de ladrillo en el lugar de los hecho, situación diferente es que no hubiese llegado a las conclusiones de la defensa. Al respecto se debe recordar que analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo con la sana crítica para tomar una decisión es función que corresponde al Juez, y si la conclusión no coincide con el planteamiento del defensor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación. Este tipo de alegación no es otra cosa que la contraposición del criterio del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo.

“3o. En lo que tiene que ver con el planteamiento de fondo varias son las precisiones que se deben hacer.

“a). Equivocado y por demás contradictorio resulta, sostener que su defendido obró amparado por la causal de justificación legítima defensa, teniendo en cuenta que:

“Estando caído o semicaído, no tenía a su alcance otro medio para impedirle a ... su intención homicida y por eso actuó como lo consideró oportuno ante el peligro que amenazaba su vida, pero sin intención de herir o matar, lo ocurrido fue por los movimientos inesperados del atacante, movimientos propios de las circunstancias de ambas partes” (fol. 13 demanda).

“Es propio de la legítima defensa, que el injustamente agredido actué con la intención de producir daño al agresor, para evitar que con conducta lesione el bien jurídico que se intenta proteger, de modo que no es lógico negar la intención para atribuir la muerte del atacante a sus esperados movimientos, ya que eso conduce es a una causal de inculpabilidad –caso fortuito--.

“b). La legítima defensa exige que la agresión además de actual o inminente sea injusta, esto es, contraria a derecho. En el caso en estudio sólo la actitud agresiva partió del procesado quien en el transcurso de la discusión le dio una bofetada al hoy occiso lo que motivó su reacción, que además del material probatorio lo que se desprende es una simple riña donde la acción de los adversarios es recíprocamente injusta. Naturalmente si en el transcurso de la pelea cambian los medios de ataque defensa, es lógico que la persona tiene derecho a defender el

bien jurídico que ésta en inminente peligro de ser menoscabado, circunstancia que no está probada en este asunto.

“En conclusión, lo que se observa es una decisión muy benévola, pues el reconocimiento del exceso en la legítima defensa resulta bastante discutible, pero inmodificable en las circunstancias en que se desarrolla el recurso.

“40. Finalmente, la Corporación estima acertada la sugerencia del Procurador Delegado sobre la Pena accesoria de suspensión de la patria potestad, ya que efectivamente sin ninguna motivación, como si ella fuera inherente a la pena de prisión.

“Pero de otra parte, no existe fundamento alguno para su imposición, pues no se ve de qué manera el hecho cometido pueda conducir a que resulte inconveniente el ejercicio de la patria potestad, de modo que la irregularidad se subsanará casando parcialmente la sentencia y revocando la aplicación de esa sanción accesoria, en ejercicio de la facultad oficiosa que otorga a la Sala el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel, Acta No 111, 06-10-94, Gaceta Judicial No 2472, t. CCXXXIII, p. 703).

COMENTARIOS

La agresión es injustificada o injusta, esta última expresión menos afortunada, si es contraria al ordenamiento jurídico, es decir antijurídica, lo cual significa que por parte del agredido no hay obligación de tolerar la agresión y que esta no está autorizada por el Ordenamiento. Sin embargo es reiterada la jurisprudencia que excluye la exigencia de que la agresión constituya hecho típico o tentativa del mismo, mucho menos conducta punible consolidada basta que contraríe un derecho reconocido y tutelado; lo anterior obviamente informado, por el límite de la proporcionalidad y por los requisitos de inminencia y actualidad; parámetros básicos que no permiten la reacción defensiva legítima que vulnera el bien de la vida, frente a una agresión, que aunque injustificada ataque la autoestima del agente. Por otra parte es de aclarar que la agresión por parte de un inimputable, o de sujeto amparado por una causal de inculpabilidad (error, caso fortuito, etc.), es

susceptible de reacción defensiva legítima. Se acepta que basta la antijuridicidad formal y objetiva de la agresión.

TEMA X. LEGITIMA DEFENSA. “Para que (la defensa) sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió”.

