



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, martes, dieciséis de julio de dos mil diecinueve

Aprobado mediante acta número 0069 del once de julio de dos mil diecinueve

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por la Delegada del ente acusador, conoce en segunda instancia esta Corporación la providencia proferida el 05 de diciembre de 2018 por el Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí, mediante la cual negó la preclusión de la investigación que solicitó el representante de la Fiscalía en favor del señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a la presente investigación fueron narrados así por el delegado de la Fiscalía en la solicitud de preclusión de la investigación que deprecó:

“Los hechos jurídicamente relevantes son los sucedidos el 28 de diciembre del año 2017 cuando aproximadamente a las 18:00 horas – 6:00 de la tarde- el señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS salió de su servicio que prestaba en la Estación de Policía El Poblado, se dirigió, dice en su diligencia de interrogatorio, al Terminal del Norte, realizó una diligencia y luego tomó la autopista hacia el sur con dirección a su residencia que nos ha indicado el día de hoy. Transitaba por el carril derecho de la autopista y al llegar al ingreso que de la autopista da hacia la Central Mayorista, exactamente frente al Banco BBVA, sector conocido como Capricentro, a eso de las 6:00 de la tarde, antes de tomar la esquina dice él que debió disminuir la velocidad en su motocicleta y fue abordado por una motocicleta que se le colocó al lado izquierdo y otra atrás, inmediatamente le solicitaron detenerse pero como él aceleró la marcha entonces el motociclista que iba adelante lo tomó del brazo y dice él que como la otra moto llevaba más velocidad lo hizo ir al piso con la motocicleta, en ese momento el que lo había tomado del brazo le manifestó que si se iba hacer matar o que le entregara la motocicleta, exigencia que fue con palabras de grueso calibre e intimidándolo de muerte con un arma tipo pistola. Estando él en el piso, sacó su arma de uso personal y le ocasionó un disparo a quien iba de parrillero y que antes lo había tomado del brazo y al conductor de esa motocicleta le ocasionó una lesión, pero como esta persona huyó del lugar se desconoce el lugar exacto de la lesión.

Señala él que su reacción inmediata fue verificar la actitud de los ocupantes de la otra motocicleta, los cuales al ver la acción de disparo se regresaron y llegaron nuevamente hasta la autopista y tomaron hacia

el sur, ante esa situación y como ya no estaba en riesgo respecto a los otros ocupantes, él visualizó que el lesionado, es decir, el conductor de la motocicleta, se había dirigido hacia el interior del barrio y él inicia su persecución llegando a una esquina, sector que conoce bien porque es la zona donde vive, que la calle era cerrada y entró y lo intimidó y le dijo que levantara los brazos y le realizó una búsqueda para ver si tenía un arma en la cintura y como no tenía le dijo que lo acompañara al lado donde estaba la motocicleta y ya fue cuando pudo observar que la otra persona yacía en el piso, a quien le había ocasionado el primer disparo, y dice que él en esa confusión le ordenó a quien traía tomado de la mano que se quedara ahí porque ya venía la policía, tomó su motocicleta, la encendió y la persona que había acabado de retener pues huyó hacia el lado de la autopista y él tomó su motocicleta y huyó del lugar.”

El 21 de agosto de 2018 el Fiscal 276 Seccional de Itagüí radicó solicitud de preclusión de la investigación, y el 05 de diciembre pasado realizó la formulación oral de la petición ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, oportunidad en la que adujo la existencia de una causal que excluye la responsabilidad penal del señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ en los hechos materia de investigación, específicamente la contenida en el numeral 6º del artículo 32 del código penal, “*se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión*”, por lo que invocó como sustento normativo la causal segunda del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

El delegado de la Fiscalía hizo un recuento de los hechos jurídicamente relevantes y enunció los elementos materiales probatorios con base en los cuales sustenta su pretensión así: (i) entrevista del señor PABLO CESAR BOLAÑOS ORTIZ, guarda de seguridad del establecimiento financiero ubicado al frente del lugar

de los hechos y quien hace una narración de lo acontecido que coincide con lo expuesto por el indiciado; (ii) declaración del señor NELSON EDUARDO ISAZA PAREJA, padre del ciudadano KLEYDERMAN STIVEN ISAZA ORREGO –fallecido-, quien informó que su hijo tenía prisión domiciliaria como consecuencia de una sentencia condenatoria que le fue impuesta por el hurto de una motocicleta en el año 2016, y que pocos días antes de su fallecimiento había sido capturado nuevamente cuando se hurtaba otro velocípedo; (iii) entrevista realizada a la señora NINI YOHANA ORREGO LOAIZA, madre del occiso, quien agregó, aparte de lo ya expuesto por su esposo, que su hijo KLEYDERMAN se dedicaba al hurto de motocicletas y que ya lo habían sorprendido por lo menos en tres oportunidades.

También citó (iv) el trabajo investigativo desplegado por el investigador judicial LUIS FERNANDO CORREA MONCADA, labores entre las cuales estuvo la realización de las entrevistas precitadas, así como la inspección de varios procesos penales, entre ellos el radicado con el CUI 2016 44852, donde el hoy occiso fue procesado y condenado por el delito de hurto calificado agravado por hechos ocurridos el 02 de septiembre de 2016, la noticia criminal que se adelantó también en contra del señor KLEYDERMAN STIVEN ISAZA ORREGO con radicado N° 2017 62674 por hechos del 04 de noviembre de 2017, oportunidad en la que fue capturado conduciendo una motocicleta que había sido hurtada el 13 de octubre anterior y en razón de lo cual le fue imputado el punible de receptación. Adicionalmente recaudó información mediante la cual el INPEC certificó la prisión domiciliaria que recaía en la víctima para el día de su fallecimiento, que el ciclomotor en el cual se movilizaba el señor KLEYDERMAN STIVEN

era de propiedad de la señora CECILIA MARMOLEJO y que registraba un denuncia por hurto en el municipio de Quibdó.

