

A propósito del requisito de la evitación del resultado en el desistimiento.

(Comentario a la sentencia de 17 de marzo de 2004 de la sala penal de la corte suprema de justicia, radicado 13.171)

Diego Araque Moreno*

1. Introducción

Derivación lógica de un derecho penal de acto es que sólo a partir de los actos de ejecución, por lo menos por regla general, cobra legitimidad la intervención estatal -por intermedio del derecho penal- en la esfera de los derechos individuales, pues sólo a partir de ese instante, del comienzo de ejecución, se incrementa o se crea un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico. Esto vendrá a ser así, salvo que el propio agente voluntariamente impida la producción o realización de ese riesgo en el resultado, en cuyo caso operará el reconocimiento de la figura del desistimiento, quedando intacta desde luego, en los supuestos en que así proceda, la responsabilidad por delito remanente.

Voluntariedad y evitación del resultado vienen pues a ser los dos componentes que estructuran la institución del desistimiento de consumir la conducta punible, según criterio pacífico que en este sentido se observa en los códigos penales, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Sin embargo, bastantes desacuerdos existen dentro del tratamiento de la institución del abandono de la empresa criminal. Sin duda, uno de tantos gira en torno a su fundamento, es decir a los motivos o razones

* Abogado. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia.

por las cuales el legislador o el ordenamiento jurídico opta por renunciar a la imposición de la sanción penal. Al efecto existen no pocas teorías que tratan de explicar esta situación, las cuales perfectamente se pueden aglutinar en dos grandes bloques: las siempre presentes teorías jurídicas cuya justificación remite a la ausencia de uno cualquiera de los elementos de imputación penal, y las más modernas teorías político-criminales que reconducen la explicación pertinente a la periferia del sistema en sí mismo considerado, caso por ejemplo de las teorías del premio (FEUERBACH), del puente de plata (VON LISZT) o de necesidad de pena (ROXIN, MUÑOZ CONDE, ALCÁCER GUIRAO).

Pero la discusión ciertamente se extiende mucho más allá de los contornos del mero problema de justificación de la impunidad legalmente otorgada y judicialmente declarada en los eventos de desistimiento. Así las cosas, también se discute sobre su naturaleza jurídica o ubicación dentro de la sistemática o teoría del delito, hasta el punto de que ninguno de los criterios de imputación ha sido soslayado cuando de estudiar esta temática se trata. Al efecto se ha sostenido que el desistimiento opera como una causal de inacción, de atipicidad –objetiva o subjetiva–, de justificación, de inculpabilidad o que sencillamente se trata de una causa personal de exclusión o levantamiento de la pena.

Sólo por citar un último ejemplo más, sobre el requisito subjetivo de la voluntariedad la disputa se ha centrado entre las múltiples posturas psicológicas, como la famosa fórmula de FRANK, y las no menos numerosas teorías normativas, caso paradigmático de la tesis de las reglas de la profesión criminal elaborada por ROXIN¹.

Ahora bien, curiosamente, en lo que dice relación al requisito objetivo de la eficacia o evitación oportuna de la realización del riesgo, la controversia ciertamente no tiene ni punto de comparación con la que se ha dado con respecto a esos otros grandes problemas que se acaban de referenciar. Sólo durante los últimos años se ha venido jalonando la discusión dentro del cerrado círculo de la doctrina alemana, limitándose simplemente la mayoría de los autores a señalar que el requisito en cuestión traduce que en la tentativa inacabada, esto es aquella en la cual el autor

¹ Sobre la discusión doctrinal y jurisprudencial que existe sobre el tema de la fundamentación, ubicación y voluntariedad del desistimiento, entre otros, pueden consultarse los textos de MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, Bosch, 1972, y MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en derecho penal*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1994.

aún no ha realizado todo lo subjetiva y objetivamente necesario para el acaecimiento de la consumación, basta con que el sujeto abandone o interrumpa lo que le resta para alcanzar la perfección del delito; en tanto que en la tentativa acabada, valga decir aquella en la cual el autor ha realizado todo lo subjetiva y objetivamente necesario para la consumación del injusto, es necesario mucho más, ya que el agente está obligado a hacer algo positivo que compense o equilibre lo realizado hasta ese entonces. En este orden de ideas, el requisito de la eficacia apunta a que el resultado no se produzca, lo cual debe lograrse por igual en la tentativa inacabada como en la tentativa acabada a efectos de obtener la impunidad que como principal consecuencia es reconocida por el legislador por intermedio de la institución jurídica del desistimiento o abandono de consumación del delito.

¿Pero cuándo la evitación de la realización del riesgo ilícitamente incrementado puede ser imputada a su autor? La sentencia objeto del presente comentario justamente trata y aborda este segundo requisito como eje central de la determinación finalmente adoptada. De allí que la discusión que seguidamente se propone tendrá como exclusivo punto de referencia brindar una solución satisfactoria a la pregunta o interrogante en cuestión.

2. Sobre la problemática de imputación en la evitación del resultado

Según ALCÁCER GUIRAO², lo mismo en la doctrina que en la jurisprudencia se han ensayado varias propuestas para responder a la pregunta de cuándo en la tentativa acabada la evitación del resultado puede ser imputada a su autor. El problema o la discusión no trasciende en cambio a la tentativa inacabada, pues aquí basta con el hecho de que el sujeto abandone o sencillamente interrumpa el resto o ese plus de lo que subjetiva y objetivamente se requiere para consumir o perfeccionar el delito, de suerte que no surgen mayores dudas sobre el citado problema de imputación.

² ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL. *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Granada, Comares, 2002, pp. 22 y ss.

Básicamente, tres han sido las propuestas o elaboraciones que se aproximan a la temática de la imputación en la evitación del resultado con respecto a las tentativas concluidas.

2.1 En primer lugar se halla la corriente mayoritaria, que adhiere de lejos a un punto de vista estrictamente causal. Con arreglo a esta corriente, que parte, como podrá fácilmente advertirse, de la teoría de la equivalencia de las condiciones, se vendrá a sostener la exigencia de una mera relación causal entre el hecho que apunta a la salvación del bien jurídico y la evitación del resultado. Es esta una fórmula que se prefiere de lege lata de cara al requisito de “evitar” la consumación o realización perfecta del tipo penal. Basta pues para reconocer la impunidad, que es propia del desistimiento, con que exista ese nexo o relación de causa a efecto entre la acción o la conducta de evitación y la no realización completa de la descripción típica. Como dice MAURACH: “Es necesario que el autor, mediante su hacer activo, haya puesto por sí mismo una condición que impida la producción del perjuicio del bien jurídico, pero es suficiente que haya sentado solamente una de las causas: que el autor haya podido hacer otra cosa o aún más de lo que efectivamente hizo, con el fin de evitar con mayor seguridad la consumación del hecho, y el que otras circunstancias impidientes de la voluntad del autor eviten dicha consumación ‘no se opone a un desistimiento liberador de pena’. Tampoco es necesario que el autor agote todas las posibilidades de salvación; es suficiente que impida la producción del resultado con algunos de los medios a su disposición³.”

Así las cosas, no habiéndose producido el resultado, basta con el mero hecho de que la acción de salvación haya operado como causa de tal evitación, siendo en consecuencia la teoría que menos exige para efectos de reconocer el requisito de la eficacia del desistimiento. Aquí caben todos los intentos realizados bajo el criterio de que bien está lo que bien acaba, o todo vale si al final es bueno, pues lo que importa en últimas es que el resultado efectivamente se pudo evitar.

El fundamento de esta teoría ha sido ensayado por la autora alemana I. PUPPE, para quien el requisito legal de “evitar” el resultado, literal y lingüísticamente traduce una mera exigencia causal⁴, en tanto que de otro

³ MAURACH, REINHART/GÖSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ, *Derecho penal, parte general*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 100. De este mismo parecer JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS, *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª ed., Granada, Comares, 2002, p. 587, nota 41.

lado esto último se corresponde con la teoría del puente de plata que como fundamento del desistimiento sigue dicha autora, pues la exigencia de requisitos adicionales podría atentar contra la clara y marcada finalidad de persuasión o de motivación que yace en el fondo de esta teoría. Como se puede apreciar, claramente se compaginan por medio de esta fórmula los fundamentos del desistimiento y de la causalidad en la evitación del resultado.