.....

“1.- Primeramente y de manera muy sencilla, se requiere señalar que la insatisfacción que encuentra el impugnante en la diligencia de levantamiento del cadáver de ... de los requisitos que el autor citado en la sentencia de segunda instancia trae para que pueda predicarse la ocurrencia de un disparo a boca de jarro, tiene por cometido sustentar lo que ha sido su tesis en el discurrir de todo el proceso, esto es, que las heridas que ocasionaron la muerte de ... , lo fueron cuando éste luchaba con ... , defendiéndose su representado del ataque del hoy occiso, luego de que su compañera lo había herido gravemente. Se pretende, pues, constituir los hechos propios a una legítima defensa que busca la CORTE les reconozca ahora, ya que en sede de las instancias procesales les fue denegada.

“La Sala, entonces, antes de entrar a tratar el tema referente a los disparos a corta distancia o a boca de jarro, entiende que debe realizar algunas precisiones, así:

“Mientras la prueba que alude a que no hubo por parte de ... , ni de su compañera ataque alguno contra el hoy condenado, es abundante y, en lo sustancial, sólida y conteste y creíble como tal, los únicos dos testimonios que se asegura respaldan lo sostenido por el procesado, sometidos a la sana crítica tiene graves falencias, así. ... (fls. 481 a 484), al principio de su declaración informa que “vi que sonó algo como un coco, entonces yo volteé a mirar y cuando yo volteé a mirar vi que ... tenía la mano así (la declarante levanta la mano derecha), la señora ... tenía un machete en la mano, yo me quedé mirando, entonces venía el señor ... , ví cuando él levantó la mano así como un puño y entonces ... se cayó y en ese momento yo ví que ... se cayó y el señor ... empezó

a sacar algo por ahí, la declarante señala la cintura, entonces ... se paró y le agarró las manos, él se le botó se le mandó y empezaron a forcejear así los dos y en ese momento salió un tiro y entonces ... le echó los brazos hacia atrás y ENTONCES SE FUERON AMBOS AL PISO Y SONARON LOS DOS TIROS.” Y el remate de su testimonio es así: “Por todos los disparos en el momento en que estaban ellos, con los tiros que ... le hizo a ... , fueron seis tiros que yo ví. El primero sucedió cuando el finado estaba sacando eso así, y ... ,lo prensó de las manos y estaban ellos forcejeando así cuando el primer tiro, después empezaron ellos a forcejear y ... lo abrazó a él y le echó los brazos sobre la nuca Y SONARON DOS TIROS, DESPUES YA ESTABAN ELLOS EN EL PISO y ví cuando la señora ... cogió algo y era el revólver y le hizo tres tiros.”

“Apréciese bien, entonces, que primeramente, asegura que dos de los tiros los recibió...., en el piso y, al final, afirma que fue después de que los recibió que los dos se fueron al piso. Contradicción esta en materia grave que, unida a las consideraciones que vendrán después, deja sin ningún mérito probatorio sus asertos.

“Es bien extraño, que, mientras obra como un hecho cabalmente demostrado que ... llegó al sitio en que le ocasionó la muerte a ... trasladándose en una motocicleta en la que inclusive le dio una vuelta a la manzana antes de apersonarse en la propiedad de aquél, la ... nada apreció sobre el particular, en lo que está de acuerdo con ... , su amigo, aquel que con ella constituyen la única prueba testimonial a favor del hoy condenado. Estos declarantes están por manera tal de acuerdo en todas las minucias de los puntos sustanciales de lo que servirá de defensa al procesado que no puede menos de pensarse en que fueron preparados para corroborar los asertos de éste. Pensamiento que fluye sin esfuerzos, diáfano y apabullante, cuando se analizan estos testimonios rendidos un año (1) después de los hechos. Bien curioso que sí es el testimonio de ... ,pues todo indica que no se atreve a manifestar qué fue lo que personalmente él apreció de los hechos aquí juzgados. Y por ello no es capaz de colocarse en primera persona (‘ví’), sino siempre en compañía de..., “VIMOS (si está con otro sí tiene arrestos para ver), como si él no hubiere observado NADA.