Sostuvo que el 11 de enero de 2018 el señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ se presentó ante la Fiscalía General de la Nación informado su participación en los hechos aquí narrados y dio las explicaciones del caso, que el 09 de abril siguiente hizo entrega del arma de fuego con la cual se defendió al ser agredido y le causó de muerte al señor KLEYDERMAN STIVEN, adjuntando copia del permiso para el porte de la misma.

Continuó relacionando los medios de conocimiento para lo cual mencionó (v) el informe del 12 de octubre de 2018 del perito balístico que determino la aptitud del arma para producir disparos; (vi) el historial de antecedentes y anotaciones penales del hoy occiso; y (vii) el video con el registro fílmico de lo ocurrido el 28 de diciembre de 2017 y donde perdió la vida el señor KLEYDERMAN STIVEN.

Pasó luego a sustentar la causal de preclusión invocada anotando que aunque los hechos por los cuales se investiga al señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ se adecuan inicialmente a un homicidio -artículo 103 del código penal-, pues en los mismos perdió la vida el señor KLEYDERMAN STIVEN ISAZA ORREGO, lo cierto es que, según la información que se allegó a la carpeta, lo que se presentó en el sub judice fue una reacción ante el ataque a la propiedad del indiciado por medio del intento de la sustracción de su motocicleta, donde no solo se atentó contra el patrimonio económico del señor GARCÉS MARTÍNEZ sino también contra su integridad física por cuanto resulta clara la exigencia que

le hicieron para que se bajara de la motocicleta so pena de agredirlo en su humanidad, y al no acceder a su solicitud los agresores lo derribaron haciéndolo ir al piso con su ciclomotor y lo intimidaron con un arma de fuego, acción que motivó que él reaccionara con el uso de su propio armamento para protegerse ante el inminente riesgo de ser afectado de manera mortal.

Aduce que los datos que suministraron tanto los padres del occiso como la información registrada en sus antecedentes demuestran que este mismo accionar ilícito fue ejecutado en varias oportunidades y bajo la misma modalidad por el señor KLEYDERMAN STIVEN, ello a pesar de la sentencia condenatoria impuesta y tener su libertad restringida por la prisión domiciliaria que le fue otorgada.

De conformidad con lo anterior, considera el peticionario que efectivamente se cumplen los presupuestos señalados por el legislador en el numeral 6º del artículo 32 del código penal que regula lo atinente a la legítima defensa como causal excluyente de responsabilidad penal, misma que se configura por la necesidad de repeler una agresión injusta actual o inminente, lo que la convierte en la actuación adecuada dirigida a proteger bienes jurídicos amenazados por un atentado ilícito, justificándose así la realización de una conducta típica por parte de quien obra en defensa de derechos propios o de terceros ante un ataque ilegítimo.

Advierte que en el caso objeto de estudio el ataque desplegado por los ocupantes de las dos motocicletas, entre los que se encontraba el hoy occiso, resulta a todas luces injusta, actual e inminente, lo que ocasionó que en el momento de esa agresión el

indiciado reaccionara maniobrando su arma de fuego para defenderse, destacando que esa defensa además fue proporcionada con la agresión, por lo que, reitera, que se cumplen todos los elementos que contiene esta causal para la ausencia de responsabilidad.

Refiere que la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia con radicado N° 50095 del 07 de marzo de 2018, estudió un asunto similar al aquí analizado reiterando las exigencias que deben satisfacerse para que se pueda tener como válida la legítima defensa. Específicamente, y trayendo al presente caso lo dicho por la alta Corporación en la decisión precitada, el delegado de la Fiscalía argumentó: frente a la exigencia de que *“el ataque al bien jurídico ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo”* indicó que esa fue efectivamente la acción que ejecutó el señor GARCÉS MARTÍNEZ. Y sobre el segundo elemento, esto es, *“que la defensa debe resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo”*, anotó que en este caso la necesidad salta a la vista en aras de proteger su patrimonio económico, integridad personal y hasta su vida.

Y respecto a que *“la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente, es decir, respecto de la respuesta y los medios utilizados”* aseguró que los agresores, quienes pretendían hurtarse la motocicleta, estaban provistos de un arma de fuego y que, si se hace un rastreo de los demás procesos que tenía el señor KLEYDERMAN STIVEN, en todos utilizó esa modalidad, intimidación por medio de algún tipo de armamento para que las víctimas accedan a la petición ilegal, por lo que es creíble lo afirmado en este caso por el indiciado. Por último, en relación con

que *“la agresión no ha de ser intencionada o provocada por el sujeto agente”*, aseveró que no hay ninguna duda de que el indiciado no fue el que propició esa acción en la que le iban a sustraer su motocicleta y mucho menos la utilización del arma.