2.2 Una segunda respuesta a la pregunta inicialmente planteada viene brindada por los seguidores o adeptos de un criterio un poco más restrictivo que el de la mera causalidad acabado de referenciar. Conforme a esta segunda posición no es suficiente con el mero nexo causal entre la acción salvadora y la efectiva evitación del resultado, sino que es indispensable que el sujeto incremente la probabilidad de salvación para el bien jurídico. Esto, naturalmente, además de su realización o explicación en la evitación del resultado.

Aquí, como fácilmente se puede advertir, ya se tienen en cuenta correctivos o criterios de imputación objetiva dentro de la estructura en sí misma considerada del desistimiento, no bastando por consiguiente con la sola evitación del resultado, pues se requiere también que la acción de salvamento incremente las posibilidades de éxito.

Los seguidores de esta segunda postura fundamentan por ejemplo que, así como, a nivel del injusto, para la imputación del resultado es necesario que el sujeto haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y que ese riesgo al plasmarse sea el que mejor explique su producción, así también en el desistimiento se exige que la acción de salvación incremente la probabilidad de éxito y que sea ésta la que impida la realización del tipo penal. Nada más, pero tampoco nada menos, se exige por esta corriente para estimar satisfecho el requisito de la eficacia. Según STRATENWERTH, “En la tentativa acabada la mera renuncia al plan del hecho no resulta suficiente porque el autor ya ha creado todos los presupuestos que aparecen como necesarios para la producción del resultado. Por tanto, tendrá que actuar, y por cierto voluntariamente, mediante acciones adecuadas para impedir el resultado”⁵.

⁴ Citada por ALCÁZER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 31 y JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, p. 587, nota 41.

⁵ STRATENWERTH, GÜNTHER, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Fabián J. Di Placido, 1999, p. 225.

El fundamento de esta segunda corriente se puede hallar no sólo en razones de orden dogmático o de estricto rigor sistemático. En efecto, también se puede encontrar en motivos de política-criminal, especialmente en aquellos puntos de vista que tienen en cuenta las finalidades de la pena –prevención general positiva más que todo– como fundamento de la institución del desistimiento. Así, para la estabilización de la confianza en la vigencia de la norma es suficiente con que el autor incremente la probabilidad de que el riesgo no se realice efectivamente en el resultado.

Desde luego, la justificación de esta teoría también puede ser intentada desde argumentos que tengan en cuenta a la vez razones internas al sistema o de imputación objetiva y de fines de la pena o de política-criminal.

Como exponentes de esta doctrina ALCÁCER GUIRAO cita a ROXIN, BLOY, RUDOLPHI y JÄGER, entre otros.

2.3 En último lugar se encuentra la respuesta más restrictiva de todas. Para esta última corriente la evitación del resultado sólo puede imputarse a su autor cuando éste subjetiva y objetivamente ha realizado, de entre todas las posibilidades existentes, la acción óptima o idónea para la salvación del bien jurídico. Es esta la postura que más se viene siguiendo al interior de la jurisprudencia alemana, en especial a partir de la sentencia del llamado caso del hospital proferida por el BGH el 27 de abril de 1982, en donde “el autor sólo condujo a su mujer gravemente herida, por haberla intentado matar, hasta una puerta lateral del hospital donde fue encontrada inconsciente por terceras personas”⁶. Es también la posición de ALCÁCER GUIRAO, quien cita entre otros a HERZBERG y MURMANN como seguidores de esta corriente, en la que se resalta la importancia del valor de acción antes que el valor de resultado.

De tal suerte, no es suficiente que la acción de salvación incremente la probabilidad de evitación del resultado, así éste al final no se produzca por tal razón. O en términos de STRATENWERTH, tampoco basta con que la acción resulte adecuada para impedir el resultado. Pues, se insiste, sólo y únicamente quien realiza la acción óptima de salvación torna o hace innecesaria la efectiva imposición de la sanción penal.

Aquí también son criterios de prevención general positiva –ALCÁCER GUIRAO– los que en mayor medida fundamentan la exigencia de la acción óptima para la evitación de la realización completa de la descripción típica.

Esto vendrá a ser así ya que sólo la realización de la acción óptima es la única capaz de restablecer la vigencia de la norma quebrantada, por cuyo intermedio ya se ha defraudado la expectativa dentro de las relaciones de contacto social. Aunque no faltan explicaciones dogmáticas como la de JAKOBS, quien señala que: “El autor debe aprovechar plenamente la posibilidad segura de impedir la realización del tipo. Si se limita a disminuir el peligro de realización del tipo, sin eliminarlo totalmente, responde por tentativa que queda relativa a ese resto de riesgo... (no) se puede mantener consecuentemente la opinión de que basta un esfuerzo al final eficaz. Más bien, ello se verá imposibilitado debido a la responsabilidad por injerencia; pues en consideración a la responsabilidad por omisión, derivada de injerencia, existente tras la creación de un peligro de resultado, no se exonera el autor si emprende conscientemente una posibilidad de evitación no óptima, aún cuando al final se revele eficaz. Queda una tentativa de omisión, de la que no se desiste”⁷.

Lo anterior, dicho en otras palabras, significa que quien no realiza la acción óptima deja un riesgo remanente para el bien jurídico cubierto por la modalidad de tentativa con dolo eventual en omisión impropia o comisión por omisión, fundada esta última en la posición de garante que se adquiere por intermedio de la injerencia o actuar precedente.

3. ¿Cómo resuelve la corte el problema de la imputación en la evitación del resultado?

El caso sometido a consideración de la Corte Suprema de Justicia –objeto de este comentario–, como se advirtió desde un principio, trasunta un auténtico problema –que en realidad no lo era tanto– de eficacia del desistimiento en una genuina modalidad de tentativa acabada, o lo que es lo mismo, de imputación en la evitación del resultado. Nada tiene que ver entonces con el tema de la voluntariedad. En lo sucesivo, para efectos de la exposición, lo denominaré como el caso de la ayuda médica. Se trató de una relación sentimental afectada por los celos de sus dos integrantes, cuyos hechos sucedieron luego de una noche de ingesta de licor en un bar, situación que se prolongó hasta las tres y media de la madrugada cuando la pareja optó por acudir a la casa de habitación de la mujer,

⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, p. 587.

⁷ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal, parte general*, Madrid, Marcial Pons, pp. 911 y 912.

donde sostuvieron relaciones sexuales. Allí se suscitó una fuerte discusión por los reclamos del novio en relación con ciertos hechos sucedidos en el bar, procediendo aquél a tomar su revólver, a agarrar por el cabello a su compañera y a manifestarle que la iba a matar, luego de lo cual le propinó un disparo en la cabeza para seguidamente quedarse allí dormido. Siendo las ocho de la mañana, cuando el victimario se despertó y observó a la mujer con vida pero inconsciente, buscó un taxi y la transportó con la ayuda de un tercero hasta un centro asistencial en donde finalmente le fue salvada la vida.

¿Cómo resolvió la Corte el asunto sometido a su consideración? ¿Reconoció o no los efectos jurídicos del desistimiento? Luego de los ya infaltables reparos de técnica de casación -asunto que por cierto se ha convertido en una verdadera filigrana jurídica-, la Corte, siguiendo una vieja doctrina suya de 16 de enero de 1951 (i), en la que se sugiere la idea de que el desistimiento sólo cabe con respecto a la tentativa inacabada, y después de insinuar que el resultado no se produjo pero por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, optó por no reconocer los efectos jurídicos del desistimiento alegados por la defensa del procesado, esto es impunidad por tentativa de homicidio y sanción por el punible de lesiones a título de delito remanente o tentativa calificada. Mas como no se trataba de un asunto de todo o nada, en su lugar, oficiosamente, la Corte dispuso aplicar la atenuante punitiva regulada en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal.