“Pero en esto de darle pleno crédito a los testigos de cargo contra ... y no a quienes buscan exonerarlo de cualquier responsabilidad el argumento definitivo está en que la ... y ... , colocan al condenado

recibiendo primero el ataque a machete de la compañera del occiso, ... , y un golpe que lo aventó al suelo de ... , para ahí sí y cuando vio que éste se llevaba la mano a la cintura, lanzársele encima con el único fin de ejercitar su legítimo derecho de defensa, con tan mala suerte para el hoy occiso, que en la lucha se produjeron los disparos que le ocasionaron la muerte. Olvidan en su afán de defensa un hecho por manera tal trascendental que niega lo por ellos declarado. Según lo así aseverado los golpes de machete recibidos por ... lo hirieron tan GRAVEMENTE (él mismo asevera que “me rajó la cabeza la señora y yo le metí la mano y fue cuando me voló el dedo que me quedó colgando”), a lo que se agregó el bestial puñetazo de ... que lo lanzó al piso, que, en tales condiciones, es apenas obvio que mal podía luchar contra aquél y vencerlo. Absurdo desde luego, como también lo es la circunstancia de que, según estas versiones, ... , a quien, precisamente, presentan como una fiera que, antes, lo había herido a machete, ahora se está quieta, con la mansedumbre de una paloma, mientras su compañero lucha a muerte y allí, efectivamente, recibe las lesiones que ocasionan su deceso. Ilógico todo punto de vista.

“Finalmente, importa señalar que según la versión del condenado y sus acólitos, el arma la portabaEllo es obvio dentro de la presentación que ellos realizan el caso. Pero he aquí que inexplicablemente (a no ser porque ciertamente quien tenía el revólver cuando los hechos era ...), la correspondiente chapuza aparece en poder de éste, quien la entrega a una hermana suya de él y ésta a su turno a la autoridad.

“La prueba, pues de responsabilidad para ... es contundente, sin que la misma pueda, en sana lógica, ser jamás derruida por las apreciaciones alrededor del criterio de un actor citado por el Tribunal, sobre los disparos a corta distancia o a boca de jarro.

“2.- Recuérdese que el censor alude, prima facie, a que la herida recibida por su representado en uno de los dedos de la mano derecha, lo fue en su cara interna, según se puede apreciar al folio 183, donde obra una experticia médico-legal. Pues bien, observado el documento, allí se lee entre otras cosas que, efectivamente, se presentó amputación de la falange distal y que para el momento de expedición del certificado ya había sido sometido a tratamiento quirúrgico al respecto (“reimplante de falange distal, osteosíntesis tenorragia”): se refiere también allí la

herida que en la región frontal y nasal recibiera el condenado y se fija “una incapacidad médico legal definitiva treinta (30) días y como secuela le queda una deformidad física en la mano derecha”, pero por parte alguna se determina que la herida en el multicitado dedo hubiera sido en su CARA INTERNA. Se aparta, pues, de la verdad en este sentido el censor, como así también lo constató y expresó el Ministerio Público en su concepto ante la CORTE y quedan, entonces, sin ningún estribo sus conclusiones sobre que la señora ... mintiera cuando refirió que fue teniendo ... aún el arma empuñada, luego de propinarle los disparos a su compañero, que ella reaccionó dándole machetazos de que hablan los autos, pues de ser ello así, la herida no habría podido ser interna. Lo que el proceso permite asegurar es que la señora sí obró como ella lo concreta y que el recurrente es cuando menos indelicado ya que coloca diciendo al expediente lo que no enseña.

“3.- Se empieza por recordar que el censor echa de manos que no se hubiese practicado en orden a la determinación de la distancia a que fueron hechos los disparos las correspondientes pruebas “microscópicas”, pero lo extraordinario es que, habiendo sido él sujeto procesal, en el trámite del mismo, hubiera solicitado la práctica de tal probanza. Se duele, pues, de que procedimiento asumido no hubiera sido ‘científico’, “ya que la simple observación macroscópica genera errores de diagnóstico”.