Concluyó deprecando la declaratoria de la preclusión de la investigación en favor del señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ de conformidad con la causal 2ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, al encontrarnos efectivamente frente a la circunstancia descrita en el numeral 6º del artículo 32 del código penal. Adicionalmente solicitó la devolución al señor GARCÉS MARTÍNEZ del arma de fuego de defensa personal de su propiedad, la cual se encuentra en custodia en el almacén de la Fiscalía General de la Nación.

El apoderado de la víctima y el defensor del señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ coadyuvaron la solicitud de preclusión realizada por la Fiscalía aduciendo que de conformidad con el acervo probatorio expuesto es evidente que se encuentran satisfechos los requisitos legales para que prospere la causal de ausencia de responsabilidad invocada en favor del implicado.

2. LA DECISIÓN IMPUGNADA

La judicatura de primera instancia negó la solicitud impetrada aduciendo que la Fiscalía no logró hacer la demostración, en grado de certeza racional o más allá de toda duda, de la configuración de la legítima defensa como causal excluyente de la

responsabilidad penal que habilitaría la declaratoria de la preclusión que se pretende para dar por terminada la indagación seguida en contra del señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ por la presunta comisión del delito de homicidio.

Luego de abordar temas como la legitimidad para proponer la preclusión en fase de indagación y el propósito de dicha solicitud, el fallador de primera instancia hizo alusión a la sentencia N° 50095 del 15 de marzo de 2018, en la que la Corte Suprema de Justicia reseñó los requerimientos dogmáticos para la estructuración de la excluyente de responsabilidad penal aterrizada a la legítima defensa así: 1) que exista una agresión ilegítima o antijurídica que ponga en peligro algún bien jurídico individual, 2) que el ataque al bien jurídico sea actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo, 3) que la defensa debe resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo, 4) que la entidad de la defensa sea proporcionada cuantitativa y cualitativamente, es decir, respecto de la respuesta y los medios utilizados, y 5) que la agresión no ha de ser intencional o provocada.

Resaltó que la providencia precitada también admite que cuando un individuo saca un arma y se dirige hacia otro esgrimiéndola con el evidente propósito de materializar el ataque queda el atacado en condiciones de defensa legítima pues ya se ha producido a su respecto la injusta agresión que exige la ley, añadiendo que aun cuando el amenazado no haya comenzado a sentir los efectos físicos de la ofensiva tiene el derecho a defenderse y su defensa será justa, es decir, que jurisprudencialmente se admite que cuando se esgrime un arma, sin necesidad de verificar en ese momento, por el fragor de la escena, si se trata de un

elemento idóneo o no, puede entender el sujeto que recibe la agresión como que está ante un ataque inminente o actual.

Adicionalmente, se refirió a la definición que sobre la figura de la legítima defensa fijó el doctor FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ en su obra "Manual de derecho penal" y el punto de vista doctrinal sobre la satisfacción de los elementos para su configuración.

Por otra parte y con la finalidad de descender al caso concreto, expuso el a quo que se tiene efectivamente que el 28 de diciembre de 2017, a las 18:00 horas, en cercanías de una de las sedes del banco BBVA ubicada al ingreso de la central mayorista, se presentó la muerte del señor KLEYDERMAN STIVEN ISAZA ORREGO, y que según la argumentación de la Fiscalía el deceso se debió a una legítima defensa del indiciado tras haber sido abordado por dos motocicletas, ambas con conductor y parrillero, quienes pretendieron hurtarle la motocicleta que ese día había reclamado en el concesionario, que lo hicieron caer al piso y que este repelió el ataque porque había visto que uno de ellos tenía un arma de fuego.

Precisó apartes del relato efectuado por el propio CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ en interrogatorio a indiciado del 26 de abril de 2018; también destacó que según el acta de inspección técnica a cadáver no se le encontró ningún tipo de artefacto de fuego a la persona dubitada; que en la necropsia se advierte que el occiso únicamente recibió una herida de proyectil por arma de fuego en la parte posterior de la espalda sin orificio de salida, a su vez narró la entrevista rendida por el señor PABLO CESAR, vigilante que apreció los hechos; y adicionalmente exhibió

el video aportado por la Fiscalía como una evidencia objetiva incontestable de lo ocurrido.

A continuación, el a quo prosiguió con las conclusiones del asunto reseñando que se mantiene latente la duda en tres aspectos basilares de la construcción dogmática de la legítima defensa, específicamente sobre el primer punto señaló que doctrinal y jurisprudencialmente se requiere que el ataque sea actual o inminente y que aquí lo que se observa, de conformidad con el interrogatorio a indiciado y el video exhibido, es que cuando el occiso detuvo la motocicleta en la parte de adelante, descendió del vehículo, observó al indiciado y salió huyendo, por lo que el disparo le entró por la espalda, destacando que a esta persona no se le encontró armamento alguno aunque según el relato del indiciado fue el parrillero de la moto que finalmente se ubicó adelante y quien lo haló del brazo el mismo al que le vio algo parecido a un arma de fuego cuando transitaban sobre la autopista.

Es así como estima el fallador que si bien en ese momento –cuando recorrían la autopista- pudo haberse presentado un latente ataque bajo la tesis incluso de una legítima defensa putativa, esa agresión ya no era inminente, ni mucho menos actual, cuando giraron para ingresar hacia el banco BBVA o hacia la mayorista, pues allí pese a que la víctima descendió de la moto no se dirigió hacia el indiciado sino que al advertirlo armado intentó escapar sin que se le hubiese encontrado ninguna arma, siendo suficiente entonces el solo hecho de haber esgrimido la pistola si se consideraba que el riesgo se presentaba frente al patrimonio económico del señor GARCÉS MARTÍNEZ ante la posibilidad de que le fuera hurtado su velocípedo.