Al respecto, de entrada cabe entonces preguntar: ¿Qué criterio de imputación en la evitación del resultado exige la Corte en la sentencia que se comenta? Venimos de ver que en la temática en cuestión existen tres posturas o corrientes: la teoría de la causalidad, la teoría del incremento en la probabilidad de salvación y la teoría de la realización de la acción óptima para la evitación del resultado. Pero curiosamente ninguna de estas tres posiciones es seguida por la Corte en su comentada determinación. Ni siquiera la más exigente de ellas, esto es la que demanda la realización de la acción óptima.

Como ya se tuvo oportunidad de afirmar, la Corte se detuvo más que todo en argumentos de técnica de casación, que desde luego no vienen ahora al caso. Sobre el fondo del asunto, lo que verdaderamente importa en términos de justicia material, destaca que el autor ya había realizado todo lo necesario para la realización plena o completa del injusto contra la vida, por lo que el argumento del casacionista resulta "sofístico" al admitirse el

agotamiento y como quiera que la lesión causada era por sí sola idónea para producir la muerte. Seguidamente, la Corte remata sus consideraciones afirmando que "En un caso como el presente, de todas maneras, no podría aceptarse de ningún modo que la ayuda prestada por el autor a la víctima obligue a solucionar el asunto por la vía de la impunidad frente al delito cuya ejecución se inició y se entienda que el resultado obtenido con comportamiento ejecutado con miras a la concreción de ese propósito, constituya apenas un remanente que imponga concluir, que X, solamente deba responder por las lesiones personales por Y a causa de su actuar. La situación es muy distinta, pues óntica y jurídicamente la imputación no varía".

¿Y por qué no varía? ¿Por qué no puede aceptarse que la "ayuda" voluntariamente prestada por el autor fue eficaz de cara a obtener la impunidad que como consecuencia principal se sigue del desistimiento? ¿Por qué no sancionar sólo por tentativa calificada o delito remanente? Al efecto, parece ser que la respuesta que suministra la Corte a estos y otros interrogantes está condicionada con el elemento o factor cronológico que como particularidad acompañó el evento. "Esos actos, como manifestación de la voluntad no solo fueron unívocos, sino completos naturalísticamente hablando, y por eso, independientemente de la no obtención del resultado de manera inmediata, la conducta como tal fue jurídica y suficientemente relevante para su sanción frente a la afectación del bien jurídico contra el cual se atentó. Y esa falta de obtención inmediata del resultado a pesar de que el agente llevó a cabo absolutamente todo lo necesario para lograrlo, es lo que el Tribunal ubica con acierto como circunstancia natural ajena a la voluntad de aquél".

Es decir, para la Corte el resultado no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad del propio autor -la falta de obtención inmediata del resultado-, lo cual se torna en un obstáculo para el reconocimiento del desistimiento y su principal consecuencia de impunidad.

Con esta fundamentación, sin embargo, la Corte pasa por alto que el sujeto realizó la que para el caso concreto resultaba subjetiva y objetivamente la acción óptima para evitar la realización del riesgo, por lo que no solamente desde un punto de vista causal, sino también desde una perspectiva que tenga en cuenta criterios de imputación objetiva en la evitación del resultado (la cual estimamos preferible), e incluso desde una postura de desistimiento personal que tenga en cuenta el valor de acción, era jurídica y político-criminalmente posible reconocer la exención punitiva

por desistimiento. Nadie dudaría que el autor, en efecto, pese al transcurso del tiempo, controló eficazmente el riesgo que en un comienzo había creado él mismo de forma ilícita para el bien jurídico de la vida, control del riesgo que en últimas fue el que evitó el resultado de la muerte. De esta forma, el agente incrementó seriamente y de forma eficiente las probabilidades de salvación para el bien jurídico. Pero ni siquiera la realización de la acción óptima de salvación le sirvió a la Corte para reconocer los efectos jurídicos del desistimiento (i).

Esto es así pese a tratarse como en efecto se trata de un supuesto en el cual intervienen varios sujetos en la evitación de la realización plena del riesgo. Concretamente, de un supuesto en que el sujeto obra, en el peor de los casos, como determinante de la acción que finalmente evitó la realización de la descripción típicamente relevante: solicitar la actuación de personal experto en salvación, en nuestro caso de especialistas de la medicina. Aquí el autor inicia la acción de salvación que finalmente culmina, por estar legalmente obligado a ello, un tercero experto en las reglas que rigen la profesión respectiva dentro de las relaciones de tráfico jurídico, en cuyo caso la doctrina no vacila en reconocer la eximente por desistimiento. "Obviamente –sostiene MAURACH– también cabe que el autor motive la intervención de otras fuerzas, como, por ejemplo, de un médico o de los bomberos, con el fin de evitar el resultado, dado que también en estos casos es el autor quien, con su hacer, ha dado el impulso decisivo"⁸.

La discusión en estos casos se presenta sobre todo cuando el sujeto no realiza, de entre todas, la acción que subjetiva y objetivamente resultaba más idónea para evitar el resultado. Al respecto, piénsese en el caso del hospital fallado por el BGH y que ilustra ALCÁZER GUIRAO de la siguiente forma: "Después de una brutal paliza, realizada con dolo eventual de matar, el procesado traslada a su mujer malherida hasta las proximidades de un hospital, dejándola a unos 95 metros del mismo para que siguiera ella sola, alejándose el sujeto del lugar. Aproximadamente a 40 metros de la puerta del hospital, la mujer, como ya le había ocurrido durante el trayecto, pierde el conocimiento y queda tendida en la acera, donde es recogida por dos transeúntes, trasladándola inmediatamente al hospital, siendo atendida (y) salvada de la muerte. Por su parte, el procesado, dudando de si su mujer

habría llegado al hospital, vuelve y comprueba desde fuera que la mujer acaba de ser ingresada, por lo que retorna a casa". Aquí ciertamente, como es fácil advertirlo, no se realiza la acción óptima de salvación, por lo que la eximente por desistimiento no podrá ser reconocida por quienes adhieran a este criterio.

Ahora bien, si el argumento principal de la Corte radica en que el resultado no se produjo de manera inmediata (circunstancia ajena a la voluntad del agente), cabe así mismo recordar que en los eventos de sucesión temporal de opciones, en el peor de los casos, lo que ocurre es un incremento del riesgo que con el paso del tiempo demanda o exige de la realización de una acción mucho más óptima de evitación del resultado, por lo que también desde este punto de vista la determinación comentada resulta a todas luces insatisfactoria. Como sostiene ALCÁZER GUIRAO, "en los supuestos de sucesión temporal de opciones, el agente podrá elegir un momento anterior u otro posterior mientras esa demora no aumente el riesgo de forma manifiesta; si la situación de riesgo ha aumentado debido a esa demora, para realizar la acción más segura el agente ya no podrá servirse del mismo tipo de acción que podría haber empleado previamente, sino que tendrá que ser más urgente y segura, proporcionada a la agravación del riesgo"⁹.

De lo anterior se sigue que si el sujeto no estaba en capacidad de realizar de forma inmediata la acción de evitación, a lo sumo, una vez reasumida dicha capacidad, deberá esforzarse mucho más que antes para impedir la realización del riesgo en el resultado. Mas nunca se podrá sostener que con posterioridad ya no se pueda desistir de la realización de la conducta punible, por lo menos no mientras el injusto no haya alcanzado su fase de consumación y el evento se encuentre aún dentro de la esfera de dominio del autor.

De hecho, la fundamentación de la Corte lleva consigo un argumento que clara y evidentemente conduce al absurdo. Pues llevado al extremo, en todos los casos en que el resultado no se produzca de forma inmediata y se haya realizado todo lo necesario para la perfección del delito, ya no será posible hablar de desistimiento en la consumación del injusto. Dicho en palabras de la Corte: "esa falta de obtención inmediata del resultado a pesar de que el agente llevó a cabo absolutamente todo lo necesario para

⁸ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, p. 100. En sentido similar, entre otros: JAKOBS, *Derecho penal*, cit., p. 911; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, p. 586; STRATENWERTH, *Derecho penal*, p. 225; y ALCÁZER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, pp. 104 y ss.