“No entiende, entonces, la CORTE por qué si el mismo está predicando tremenda probabilidad de error en los exámenes meramente “macroscópicos” se vale exactamente de esta prueba para criticar las conclusiones a que arriba el Tribunal. Postura de esta jaez no tiene ninguna sindéresis y fatalmente debe llevar al fracaso de la pretensión.

“Una apreciación elemental en estas materias es que la verificación de que se trata de heridas de contacto o a boca de jarro se realiza en el curso de necropsia, la que permite observar los destrozos de los tejidos o de los órganos subyacentes con signos de ennegrecimiento y chamuscamiento. Que esto es así lo reconoció inclusive la médico ... , quien practicó el levantamiento del cadáver de ... que a pesar de estas precisiones de la galeno (quien en su declaración claramente expresa que “Yo en ningún momento entro a explorar la herida o a detallarla sino solamente a describirla, el sitio, la región, la forma, la medida; yo nunca digo si es

un orificio de entrada o de salida, eso lo determina el médico legista, AL IGUAL QUE EN ESTE CASO LOS TATUAJES, por eso siempre se hace consignar en estos eventos al aparecer rastros de pólvora”), el censor tome lo indicado por ella en el acta de levantamiento como demostración cabal de que las heridas se produjeron por disparos hechos a boca de jarro.

“Olvida increíblemente el censor que en la necropsia practicada por el Médico patólogo ... , Jefe, por parte alguna se dijo de desgarros, quemaduras, tatuajes, ahumamientos. En efecto, allí se lee:

“HERIDAS POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO

“1.1. Orificio de entrada que mide 1 X 1,2 cms. Localizando sobre la región temporo-occipital derecha a 5 cms. Por detrás de la línea media de la oreja derecha, a 11 cms. del vértice y 7 cms. de la línea media.

“1.2. Orificio de salida que mide 1.5 x 1.3 cms. Sobre el lóbulo de la oreja izquierda a 15 cms. del vertice y 11 cms. de la línea media.

“1.3. Lesiones: Fractura hueso occipital región derecha, meninges, lacera pedúnculos cerebrales, fractura peñasco izquierdo, meninges, piel y sale.

“1.4. Dirección: atrás-adelante, derecha izquierda, abajo-arriba.

“2.1. Orificio de entrada que mide 1.2 x 1.1 cms. Sobre la región occipital a 8 cms. del vértice sobre la línea media.

“2.2. Orificio de salida que mide 1.4 x 1.3 cms. sobre el pómulo izquierdo a 1.5 cms. por la línea horizontal del lóbulo nasal izquierdo, a 18 cms. del vértice y 4.5 cms. de la línea media.

“2.3. Lesiones: fractura hueso occipital sobre la línea media, meninges lóbulo occipital izquierdo, lóbulo temporal meninges, fractura silla turca, maxilar superior piel y sale.

“2.4. Dirección: atrás-adelante, derecha izquierda, abajo-arriba.

“3.1. Orificio de entrada de 1.2 x 1 cm. Sobre el 8º. Espacio intercostal izquierdo con la línea clavicular media, a 12 cms. del vértice y 11 cms. de la línea media.

“3.2. Sin orificio de salida.

“3.3. Lesiones: piel, músculos intercostales, peritoneo, colon trasver asas intestinales, peritoneo, músculos pélvicos, músculos glúteos derechos, se aloja en cuadrante inferointerno de glúteo derecho.

“3.4. Dirección: Izquierda-derecha, arriba-abajo, adelante-atrás.” (fls. 76 a 78).