Sostuvo respecto al peligro en que pudo haberse visto la vida o la integridad personal del indiciado que no observa que el occiso intentara agredirlo pues, contrario sensu, se dio a la huida, lo que permite entender que ya el ataque antijurídico e injusto había cesado, pero que sin embargo el señor GARCÉS MARTÍNEZ disparó contra la humanidad del dubitado cuando éste se encontraba huyendo intentado no ser perjudicado con el arma de defensa personal que tenía el implicado y por ello, insiste, el ataque había cesado y estaba resguardado tanto el patrimonio económico como la vida e integridad por lo que habiendo concluido la amenaza o agresión la intervención de éste tendría una intención meramente vindicativa tal y como lo sostiene la doctrina citada anteriormente.

Por otra parte, sobre la necesidad de la defensa como otro de los elementos dogmáticos de la causal excluyente de responsabilidad analizada, anotó que si la víctima ya estaba dándose a la huida, al igual que el conductor de la motocicleta, y no se les apreció ni les fueron halladas armas de fuego, ¿cuál era entonces la necesidad de asestarle una herida con proyectil por la espalda al occiso? ¿Para qué ejercitar una defensa cuando la agresión ya había cesado por lo que no había ningún bien jurídico en riesgo?

En este punto es enfático el a quo en redundar que no era necesario que el indiciado reaccionara como lo hizo por cuanto la víctima no se dirigió hacia él ni esgrimió nada sino que se dio a la huida, lo que lleva a entender que el occiso ya no representaba ningún peligro para los bienes jurídicos tutelados aquí alegados.

Por último, frente a la proporcionalidad aseveró que cuando arrastran del brazo al indiciado y cae la moto al suelo y él queda en pie el único bien jurídico que estaba en riesgo podría ser el patrimonio económico, pero que sin embargo éste optó por afrentar contra la vida de otra persona, lo que permite entender que hay desequilibrio entre el ataque y la respuesta quedando obviamente en plano de duda el tema de si existía o no un arma de fuego en poder de los presuntos asaltantes y si al indiciado le pareció ver una pistola.

Concluye apuntando que con lo anterior no quiere significar que no exista legítima defensa sino que en este caso no puede terminarse la indagación por preclusión porque no se demostró en grado de certeza racional la concurrencia de la causal excluyente de responsabilidad penal estudiada toda vez que como mínimo se advierten tres pilares dogmáticos de la legítima defensa que no aparecen claramente probados, estos son, si se estaba ante un ataque actual, si se necesitaba ejercitar la defensa y si era proporcional la reacción frente a una persona que solamente alcanza a descender de la moto y su reacción es huir porque advierte que el indiciado tiene un arma de fuego.

Finalizó el juzgador de primera instancia cuestionando ¿por qué se dejó ir al otro asaltante que se había alcanzado y reducido si se tiene en cuenta el conocimiento especializado que sobre acciones, procedimientos y uso de armas tiene el señor GARCÉS MARTÍNEZ por su capacitación como policía?, así como también destacó que si el señor KLEYDERMAN STIVEN estaba en domiciliaria, si incumplía los compromisos judiciales adquiridos o si se dedicaba a este tipo de comportamientos ello en nada incide para determinar que exista o no la legítima defensa en

el caso examinado, máxime cuando los antecedentes a los que se refiere la Fiscalía hablan de los delitos de hurto o receptación mas no de porte ilegal de armas, por lo que resulta constitutivo de conjetura decir que el occiso acostumbrara a cometer este tipo de acciones atentatorias contra el patrimonio económico mediante la utilización de armas porque no hay evidencia de ello.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El representante de la Fiscalía recurrente resaltó que efectivamente en el presente caso se configura la legítima defensa como causal excluyente de responsabilidad pues se satisfacen cada uno de los requisitos reseñados en la multicitada sentencia con radicación N° 50095 de 2018. Luego de solicitar la transmisión del video aportado como evidencia el censor describe nuevamente los hechos destacando que la acción por medio de la cual el indiciado cae al suelo junto con su motocicleta no se puede catalogar como consecuencia de un accidente de tránsito sino que tiene la categoría de delito atentatorio contra el patrimonio económico, punible que empezó a ejecutarse instantes previos a hacer el viraje hacía Capricentro y con el cual posiblemente también podría verse afectada la integridad personal del implicado pues los ocupantes de los restantes dos velocípedos siempre le manifestaron que no se fuera a hacer matar.

Entonces, sostiene que tal y como lo aceptó el señor juez, existió un ataque al bien jurídico del patrimonio económico y que para materializar esa sustracción el señor GARCÉS MARTÍNEZ vio que en ese momento uno de los asaltantes iba armado, y que el hecho de que no se haya incautado un arma de fuego ni al occiso ni

a quien lo acompañaba en el mismo ciclomotor no descarta, per se, que cualquiera de los que lo estaban intimidando no haya tenido un arma porque debe recordarse que la motocicleta que iba en la parte de atrás una vez se realizaron los disparos ésta inmediatamente se regresa a la autopista huyendo del lugar.