⁹ *¿Está bien lo que bien acaba?*, p. 90.

lograrlo, es lo que el Tribunal ubica con acierto como circunstancia natural ajena a la voluntad de aquél". Por esta vía, las teorías que explican el desistimiento desde posturas del fin de motivación o disuasión de la norma penal, estarían necesariamente condenadas a desaparecer. Sin embargo, como lo venimos de ver, el desistimiento de manera alguna está atado a un criterio temporal o de orden cronológico.

4. Todavía: sobre la solución por desistimiento fracasado

Como lo venimos de apreciar, en la sentencia de la Corte se sostiene que el resultado en últimas no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, esto es por la falta de inmediatez en la consumación. Es decir, para la Corte, en el caso de la ayuda médica, la evitación de la producción o plasmación del riesgo no es imputable a la conducta de salvación desplegada por el autor. O a la inversa: ésta no es la que mejor explica en términos de imputación objetiva la no producción del resultado. Ciertamente, luego de negar el beneficio de la impunidad como consecuencia natural y obvia de no haber reconocido la configuración de la figura del desistimiento, la Corte termina por conceder la atenuante punitiva establecida en el inciso segundo del artículo 27 del código penal, con arreglo al cual "cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado los esfuerzos necesarios para impedirla".

Tal solución es acordada después de apreciar en el comportamiento del autor un menor juicio de reproche, cuando según lo antes visto se trata más bien de un problema que afecta al injusto en sí mismo considerado, o más concretamente de un asunto que apunta a la imputación en la evitación del resultado. Para estos efectos la Corte se apoya en una decisión emitida por ella misma con anterioridad, el 17 de julio de 2003, radicado 18.768, en la cual se sostiene que "habrá tentativa atenuada cuando el autor, con una conducta dependiente de su voluntad, traslada al herido hasta un centro asistencial, con lo cual ayuda eficazmente a interrumpir el proceso causal que ha desencadenado. La conducta del actor debe ser activa y comprometida con su voluntad de evitar el resultado muerte que inicialmente buscó ejecutando los actos necesarios para obtenerlo, independientemente de que después de su injerencia positiva concurren

otras circunstancias ajenas a su voluntad que impidan definitivamente la consumación, como por ejemplo la intervención médica que procuró restablecer la sanidad de la víctima".

Aunque lo cierto es que, con posterioridad, en el caso de la ayuda médica, la decisión que se comenta contradictoriamente señala que la "ayuda" que prestó el procesado de trasladar a la víctima hasta el hospital "contribuyó de manera eficaz a detener el curso causal desencadenado". Sin embargo, esto solamente le sirve a la Corte para señalar que dicha particularidad "corresponde a una situación especial" que amerita la aplicación de la atenuante punitiva establecida en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal.

Pero que también es perfectamente posible el desistimiento en estos eventos de intervención de varios sujetos en la evitación de la consumación del tipo penal, en los cuales el autor obra como un especie de determinador de terceros expertos en una determinada profesión, y que como tal están jurídicamente obligados a realizar la acción de salvamento, creo haberlo destacado ya. Pacífica es la opinión de los tratadistas frente a estos supuestos, no entendiéndose entonces cómo la Corte se rehúsa a imputar la acción de salvación al sujeto que obra como determinador de la persona que al final, según sus conocimientos especiales, contribuye eficazmente en la salvación del bien jurídico. Una solución tal no tiene cabida ni desde una postura causal, ni de imputación objetiva ni mucho menos de realización de la acción óptima. A no ser que la Corte sugiera la idea de que debe ser el mismo sujeto quien realice por sí mismo o de propia mano —como una especie de autor directo— la respectiva y concreta acción de salvamento, así carezca de los conocimientos especiales que demandan ciertas actividades, profesiones o roles dentro de las relaciones de tráfico social. Pero entonces el problema ya se trasladaría al campo de la capacidad o posibilidad de realizar la respectiva acción, requisito mínimo que se exige por ejemplo en el caso de los delitos de omisión. Por lo infundada que resulta la argumentación no me detendré más en este punto.

Semejante posición sumada al criterio cronológico, fue lo que motivó que la Corte haya sostenido que la evitación del resultado no era jurídicamente imputable al autor. De donde seguidamente pasó a solucionar el caso con base en lo normado en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal, en donde se consagró otra figura muy distinta, a saber la del

desistimiento malogrado o fracasado en su modalidad impropia. En estos casos el sujeto de forma voluntaria realiza todos los esfuerzos necesarios para impedir la realización completa del tipo penal, pero esto último no sucede por razones ajenas a su propia voluntad¹⁰.

Situación diferente ocurre en la modalidad propia de desistimiento fracasado, en la cual el delito efectivamente alcanza su etapa de consumación o simplemente el resultado se produce, no obstante el sujeto haber hecho todo lo que estaba a su alcance para que esto último no sucediera. Para solucionar estos supuestos de desistimiento fracasado propio, de lege ferenda se han propuesto varias alternativas: sanción por delito doloso consumado (doctrina mayoritaria), sanción por delito doloso consumado con la atenuante por arrepentimiento (MARTÍNEZ ESCAMILLA¹¹), punibilidad por delito culposo o imprudente (LATAGLIATA, SCHÖNKE-SCHRÖDER), tentativa con atenuante por arrepentimiento en concurso con delito consumado culposo (MUÑOZ CONDE¹²), etc.

Nuestro Código Penal de 2000, sin embargo, no consagró de forma explícita esta segunda modalidad de desistimiento malogrado. Como ya se dijo, sólo lo hizo, con pena atenuada, con respecto al desistimiento fracasado impropio. Pero por este camino se terminan sancionando eventos en los cuales el riesgo jurídicamente incrementado no alcanza su plena realización, así esto último suceda por circunstancias ajenas a la acción de salvamento desplegada por el propio autor, justo como lo entendió la Corte en la decisión que venimos comentando, sanción que, aunque atenuada, dogmática y político-criminalmente tampoco parece satisfactoria.

Mejor resulta, como lo hemos propuesto en otras oportunidades, que en estos casos la conducta quede totalmente impune, pues así lo imponen el principio de responsabilidad subjetiva y razones de prevención general,

¹⁰ Sobre esta figura puede consultarse el artículo de MAITE ÁLVAREZ VIZCAYA, "El desistimiento idóneo fracasado", en *ADPCP*, 1996, pp. 875 y ss.

¹¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, *El desistimiento en derecho penal*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1994, pp. 76 y ss.

¹² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, Bosch, 1972, pp. 152 y 153. Con reservas, ÁLVAREZ VIZCAYA, MAITE, *El desistimiento idóneo fracasado*, pp. 875 y ss.

especial y de necesidad de pena (artículos 12 y 4 del Código Penal). De esta suerte, la punibilidad atenuada consagrada en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal quedaría relegada para los supuestos de desistimiento fracasado "propio", esto es, aquellos eventos en los cuales el resultado sí se produce pese a los esfuerzos necesarios y voluntarios en sentido contrario adelantados o realizados por el autor, en cuya situación existe un menor injusto que desde luego demanda una menor punibilidad¹³.

Lo anterior, llevado al caso de la ayuda médica, y aceptando en gracia de discusión que en dicho supuesto la evitación del resultado no era imputable a la acción de salvamento del autor, significa que, tratándose como se trataría de un caso de desistimiento malogrado impropio, en el cual el resultado al final de cuentas no se produjo, y en donde el sujeto realizó todo lo que estaba a su alcance para lograr dicha evitación, no era necesaria la imposición de la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 27 del Código Penal.

¹³ En este mismo sentido, pero condicionándolo a la existencia o no de delito remanente, VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 2002, p. 438.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Aprobado Acta No. 023

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil cuatro (2004)

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto a nombre de FABIO CÉSAR CARDONA CARDONA, contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 1996 por el Tribunal Superior de Manizales, que revocó integralmente la sentencia absolutoria por el delito de homicidio en grado de tentativa dictada en su favor por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, para en su lugar condenarlo por ese mismo ilícito a la pena principal de 12 años y 6 meses de prisión y a la pena accesoria de interdicción de derechos

y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción principal.