“4.- Así analiza la Delegada este aspecto de la demanda:

“...Pasando al segundo de los reproches formulados con auspicio también en el error de hecho fundamentado en la supuesta tergiversación o distorsión probatoria, es notorio que el memorialista no corrige su error, habida cuenta de que en el párrafo escasamente se detiene a recordar pasajes de la diligencia de levantamiento del cadáver y de la declaración que hizo la doctora ...,para concluir que de tales piezas, contrario a lo sostenido por el Magistrado Ponente, sí se demuestra que los impactos reunían las características indicadoras de que habíanse producido a boca de jarro. Por si fuera poco luego dirigió inexplicablemente su denuncia a que por ser prueba de simple observación macroscópica, con ello se dejó de practicar el procedimiento científico adecuado que era la prueba microscópica –la que nunca pidió; situación con la que sin dudar lo abordó un nuevo tema propio de tratamiento bajo la causal tercera, como quiera que la no evacuación de una prueba determinante tiene su asiento demandable en la NULIDAD, debiendo no solo el actor mencionar el medio omitido sino también su capacidad frente a los demás elementos de convicción para hacer inevitable la variación del fallo cuestionado. Revela lo precedente que el censor se contentó con discrepar de las deducciones lógicas decantadas por el juzgador por medio de la valoración dada a los diversos elementos probatorios insertos al proceso. Olvidó por contera que su postura – de ser admitida-sería menos imposible la labor de juzgamiento. Así las cosas, fluye manifiesto, cómo el libelista no pudo destacar error alguno sobre las pruebas mencionadas y por consiguiente permanecen en vigencia las deducciones del sentenciador, las cuales fueron producto de serio y motivado estudio del caudal probatorio

donde le dio credibilidad a la versión de la esposa del desaparecido ciudadano y a quienes la respaldaban para llegar luego a la conclusión que jamás existió forcejo entre los protagonistas y que todo fue respuesta a una conducta premeditada y calculada del procesado, quien ultimó a quemarropa a la indefensa víctima al extremo que lo remató en el suelo.

“...es que ni siquiera los más concedores de la materia se han puesto en armonía conceptual respecto a la distancia exacta en que de manera general un arma deja TATUAJE y de allí saber si las heridas fueron hechas a boca de jarro o a quemarropa, es esto lo que obliga imprescindiblemente a los juzgadores a ampliar el horizonte probatorio para obtener convicción. Eso fue lo que ocurrió en este caso... .”

“Sobre este particular quiere la CORTE señalar que inclusive las expresiones a boca de jarro y a **quemarropa**, según conocido autor, no son en absoluto acertadas. Si la primera ‘es mala’, la segunda, “es pésima. En efecto, si con ella se desea expresar un disparo a corta distancia (como generalmente sucede), es preciso saber que en lesiones por armas de fuego no es posible hablar de corta, mediana o gran distancia, por cuanto éste es un factor librado al criterio de apreciación del que lo valora, siendo lo correcto y lo medido hablar del disparo hecho a tantos centímetros o metros de distancia. Decir simplemente ‘disparo a quemarropa’ no significa nada, ya que hemos visto, al hablar de tatuaje, que la quemadura, que es precisamente la lesión que ha dado pie a esta denominación, varía con las armas y., aún más, con las pólvoras utilizadas.”

“4.- La Delegada, indudablemente acierta cuando señala que la demanda no hace cosa distinta a oponer el personal criterio del impugnante al del sentenciador, sin lograr demostrar que el de éste, haya sido alcanzado, vulnerando las reglas de la sana crítica.

“Y es bien interesante observar que el libelo en el fondo pretende que la CORTE reconozca una legítima defensa en el obrar de Pero como tíñosamente lo anota la Delegada al censor “pasó por alto que tratándose de la legítima defensa no admitida por el juzgador en la sentencia le instaba dentro del recurso a que como había elegido el camino de la violación INDIRECTA, debía entonces no solo demostrar los yerros endilgados al funcionario, sino además cómo en la forma adecuada de la interpretación probatoria, emergían cada uno de los elementos que

integran la figura, esto es, la existencia de la agresión, su actualidad e inminencia contra derecho, la necesidad de la defensa por parte del agredido y su proporcionalidad con la agresión.”(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. Carlos E. Mejía Escobar, Acta No. (26-01-95), 08-02-95, t. CCXXXVI, p. 110).