Pasa el recurrente a analizar la legítima defensa desde dos planos: (i) frente al aspecto fáctico indicó que los hechos fueron relatados por el indiciado y el vigilante del Banco BBVA y lo corrobora el video en el sentido de que efectivamente se presentó una acción pretendida a sustraerle por lo menos el velomotor en el que se movilizaba el indiciado por lo que se encontraba en inminente riesgo el bien jurídico del patrimonio económico; y (ii) sobre el plano probatorio destacó la declaración del vigilante del Banco BBVA y el interrogatorio a indiciado.

Apunta que es un hecho cierto que el indiciado llevaba una motocicleta y que su arma de defensa personal -para la cual tenía permiso de porte- fue usada legítimamente, pues cómo se podría asegurar que no había un inminente riesgo frente al patrimonio económico, vida e integridad personal en el momento en el que el señor CARLOS ENRIQUE es tumbado al piso y uno de los asaltantes se baja de la motocicleta y se dirige hacia él teniendo en cuenta que momentos antes lo habían amenazado diciéndole “no se vaya a hacer matar”. Cuestiona el hecho de que ahora se le pretenda exigir a una víctima de hurto que estando en el piso derribado por sus agresores a que espere que uno de ellos llegue hasta donde él, tal vez con un arma para dispararle, para poder defenderse cuando dentro de los mecanismos instintivos del ser humano está que ante una situación como la acá estudiada y que estando provisto de un

elemento defensivo pues lo natural es que lo use a fin de salvaguardar sus bienes jurídicos puestos en riesgo o peligro.

Y es aquí donde ubica la inminencia del ataque pues aduce que en el momento en que se usa el arma se está desarrollando la acción, resaltando que el indiciado pudiendo usar toda la carga de su proveedor que es de 10 cartuchos, solo utilizó lo mínimamente necesario a efectos de defenderse de las personas que de manera más inmediata lo estaban atacando que eran los ocupantes de la motocicleta que lo habían hecho ir al piso y que se detuvieron. Y que cuando el señor GARCÉS observa que el otro velocípedo sale en huida hacia el sur por la avenida regional, toma la decisión de perseguir al conductor de la motocicleta que lo derribó y pese a que por la confusión del momento y en un estado de ira pudo haberlo lesionado, fue más prudente haciéndole levantar las manos y al verificar que no tenía arma tan solo lo dirigió hasta el lugar donde se habían desarrollado los hechos.

Aduce que aportó la información correspondiente a los tres procesos –uno de ellos con sentencia condenatoria- que tenía el señor KLEYDERMAN STIVEN ISAZA ORREGO por la comisión de otros delitos relacionados también con la sustracción de vehículos automotores, porque eso corrobora efectivamente la capacidad de delinquir del occiso, aunado a lo manifestado por sus progenitores quienes señalaron que su hijo estaba dedicado al hurto de motos, que le insistían para que no saliera en las horas de la noche y no obstante tener prisión domiciliaria se marchaba de su residencia.

Pasa luego a sustentar el cumplimiento en este evento de cada uno de los requisitos jurisprudenciales exigidos para

la estructuración de la legítima defensa afirmando lo siguiente: (i) es evidente que aquí se realizó una acción plenamente probada tendiente a atentar contra el patrimonio económico del indiciado - agresión ilegítima o antijurídica que ponga en peligro algún bien jurídico-; (ii) es indiscutible que desde el momento en que inician a cerrar al señor GARCÉS MARTÍNEZ, a acosarlo antes de girar y le lanzan esas frases de que se detenga, ya iniciaron la ejecución del acto de sustracción, y como éste no accedió a ese pedimento entonces le dijeron "¿te vas a hacer matar?", momento en el cual ya estaba inminentemente en riesgo la vida -ataque al bien jurídico actual frente al patrimonio económico e inminente respecto a la vida-; (iii) si el indiciado no desenfunda su arma y no hace un disparo el latrocinio se habría materializado respecto al automotor de propiedad del indiciado -defensa necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo-; (iv) en este caso estaban intimidando al implicado para que entregara su motocicleta so pena de poner su vida en riesgo, lo tomaron del brazo y lo lanzaron al piso sin importarles si le sucedía algo en la caída, por lo que la reacción defensiva deviene adecuada -entidad de la defensa proporcionada cuantitativa y cualitativamente-; y (v) es evidente que la acción por parte de los asaltantes fue planeada y seleccionada de manera autónoma -agresión no intencionada o provocada-.

Culmina citando textualmente un aparte de la obra "Teoría del delito" del tratadista MARIO SALAZAR MARÍN sobre las condiciones de la legítima defensa y sus requisitos para finalmente indicar que en el hecho que se ha puesto de presente se evidencia el conocimiento que exige la ley, esto es, más allá de toda duda frente a la configuración de esa causal 6ª del artículo 32 del código penal por lo que deprecó la revocatoria de la decisión impugnada.

El apoderado de la víctima, como no recurrente, refirió que pese a que inicialmente no se opuso a la solicitud de preclusión de la investigación, ahora, luego de haber visto el video y de acuerdo con su experiencia policial, considera que el indiciado se excedió porque hay dos bienes jurídicos encontrados, el patrimonio económico y la vida y el señor KLEYDERMAN STIVEN, así estuviese cometiendo actos ilícitos, era una persona a quien se le debía respetar la vida dentro de un estado social de derecho.