HECHOS

FABIO CÉSAR CARDONA CARDONA, administrador de bares en la ciudad de Manizales, y Janeth Ceballos Osorio, empleada del Bar Portugal, sostenían desde hacía varios años una relación sentimental incluso habían convivido esporádicamente, pero la estabilidad de la pareja se veía con frecuencia afectada por los celos de quienes la integraban.

Hacia las diez de la noche del 24 de noviembre de 1995, FABIO

CÉSAR llegó en su moto hasta el sitio de trabajo de Janeth, quien departía con varios hombres, situación que al parecer no le gustó a aquél, quien luego de dar a guardar al administrador del sitio el revólver de su propiedad, procedió a invitar a su compañera a que se sentara con él en otra mesa, y allí permanecieron los dos ingiriendo ron y aguardiente hasta aproximadamente las tres y treinta de la mañana cuando, FABIO reclamó su arma y recomendó que le guardaran allí la moto. De inmediato, tomaron un taxi y se fueron a la habitación donde residía la mujer, ubicada en la carrera 1ª No. 32-10 del barrio Las Delicias, en donde luego de sostener relaciones sexuales se suscitó una discusión por los reclamos que FABIO le hacía a Janeth ante lo ocurrido en el bar, la cual culminó cuando aquél la tomó por el cabello y luego de advertirle que “le iba a botar los sesos”, le propinó un disparo en la región temporo parietal derecha con orificio de salida en la parte parietal izquierda –con el arma de su propiedad–, luego de lo cual se quedó dormido junto a su víctima.

Al día siguiente, FABIO CÉSAR CARDONA CARDONA se despertó hacia las ocho de la mañana y se percató de que su compañera Janeth se encontraba herida e inconsciente, por lo que salió de inmediato a buscar un taxi, pero como el primero desatendió el llamado, se paró en frente de otro que transitaba por el sector, con pasajeros, y logró transportarla en compañía de Estella Pérez al Hospital de Caldas,

a donde llegó en “malas condiciones generales”, presentando exposición de masa cefálica a 1 cm. de la línea media e inconsciente, con “apertura ocular espontánea”, respondiendo únicamente “losestímulos dolorosos”, pudiendo movilizar únicamente y de manera espontánea el lado derecho. Presentaba también signos de tatuaje en la mano izquierda (f. 73 yss.). En la misma fecha, se le practicó una craneotomía de la cual se recuperó satisfactoriamente, pudiéndosele dar de alta el 13 de diciembre del mismo año.

Finalmente, a Janeth se le determinó una incapacidad médico legal de 45 días y secuela de deformidad física de carácter transitorio.

ACTUACIÓN PROCESAL

...
Culminada la audiencia pública se dictó sentencia absolutoria, pues a criterio del Juez, el proceso ofrecía dudas sobre la responsabilidad, intencionalidad e inimputabilidad del sindicado. Y aunque se refirió al tema de la tentativa desistida para afirmar que si acaso en gracia de discusión esa era la situación que se presentaba, finalmente lo absolvió aplicando en su favor el principio del in dubio pro reo.

El anterior fallo fue recurrido en apelación por la Fiscalía y revocado en su integridad por el Tribunal Superior de Manizales, que resolvió condenar a FABIO CÉSAR CARDONA

CARDONA por el delito de homicidio en grado de tentativa, pues para esa Corporación no existía duda acerca de la responsabilidad, intencionalidad e imputabilidad de éste y su actuación posterior no denota desistimiento sino arrepentimiento o sentimiento de culpa.

Destacó también el Tribunal, que la actitud posterior asumida por el procesado sólo obedecía a un arrepentimiento o sentimiento de culpa frente al hecho conscientemente cometido, con la indudable intención de matar. Y si bien coadyuvó "decididamente" a la recuperación de la víctima, de su parte ya había consumado el hecho, pues había agotado todos los medios objetivos para lograr la producción del resultado propuesto. Aún así, insostenible que se tratara de una tentativa desistida, puesto que subjetivamente el hecho fue consumado y se había desencadenado un proceso causal irreversible. De ahí que tal circunstancia apenas pudiera tenerse como la causal de atenuación contenida en el artículo 646 del Decreto 100 de 1980.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Por descontado en este asunto el interés que le asiste al defensor del procesado para recurrir en casación el fallo de segundo grado, ya que si bien no apeló la sentencia de

primera instancia por la obvia razón de haber sido de carácter absoluto, la revocatoria de que fuera objeto por parte del Tribunal para condenarlo, lo habilitan plenamente para la impugnación extraordinaria.

2. Ahora bien, el único cargo que postula el demandante tiene como sustento la causal tercera de casación, pues considera que al haberse descartado por el Tribunal la tesis de la tentativa desistida, se incurrió en una errada calificación de la conducta, que a su turno implicó incompetencia de los funcionarios que conocieron de este proceso, pues de acuerdo con la posición doctrinaria nacional y extranjera, no obstante la desaparición legal de dicho instituto, dogmáticamente es viable su aplicación, la cual conlleva a la necesaria consecuencia de solucionar esta clase de casos por la vía del delito remanente, esto es, por el resultado causado con el comportamiento desplegado por el agente para lograr la finalidad criminal inicialmente propuesta, siempre y cuando sea punible, como es lo que, en su criterio, se presenta en este evento, en el que la muerte de la víctima no se produjo por un acto voluntario del procesado. Por esa razón, solo debe responder por el delito de lesiones personales.

3. La problemática planteada por el demandante, obliga a la Sala a precisar de antemano, que aquí no se puede desconocer, porque resulta

de especial importancia para la decisión que corresponde adoptar, que los hechos, los fallos de primero y segundo grado, la presentación de la demanda e incluso el concepto del Ministerio Público se produjeron bajo la íntegra vigencia del Código Penal anterior, Decreto 100 de 1980, que como bien lo recuerda el demandante no regulaba el tema de la tentativa desistida ni la atenuada a que hace referencia la Ley 599 de 2000 en el inciso segundo del artículo 27 (agrega ahora la Corte).

4. Sentada esta aclaración, no puede la Sala omitir algunas precisiones en torno al rigor de técnica que, conforme a la normatividad vigente para la fecha de presentación de la demanda caracterizaba la proposición de ataques de esta naturaleza, debiéndose destacar en primer lugar, que como antes de la entrada en vigencia no era posible, como ahora, variar la calificación jurídica de la infracción desde el punto de vista de su género efectuada en el calificadorio, el desacierto del acusador en ese sentido no tenía forma de solución distinta a la de la nulidad, pues al no poderse modificar con posterioridad por el Juez, se afectaba el debido proceso, dado que entonces era requisito fijar la imputación desde esa pieza procesal con la indicación del título y capítulo respectivo, pues ahí quedaba demarcado el debate que se seguiría en el juicio. Hoy en día, con la Ley 600 de 2000, ha dicho la Corte: "La

indebida calificación jurídica de los hechos se origina en un error de juicio del funcionario judicial al momento de proferir la acusación y repercute en la estructura procesal en aquellas eventualidades en las que no hay lugar a dictar sentencia de reemplazo. Cuando así sucede, el remedio del error implica regresar la actuación a la diligencia de audiencia pública cuando pueda allí variarse la calificación jurídica provisional de la conducta, o al momento del cierre de la investigación cuando el error determina un cambio de competencia, en los casos en que la misma no se pueda prorrogar en los términos del artículo 415 del Código de Procedimiento penal" (Casación 16.413 del 6 de marzo de 2003, M.P., Dr. Yesid Ramírez Bastidas).

5. Adicionalmente, en estos casos, en reiterada jurisprudencia, se ha sostenido que el yerro es de juicio, y puede incurrirse en él desde el punto de vista de la aplicación o comprensión de la ley (violación directa) ya que pese a la correcta comprensión de los hechos y valoración de las pruebas la norma aplicada no es la que regula correctamente el asunto o se ignora o desprecia aquella que sí recoge todos los supuestos de hecho a juzgar (falta de aplicación), o porque no obstante la correcta selección del precepto se le otorga un alcance que desborda su real contenido o se le restringe haciéndola producir efectos que no le corresponden teleológicamente (errónea interpretación). En cambio,

si el yerro tiene arraigo en defectos de apreciación probatoria (violación indirecta), corresponde demostrar si recae sobre la existencia material de la prueba (suposición u omisión), o de su contenido (falsos juicios de identidad), porque se le cercena, distorsiona o falsea, o porque en el proceso de ponderación de los diferentes elementos de juicio se atropellan de manera flagrante las reglas de la sana crítica (falso raciocinio). De la misma manera, bien puede ocurrir, que el desatino se concrete en negarle valor a pruebas recogidas siguiendo las pautas legales de producción o aducción, u otorgárselo a las que por contener vicios que afectan su aptitud demostrativa, no podrían ser estimadas (falsos juicios de legalidad).

6. En esa medida, es carga ineludible que le compete cumplir al casacionista, demostrar la existencia del yerro respetando los derroteros que orientan las diferentes formas de violación a la ley (directa e indirecta) y los sentidos que suelen presentar.

7. Atendiendo y confrontando dichos presupuestos de técnica con el postulado casacional y su desarrollo argumentativo, varios son los reparos que corresponde hacerle a la demanda, pues si bien el enunciado según el cual es la causal tercera de casación la que sirve de sustento a la pretensión de revocatoria del fallo es acertado, no es de suyo suficiente en estos casos, ya que, como se dijo, al libelista le

correspondía no solo precisar que clase de violación a la ley se presentó, si directa o indirecta, sino concretar la modalidad del yerro según el caso y especificar las normas quebrantadas y su sentido, esto es, si por aplicación indebida o falta de aplicación, pero no lo hizo.

8. Aquí, no obstante que el demandante reclama como imputación correcta unas lesiones personales, por ser el delito remanente que puede atribuírsele penalmente al sindicado, como consecuencia de la tesis que plantea sobre la tentativa desistida, no se refirió ni citó como normas quebrantadas las que describen el delito de homicidio y las lesiones personales, ni la que define la tentativa o la circunstancia genérica de atenuación punitiva contenida en el artículo 64.6 del Decreto 100 de 1980 y tampoco advirtió si sobre las mismas se presentó una errada interpretación o una indebida o falta de aplicación, por manera que todo su alegato, si bien es en esencia de carácter jurídico, pues se remite a la discusión doctrinaria sobre el instituto cuya aplicación demanda, lo cual, haría en principio suponer que el desarrollo del ataque se encausa bajo los derroteros del motivo de la violación directa, no dejó en claro cuál es el sentido ni sobre cuáles disposiciones recae el yerro del sentenciador.

9. En este caso, el esfuerzo del demandante se condensa básicamente

en demostrar que si bien el procesado ejecutó actos tendientes a producir el resultado muerte en la persona de Janeth Ceballos, los que desarrolló con posterioridad, contrario a lo que sostuvo el Tribunal, son indicativos de que desistió del propósito criminal, pues al llevar a la mujer al hospital interrumpió el curso causal que él mismo había desencadenado. Esta postura, resulta de suyo compleja, pero no por ello ajustada a ninguno de los parámetros de técnica que impone este recurso extraordinario.

10. En efecto, el problema que aquí se plantea recae, a la postre, en la forma como se apreciaron los hechos y la relevancia jurídica otorgada tanto al comportamiento inicial, como al posterior del procesado. Así, dependiendo de cómo se conciba la secuencia de los hechos, su ponderación desde el punto de vista de la solución al caso planteado, difiere. Por eso, para el Tribunal no cabe duda que en este caso se llevó a cabo toda la fase ejecutiva del delito, pudiéndose afirmar que se trata de una verdadera tentativa de homicidio en la que, el comportamiento desplegado por el autor después de efectuar el disparo, no degrada su responsabilidad a la de unas lesiones personales, porque la conducta como atentado que fue a la vida, se agotó. De ahí que, el hecho de que CARDONA CARDONA reaccionara horas después llevando a Janeth al hospital para que le brindaran la atención médica que

requería su grave lesión, no puede de ningún modo desvirtuar la agresión al derecho a la vida.

En este respecto, las réplicas del demandante se ven forzadas a acudir a cuestionamientos de tipo probatorio, como considerar que erró el Tribunal en las apreciaciones hechas para calificar la lesión sufrida por la víctima como esencialmente mortal, porque, conforme a la doctrina médica sobre el tema, tal condición la tienen sólo aquellas que indefectiblemente producirían la muerte, no obstante la aplicación de cualquier tratamiento. Desde este punto de vista, el reparo se desvía hacia un error de raciocinio, en la medida en que el desacierto del fallador habría recaído en la aplicación de las reglas de la ciencia, que obligaba, para este caso, un desarrollo por los derroteros propios de la causal primera, cuerpo segundo.

11. De igual manera, no obstante el esfuerzo argumentativo que desde el punto de vista dogmático, doctrinario y jurisprudencial que emprende el censor para demostrar que hubo desistimiento en la ejecución de la conducta en los términos del artículo 15 del Código Penal de 1936, se ve forzado a admitir, como no puede ser de otra manera, que en este caso, como él mismo lo sostiene, se realizaron todos los actos necesarios para la consumación del delito de homicidio, pero por "fortuna" la mujer sobrevivió a esa "peligrosísima herida". Es decir, admite que lo que

en el mundo de lo fáctico ocurrió es lo que en el jurídico se define como un delito en la modalidad de tentativa, pero aún así, pretende que se condene por la consumación de un ilícito distinto a aquél que se quedó en la fase ejecutiva. El argumento, entonces, así, es contradictorio, pues no obstante admitir que hubo una tentativa de homicidio, como acto consolidado en el tiempo, pretende que se reconozca un desistimiento *a posteriori*.

En estas condiciones, es evidente que el argumento es sofístico, pues no obstante admitir el agotamiento de la conducta de FABIO CÉSAR CARDONA que indiscutiblemente atentó contra la vida de Janeth Ceballos, para sustentar el desistimiento de la misma, se ve forzado a acudir a la especulación, como que el sindicato estaba en condiciones de agotar el atentado porque no le propinó otro disparo, o no apuñaló a la mujer, o simplemente no la abandonó para que se acabara de desangrar. Esta posición, le obligaba entonces a demostrar por qué el acto de dispararle a la cabeza no era de suyo suficiente para producir el resultado muerte, o por qué para la comisión del delito de homicidio, en un caso de las características de éste, se requería de otros actos ejecutivos, distintos, desde luego, al de accionar un arma de fuego a una parte del cuerpo sensiblemente vulnerable.

Sin embargo, en las hipótesis que plantea para acreditar que el procesado podía desistir de la inicial

idea criminal, termina aceptando, que la lesión causada a aquella, era por sí sola apta para producirle la muerte si no recibía atención médica. Esa es la situación que se habría presentado si aquél simplemente hubiera abandonado el lugar.

Para este caso, resulta oportuno traer a colación lo sostenido por la jurisprudencia de la Corte sobre la temática de la tentativa desistida regulada en el Código Penal de 1936:

“...el desistimiento, ...se verifica cuando voluntariamente se desiste de la consumación de un delito iniciado, figura que sirve, cabalmente para distinguirlo de la tentativa. Es una tentativa abandonada Como dice Carrara. Y no lo contiene -el desistimiento para el caso concreto-, por la sencilla razón de que no se puede desistir de lo ya ejecutado. Dicho de otro modo, se trata de juzgar actos que llegaron a un punto de culminación en que solo cabe hablar de dos cosas: o de que los medios fueron inidóneos, y entonces se estaría en frente de una tentativa, o de que se ejecutó todo lo necesario para darle muerte a su mujer, pero la pericia médica impidió el deceso, y entonces se trataría de un homicidio frustrado.

No hay pues, necesidad de entrar al análisis de las pruebas del proceso para hacer ver la imposibilidad del desistimiento, pues del vere-

dicto, como es lo propio, surge nítidamente que es inaceptable: la mujer recibió las cuatro heridas, que hubieran podido producir el efecto propuesto de la muerte, pero en realidad no se lo ocasionaron. Y aunque el desistimiento cabe hasta la consumación, como no hay medida exacta para separar las figuras del delito imperfecto, hay concurrencias como la de que aquí se trata, en que sólo en concreto puede deducirse que no cabe el desistimiento dadas las actividades ya desarrolladas por el autor.