Expuso que si el indiciado quería neutralizar a su agresor no necesariamente requería darle un tiro mortal, pues bien bastaba herirlo en una pierna teniendo en cuenta que iba a huir, razonamiento por el cual se aleja de la exposición realizada por la Fiscalía y estima que debe iniciarse un proceso ordinario para que pueda haber total claridad en este caso.

El señor defensor, también como no recurrente, indicó que coadyuva la intervención realizada por el censor ya que observa un análisis de premisas equivocadas que llevan a conclusiones o decisiones incorrectas. Aseveró que en la carpeta hay elementos que soportan en sumo lo dicho por el indiciado y que el juez basó su análisis probatorio en un solo elemento, el video, dejando por fuera cada una de las explicaciones dadas por el señor GARCÉS MARTÍNEZ entre las cuales destaca que la vía por la cual transitaban los agresores tiene un movimiento vehicular promedio de 80 km/h y que éstos materializaron sus amenazas al tumbar al indiciado de su motocicleta por lo que era dable pensar que estas personas iban a cumplir lo prometido.

Entonces, como su prohijado vio que lo estaban intimidando y le enseñaron un arma de fuego y posteriormente lo tiraron al suelo, su reacción fue defenderse sin importarle el patrimonio económico sino su vida porque eran cuatro personas coaccionándolo y atacándolo lo que generó una situación de riesgo y peligro para él por lo que no es posible esperar un actuar diferente del indiciado quien se encontraba disminuido en número y en posición -pues había sido tumbado de su motocicleta- y los victimarios luego de esto fueron a concretar el hecho, no contando que era un agente de policía con capacitación y preparación en armas que reaccionó de manera inmediata.

Explica que (i) según el video el occiso giró al ver que el indiciado desenfundó un arma y fue por eso que el proyectil le ingresó por su espalda, sin que por ello pueda llegar a pensarse que el señor CARLOS ENRIQUE ultimó de manera vengativa a este ciudadano pues se debe tener presente el contexto en que sucedieron los hechos y las milésimas de segundo en las que se desarrolló el acontecer; (ii) la reacción es necesaria y prudente para proteger su vida principalmente y de manera subsidiaria el patrimonio económico; (iii) dentro del informe presentado por el investigador se hace un análisis detallado de las escuchas de los radios de los policiales; y (iv) el ciudadano en ningún momento generó el hecho sino que fue una víctima de un hurto.

4. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Corporación para conocer, por vía de apelación, la providencia dictada por el Juez

Primero Penal del Circuito de Itagüí mediante la cual negó la solicitud elevada por la Fiscalía. El examen se contraerá exclusivamente a los temas planteados en la impugnación dada la naturaleza rogada de la segunda instancia.

La preclusión de la investigación es una institución del derecho procesal penal que permite la terminación de la actuación sin darle curso a todas las etapas procesales por la ausencia de mérito para sostener la acusación. Se traduce en la adopción de una decisión definitiva por parte del juez de conocimiento y su consecuencia es la cesación de la persecución penal que se sigue contra el imputado en relación con los hechos de que trata la investigación. Dicha decisión, una vez en firme, tiene la fuerza de cosa juzgada.

La Ley 906 de 2004 consagra dos oportunidades en que puede presentarse la solicitud de preclusión: la primera durante la investigación (incluye la fase preliminar), hasta antes de que el Fiscal presente el escrito de acusación con fundamento en cualquiera de las 7 causales consagradas en el artículo 332 ibídem. En este evento solo el Fiscal está legitimado para formular la petición ante el Juez de conocimiento. La segunda oportunidad se presenta en el juzgamiento, con fundamento exclusivamente en las causales 1ª (imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal) y 3ª (inexistencia del hecho investigado) del precepto citado. En esta ocasión, están legitimados, además del Fiscal, el Ministerio Público y la defensa. En el caso examinado estamos frente a la primera oportunidad para deprecar la preclusión en tanto que la Fiscalía no ha formulado aún ni siquiera imputación.

Dentro de este marco legal, examinaremos los argumentos ofrecidos por la censura en el asunto sometido a estudio de la Sala, el cual versa exclusivamente sobre la real configuración de la eximente de responsabilidad penal de la conducta desplegada por el señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ, pues a juicio del delegado de la Fiscalía, en este evento se cumplen a cabalidad todas las exigencias requeridas para encontrar cumplida la necesidad de repeler la agresión a la que fue sometido el referido ciudadano, resultando adecuada su reacción dirigida a proteger su vida y patrimonio económico ante la amenaza derivada del ataque ilícito de los asaltantes.

En efecto, el peticionario indicó que su solicitud se encuentra apoyada en el numeral 2º del artículo 332 del código de procedimiento penal, en concordancia con la circunstancia excluyente de responsabilidad consagrada en el numeral 6º del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, encuadrada como legítima defensa, fundamentación que estima acertada esta Corporación en tanto lo dispuesto en esta última norma prevé justificado un resultado que jurídicamente sería reprochable cuando es producto de una repulsión ante una agresión ilegítima actual o inminente.

La Corte Suprema de Justicia ha decantado sobre los presupuestos que deben cumplirse para hallar satisfecha esta causal eximente de responsabilidad penal.

"La causal de ausencia de responsabilidad del numeral 6º del artículo 32 del Código Penal, de la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, permite a la persona proteger un bien jurídicamente tutelado sea propio o ajeno, siempre que medie proporcionalidad. Los elementos que la informan son:

i) una agresión ilegítima o antijurídica que genere peligro al interés protegido legalmente; ii) el ataque ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o sin duda alguna vaya a comenzar y aún haya posibilidad de protegerlo; iii) la defensa ha de resultar necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo; iv) la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente es decir respecto de la respuesta y los medios utilizados; v) la agresión no ha de ser intencional o provocada.”¹

Es así como tiene razón el recurrente cuando señala que el proceder del señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ se encuentra cobijado dentro de la figura de la legítima defensa, pues ante la puesta en peligro, por parte de quien aquí figura como víctima, de su vida y luego de haber sufrido el intento de hurto de motocicleta, se encontraba legalmente facultado para proteger sus bienes jurídicos tutelados repeliendo dicha amenaza dentro de los cánones de necesidad y proporcionalidad, circunstancias que encuentra acreditadas esta Corporación de conformidad con los elementos materiales probatorios que reposan en la carpeta y que soportan los hechos narrados de la manera cómo lo expuso el delegado de la Fiscalía.

Con la finalidad de soportar la anterior afirmación se procederá a estudiar y responder cada planteamiento expuesto por el a quo y por el apoderado de las víctimas en punto de su desacuerdo sobre la teoría expuesta en la solicitud de preclusión de la investigación.

El Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí esgrimió tres razones fundamentales bajo las cuales no encontró acreditada

¹ Corte Suprema de Justicia, auto AP1863-2017, radicación N° 49218 del 22 de marzo de 2017.

la causal excluyente de responsabilidad invocada, refiriéndose inicialmente a que para el momento en que se produjo el disparo ya la agresión injusta por parte de quien aquí figura como víctima había cesado y no se encontraba en riesgo ningún bien jurídico tutelado del señor GARCÉS MARTÍNEZ, lo que desvirtuaría por completo la legítima defensa aducida por el delegado de la Fiscalía y deja entrever en cambio una clara intención meramente vindicativa.

Pues bien, resulta indispensable acudir a las declaraciones realizadas por los testigos sobre cómo fue el acontecer de los hechos, así como a la declaración del indiciado rendida en el interrogatorio de fecha 26 de abril de 2018 y el video captado por una de las cámaras de seguridad ubicada en el sector donde ocurrió el suceso.

En este sentido tenemos que el señor CARLOS ENRIQUE manifestó que una vez fue amenazado de muerte para que entregara su motocicleta y al no acceder ante ese amedrentamiento y acelerar su moto para tratar de escapar de esa posición de peligro, fue halado de su brazo por el parrillero de una de las motocicletas que lo perseguían y que lo adelantó, lo que hizo que perdiera el control de su vehículo y éste se fuera al piso. Específicamente indicó *"...como ya íbamos a girar a la derecha, yo acelero mi motocicleta, intentado huir de esa situación, pero en la curva, uno de los motociclistas, a los que yo me refiero como ladrones, me alcanza y el tripulantes de esa motocicleta, o sea, el parrillero, abraza fuertemente mi brazo izquierdo y me grita "Te vas a hacer matar o qué hijueputa", él no suelta mi brazo y soy arrastrado por el impulso que llevaba esa motocicleta..."*².

² Manifestación realizada por el señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ cuando le solicitaron que hiciera un relato de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como sucedieron los hechos. Folio 131.

Versión que encuentra sustento en lo dicho por el señor PABLO CESAR BOLAÑOS ORTIZ, testigo presencial de los hechos y quien para la fecha se desempeñaba como guarda de seguridad en ese sector, ciudadano que le manifestó a la Fiscalía que *“estaba caminando sobre el andén hacia donde está el BBVA que da salida a la autopista sur y escuche como cuando alguien se cae de una moto y la moto rastrilla contra el suelo y ahí mismo escuché dos detonaciones, pero como estábamos es (sic) diciembre y sonaba pólvora constantemente, no alcancé a distinguir bien ese sonido, pero cuando voltie (sic) a mirar vi a una persona con un arma de fuego en la mano pero no reconocí bien las características del arma, cuando yo vi a esta persona con el arma en la mano vi que no disparaba más, también logré ver dos motos tiradas en el suelo y una persona también tirada a un lado de una de las motos... Ya como comentarios de la gente que llegó al lugar empezaron a decir que el que había disparado lo venían siguiendo en la moto que quedó en el piso, y que el que disparó se defendió y que tal vez que se fue del lugar por miedo que le hicieran algo más...”*³.

A las anteriores dos versiones debe sumarse las varias manifestación realizadas por ciudadanos que se encontraban en la zona a los agentes de la policía nacional que atendieron el caso y que fueron reportadas por radioteléfono por éstos, mismas que quedaron consignadas en el informe de investigador de campo del 09 de abril de 2018 y en las que se da cuenta, entre otras cosas, que los disparos fueron en razón de un hurto que se iba a cometer. Obsérvese que se tienen los siguientes reportes: *“Vea fíjense, fíjense bien, que al parecer lo que me informan aquí es como que ellos (no se entiende esta parte del audio) una moto y como que les dieron, pero ellos como que iban a robar, tiene que fijarse quién es*

³ Declaración jurada. Folios 39 y 40.

el que está en el piso... ahí llevo una versión que informan es que este sujeto junto con otro iban a robar una motocicleta y alguien tenía un 9-69 y les disparó, pero entonces acá quedó el 9-01 central ahí por los lados del BBVA... De un ciudadano que iba en un carro (no se entiende esta parte del audio) vea que ahí arriba en tal parte, en la colombina ahí en mangos le dieron a un muchacho que se iba a robar una moto⁴.