(...)

En el caso presente parece a primera vista que tanto puede hallarse la tentativa como el delito frustrado en el cuestionario sometido a los jueces de conciencia, porque se dio principio de ejecución del homicidio y no se siguió la muerte de la víctima por circunstancias ajenas de la voluntad del infractor. El veredicto es genérico, indudablemente porque sólo expresa que el marido le causó a la mujer heridas de que habla el enjuiciamiento con intención de matar. Lo demás es deducción lógica: que la ofendida no murió, porque si hubiera muerto el proceso se hubiera adelantado por homicidio consumado; que no hubo desistimiento, porque en el estado de las actividades

desarrolladas ya no cabía aceptarse; y que las causas de que no hubiera fallecido la ofendida fueron ajenas a la voluntad del infractor, por la misma razón de que ya lo hecho había estado en su voluntad y de ninguna manera en motivos ajenos a ella” (Sentencia del 16 de enero de 1951, M.P., Dr. Agustín Gómez Prada).

12. En un caso como el presente, de todas maneras, no podría aceptarse de ningún modo que la ayuda prestada por el autor a la víctima obligue a solucionar el asunto por la vía de la impunidad frente al delito cuya ejecución se inició y se entienda que el resultado obtenido con comportamiento ejecutado con miras a la concreción de ese propósito, constituya apenas un remanente que imponga concluir, que CARDONA CARDONA, solamente deba responder por las lesiones personales sufridas por Janeth a causa de su actuar. La situación es muy distinta, pues óntica y jurídicamente la imputación no varía, pero eso, tampoco, frente a la actitud de aquél de evitar la obtención del resultado buscado con su conducta, afecta el valor positivo que debe atribuírsele y que implica un menor juicio de reproche, como se verá más adelante.

Por las anteriores razones, la demanda será desestimada.

CASACIÓN OFICIOSA

Cabe recordar, que las circunstancias que en el asunto presente rodearon los momentos anteriores, concomitantes y posteriores a la ejecución de la conducta, fueron así analizadas por el Tribunal:

“..Teniendo conocimiento de la ilicitud de su acto, se determinó de acuerdo con esa comprensión. Fue marcada su intención de matar y no simplemente lesionar. Envalentonado por la ingesta alcohólica, alardeando de su prepotencia por tener un revólver, lo colocó en la cabeza de la indefensa mujer, también embriagada, a quien reclamaba por hallarla en compañía de otros hombres en el sitio de trabajo, luego de anticiparle ‘esta maricon le voy a botar los sesos’, le descerrajó un disparo que penetró en la región temporo parietal derecha con orificio de salida en el parietal izquierdo. Esa acción así cumplida, dígame lo que se dijere, estructura tentativa de homicidio. Utilizando un medio idóneo (revólver), con lesión en parte anatómica esencialmente mortal (la cabeza) se ejecutó acto inequívocamente dirigido a producir el resultado muerte, la que no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, que en verdad coadyuvó decididamente

a la recuperación de la víctima, pero cuando ya de su parte se había consumado el hecho. Esto es, que subjetivamente se habían agotado todos los medios objetivos para la producción del resultado propuesto en estado de embriaguez aguda no patológica, que se quiere remediar una vez recobró la normalidad o lucidez mental al desaparecer la intoxicación etílica, pero sin que de allí pueda predicarse la figura de la tentativa desistida, pues como hemos advertido el hecho fue subjetivamente consumado porque el agente hizo todo lo necesario para lograr ese resultado, o sea que ejecutó todos los actos realmente necesarios para la perfección jurídica del delito, solo que circunstancias naturales, y la posterior ayuda del agresor impidieron el resultado muerte. Aquí, en este caso, no se desistió de la ejecución del acto, por el contrario, el hecho fue jurídicamente perfecto para estructurar homicidio, solo que extrañas circunstancias moldearon su imperfección.

Es incuestionable, como lo ha reiterado la Fiscalía recurrente, que el acusado FABIO CÉSAR una vez disparó el revólver impactando en el cráneo de JANETH CEBALLOS desencadenó el proceso causal irreversible, quedando fuera de su alcance evitar el resultado,

pues la herida fue esencialmente mortal, y en estas condiciones carecía del dominio para evitar el resultado criminoso. Adviértase que la intención fue lesionar materialmente el bien jurídico de la vida, de allí el blanco específico acogido por el agresor: la cabeza de la víctima, donde ubicó el disparo, produciendo la perfección jurídica del delito, lo cual hace a todas luces improcedente hablar de desistimiento cuando objetivamente para el agente el hecho estaba consumado. Aquél fenómeno no puede tener fundamento en el traslado que el acusado hizo de la lesionada al hospital, pues esta actitud es apenas circunstancia atenuante a términos del artículo 64-6 del Código Penal, como sinónimo de arrepentimiento modalidad expresa del ‘sentimiento de culpa’” (fls 376 a 378).

Aquí, importa destacar, que no obstante las imprecisiones del Tribunal en la utilización de las expresiones tendientes a destacar que el comportamiento posterior del autor no desvirtúa por sí solo el atentado a la vida porque este ya se había concretado al accionar el arma de fuego en las condiciones que indica el proceso, es claro que el delito de homicidio se cometió en el grado de tentativa, pues lo que ocurrió en este evento es que el agente desarrolló un

comportamiento de suyo idóneo para producir el resultado muerte, es decir hubo un claro despliegue de voluntad dirigida a matar, la cual se evidencia con la elección del medio utilizado, sobre el que tenía la destreza para su manejo; y en forma inequívoca a concretar ese propósito dirigió su comportamiento hacia la mujer, quien se encontraba embriagada, acostada en su cama según se desprende del estudio planimétrico efectuado en la inspección judicial; y además sometida a la fuerza física del autor, pues no solo la tomó por el cabello, sino que tras manifestar verbalmente su intención, accionó el arma a corta distancia dirigiéndola a una parte en extremo vulnerable, la cabeza. Esos actos, como manifestación de la voluntad no solo fueron unívocos, sino completos naturalísticamente hablando, y por eso, independientemente de la no obtención del resultado de manera inmediata, la conducta como tal fue jurídica y suficientemente relevante para su sanción frente a la afectación del bien jurídico contra el cual se atentó. Y esa falta de obtención inmediata del resultado a pesar de que el agente llevó a cabo absolutamente todo lo necesario para lograrlo, es lo que el Tribunal ubica con acierto como circunstancia natural ajena a la voluntad de aquél.

En estas condiciones, lo que aquí ocurre, es que, independientemente de las razones que horas después llevaron a CARDONA CARDONA

a procurar la atención médica de la víctima, propiciando de esa manera una interrupción del curso causal que indefectiblemente generó con la conducta desarrollada, no puede soslayarse el valor jurídico que ahora reconoce la ley a un proceder como el suyo, en cuanto conlleva un menor juicio de reproche de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 27 de la Ley 599 de 2000, según el cual:

“Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado los esfuerzos necesarios para impedir la”.

Sobre esta modalidad de tentativa atenuada, prevista en la norma transcrita, la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse de la siguiente manera:

“No obstante, la teoría tradicional de la tentativa desistida dejó por fuera la hipótesis en la cual el agente ha manifestado su voluntad de revocar el peligro ya creado, haciendo todo lo necesario para evitar la consumación, que no obstante se ha frustrado por circunstancias ajenas a su voluntad, vacío que se pretendió

zanjar con la previsión introducida en el inciso 2º del artículo 27 del Nuevo Código Penal, que en la exposición de motivos se explicó por el ponente en los siguientes términos:

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

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

“Desde el punto de vista político criminal tal situación, donde el agente ha mostrado volver a los cauces del derecho, debe ser tenida en cuenta; toda vez que, si ello no fuera así, en todos los eventos en que el

sujeto estime la posibilidad que ya por razones diferentes a su voluntad el peligro ha podido ser revocado, no tendría un estímulo que lo moviera hacia la desactivación del curso causal que ha originado.

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

Así, a la luz de la nueva normatividad, incurre en menor punibilidad quien desiste voluntariamente de la consumación de la conducta típica querida inicialmente, así el resultado no se produzca por circunstancias ajenas a su voluntad.

En tales casos, la menor punibilidad sólo se producirá bajo el presupuesto de que, simultáneamente con el abandono de su acción, o con el retiro de la contribución prestada en el caso

de la complicidad, se impida la consumación del hecho mediante “todos los esfuerzos necesarios”, ésto es mediante la ejecución de acciones positivas dirigidas a evitar el resultado, así éste no se produzca por la irrupción de circunstancias ajenas a su voluntad.

En el mismo ejemplo, habrá tentativa atenuada cuando el autor, con una conducta dependiente de su voluntad, traslada al herido hasta un centro asistencial, con lo cual ayuda eficazmente a interrumpir el proceso causal que ha desencadenado. La conducta del actor debe ser activa y comprometida con su voluntad de evitar el resultado muerte que inicialmente buscó ejecutando los actos necesarios para obtenerlo, independientemente de que después de su injerencia positiva concurren otras circunstancias ajenas a su voluntad que impidan definitivamente la consumación, como por ejemplo la intervención médica que procuró restablecer la sanidad de la víctima” (Casación del 17 de julio de 2003, M.P., Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, rad. 18.768).

De lo anterior, se colige que el vacío legislativo que existía entonces sobre esta temática, fue interpretado y valorado por el Tribunal como una circunstancia genérica de atenuación,

la contenida en el artículo 64.6 del Decreto 100 de 1980, que a la postre redundó en la aplicación de la sanción mínima prevista para el delito de homicidio en grado de tentativa. Por eso, independientemente del desacierto que tal apreciación tuvo en su momento, pues para el caso resulta irrelevante, en el entendido que aún así, no le reportó ningún beneficio al procesado, es lo cierto que, como se anotó en precedencia, con la nueva normatividad sustantiva no puede dejar de reconocerse ese plus que conlleva la acción posterior del autor en este caso.

Aquí, la ayuda que prestara el procesado horas después de ocurrido el hecho, de procurar el traslado de la víctima al hospital a fin de que no se concretara el resultado que buscó con su actuar, corresponde a una situación especial, que desde luego, *contribuyó de manera eficaz a detener el curso causal desencadenado*, toda vez que para ello era forzosa una oportuna y adecuada atención médica, pues no obstante la gravedad de la lesión que sufrió Janeth Ceballos, logró sobrevivir al atentado, luego de que se le sometiera a una intervención quirúrgica de cráneo, y después de haber permanecido por varios días inconsciente bajo la vigilancia de los galenos.

En estas condiciones, como se trata de un asunto de fondo que involucra el contenido de la sentencia, a partir de la obligada aplicación que se

imponer del principio de favorabilidad, entendida como una garantía fundamental que no resulta ajena a las facultades oficiosas que el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal le confiere a la Corte, la Sala procederá a casar oficiosamente el fallo impugnado, a efectos de readecuar la pena impuesta a FABIO CÉSAR CARDONA CARDONA, por el delito de homicidio en grado de tentativa, e individualizará la sanción dentro de los marcos señalados en el inciso segundo del artículo 27 *ibídem*.

Esto significa, que atendiendo a la menor punibilidad contenida en la Ley 599 de 2000 para el delito de homicidio (artículo 103), cuyos extremos mínimo y máximo están fijados en trece (13) y veinticinco (25) años respectivamente, haciendo las operaciones pertinentes, esto es, reduciendo el primer guarismo a la tercera (1/3) parte y el segundo a las dos terceras (2/3) partes, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 27 *ibídem*, se tiene que para el caso de la tentativa atenuada la sanción queda delimitada en cuatro (4) años y cuatro (4) meses y dieciséis (16) años y ocho (8) meses.

En este caso, los jueces de instancia, en su momento, le impusieron a CARDONA CARDONA la pena mínima prevista para el delito de homicidio simple en grado de tentativa de conformidad con la normatividad vigente, lo que significa, que frente a la nueva codificación la pena que corresponde aplicar

es la mínima prevista en el inciso segundo del artículo 27 de la actual normatividad sustantiva, es decir, cuatro (4) años y (4) meses y por el mismo tiempo la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Siendo ello así, para el caso resulta indiferente la confrontación de cualquiera de los métodos de dosificación previstos en el ordenamiento sustantivo anterior o el actual.

Ahora bien, como quiera que en este asunto la pena mínima prevista a imponer es inferior a 5 años de prisión, corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del Código Penal verificar si se dan los requisitos allí exigidos para otorgarle al procesado la prisión domiciliaria, frente a la cual, encuentra la Corte motivos fundados para concederle éste sustituto al sentenciado, pues, diferente a su comportamiento dentro de su agitada relación de pareja sostenida con Janeth Ceballos, el proceso no reporta información que haga inferir que el desempeño personal, familiar, laboral o social de FABIO CÉSAR CARDONA CARDONA pueda poner en peligro a la comunidad o que lo lleven a evadir el cumplimiento de la pena, ya que se trata de un hombre joven, que ha dedicado su vida al trabajo como administrador de bares en el centro de Manizales.

Por lo anterior, se sustituirá la pena de prisión por domiciliaria a FABIO CÉSAR CARDONA CARDONA, quien

deberá garantizar mediante caución equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales vigentes y cumplir las obligaciones contenidas en el referido artículo 38, para lo cual suscribirá el acta respectiva, excepción hecha del pago de los perjuicios ocasionados con el delito, ya que, por ausencia de demostración el Tribunal se abstuvo de condenarlo por ese motivo.

A este respecto, importa considerar que según la información obtenida en el proceso, FABIO CÉSAR CARDONA CARDONA sostenía una relación sentimental con la víctima para la época de los hechos, que implicaba además convivencia esporádica. Como en la actualidad la Corte desconoce si dicho vínculo se mantiene, el sitio en el cual deberá cumplir el sindicado la prisión domiciliaria, será su propia residencia, siempre y cuando no cohabite allí con la ofendida.

Igualmente, y como quiera que el procesado permaneció privado de la libertad por cuenta de este proceso, entre el 25 de noviembre de 1995 y el 22 de octubre de 1996, fecha en que fue puesto en libertad provisional con motivo de la absolución de que fuera objeto en el fallo de primera instancia, ese lapso, que equivale a diez (10) meses y veintisiete (27) días, se le tendrá como parte cumplida de la pena.

Para estos efectos, se mantendrá vigente la orden de captura dada en el fallo de segundo grado, la cual se deberá librar una vez que de ejecutoriada esta

sentencia, pero para los fines aquí indicados, esto es, el cumplimiento de la pena en la residencia de CARDONA CARDONA.

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

RESUELVE

1. Desestimar la demanda.
2. Casar oficiosamente el fallo impugnado en el sentido de condenar a FABIO CÉSAR CARDONA CARDONA a la pena principal de cuatro (4) años y cuatro (4) meses de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor del delito de homicidio simple, en grado de tentativa, atenuado conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 27 de la Ley 599 de 2000.
3. Sustituir la pena impuesta al sindicado por la prisión domiciliaria, para lo cual deberá prestar caución

equivalente al valor de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes y cumplir las obligaciones indicadas en el artículo 38 del Código Penal, excepción hecha del pago de los perjuicios.

Para este fin, deberá suscribirse el acta respectiva.

4. El sitio donde el condenado descontará la pena privativa de la libertad será el de su propia residencia, siempre y cuando no la comparta con la víctima Janeth Ceballos Osorio.
5. Reconocerle a FABIO CÉSAR CARDONA CARDONA, diez (10) meses y veintisiete (27) días como parte cumplida de la pena impuesta.
6. En lo demás, queda incólume el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Bibliografía

Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,
Catalina Uribe Burcher

Derecho Penal Contemporáneo.
Revista Internacional
Marcelo Quijano Restrepo

Estudios Penales y Criminológicos,
Diego Araque Moreno

Revista de Derecho Penal y Criminología,
Sandra Milena Gómez Santamaría

Revista Penal
Diana Restrepo Rodríguez