Adicionalmente se tiene el video captado por una cámara de seguridad del sector y en el cual se observa claramente el momento en el que intentan derribar al señor CARLOS ENRIQUE GARCÉS MARTÍNEZ haciendo que su motocicleta caiga al piso y de inmediato los tripulantes de los dos velocípedos que lo asediaban descendieron de los mismos con la intención de dirigirse hacia aquel, momento en el cual éste esgrimió un arma de fuego e hizo dos disparos hiriendo a quien iba de pasajero en la motocicleta que había parado delante suyo y luego sale en persecución del conductor de la misma.

Entonces se encuentra probado que efectivamente el señor KLEYDERMAN STIVEN ISAZA ORREGO una vez logra derribar al aquí indiciado como parte de los actos de ejecución frente al hurto que pretendía cometer -en compañía de otras tres personas- de la motocicleta de éste, acto que además estuvo inmediatamente precedido por manifestaciones indicativas de que podrían disparar en su contra si no accedía al pedimento ilegal, se bajó del velocípedo en el que se transportaba y se giró rápidamente hacía donde estaba el señor CARLOS ENRIQUE, por lo que resulta entendible que en ese momento éste sintiese que estaba en peligro

⁴ Folios 29 y 30.

no solo su patrimonio económico sino también sus bienes jurídicos de la vida e integridad personal.

De conformidad con lo anterior, para esta Colegiatura deviene claro que la injusta agresión por parte de los asaltantes nunca perdió la actualidad, pues si bien para el momento en que el señor GARCÉS MARTÍNEZ reaccionó en defensa de sus derechos aún no se había consumado el hurto y no estaba siendo directamente amenazado con un arma de fuego, lo cierto es que el riesgo en el que se vio comprometida su vida e integridad personal nunca cesó pues recuérdese que durante la persecución de la que fue víctima cuando transitaba por la avenida regional fue amenazado de muerte si no accedía a entregar su motocicleta⁵, y como intentó escapar acelerando su automotor los asaltantes ejecutaron maniobras peligrosas –sobrepaso y derribamiento– por medio de las cuales lo sometieron al bajarlo violentamente del ciclomotor, poniéndolo incluso en una situación en que la que pudo sufrir un accidente de tránsito teniendo en cuenta que estaban en movimiento sobre una vía por la cual transitaban otros vehículos, hechos mediante los cuales se advierte que los agresores prolongaron esa intimidación de carácter mortal.

Es así como en este caso se presentó un peligro actual por cuanto los agentes generadores del riesgo continuaron participando de manera activa dentro del escenario luego de las amenazas de muerte que lanzaron en contra del señor GARCÉS MARTÍNEZ, pues lo persiguieron, continuaron amenazando y derribaron de su motocicleta, con lo que queda establecido que nunca salieron del radio de acción donde mantuvieron un control

⁵ De conformidad con lo manifestado por el indiciado (folios 203 y 131).

inmediato sobre su víctima, circunstancia que conecta de manera directa el momento de las intimidaciones de dispararle con el hecho en el que perdió la vida el señor KLEYDERMAN STIVEN ISAZA ORREGO. No puede olvidarse que ese nexo causal fue el propio comportamiento de los cuatro ciudadanos que abordaron al aquí indiciado con la finalidad de hurtarle su motocicleta y que el desafortunado resultado que es motivo de estudio no se hubiese producido si estos no atentan contra el ocupante del otro velocípedo, es decir, fueron ellos quienes violaron la norma penal en principio y activaron la facultad legal con la que gozaba el señor CARLOS ENRIQUE de repeler esa agresión injusta y actual en defensa de sus derechos ante el instinto de conservación innato en el ser humano.

Y es que el hecho de que el occiso hubiese sido impactado por el proyectil en la región escapular de su cuerpo (espalda) no quiere decir, per se, que la reacción defensiva del señor GARCÉS MARTÍNEZ haya sido en un momento en el que ya no corría peligro su vida y su patrimonio económico, pues obsérvese que el intento de huida del señor KLEYDERMAN STIVEN se dio precisamente cuando éste se dirigió hacia aquel con el propósito de ir a despojarlo de su vehículo y vio que tenía un arma de fuego en su poder, destacándose que en este punto le asiste razón al censor cuando afirma que si la intención del agresor fallecido hubiese sido escapar del lugar y no atentar en contra de los bienes jurídicamente tutelados del aquí indiciado no se hubiese bajado de la motocicleta en la que se transportaba pues es claro que en ese vehículo podía lograr con mayor agilidad la retirada de la escena.

Ahora, sobre al otro argumento expuesto por el Juez de instancia y que versa sobre la falta de necesidad de la defensa bajo el entendido de que el agresor ya no representaba una

amenaza para el indiciado en atención a que se encontraba huyendo, debe resaltar esta Corporación que, tal y como ya se dijo, el peligro en el que se vio injustamente puesto el señor GÁRCES MARTÍNEZ nunca cesó y en ese sentido la protección de sus bienes jurídicamente tutelados deviene completamente oportuna por cuanto: (i) fue interceptado por cuatro personas que se movilizaban en dos motocicletas con la finalidad de hurtarle su ciclomotor; (ii) recibió intimidaciones de muerte al no haber accedido a entregar su bien mueble; (iii) como intentó escapar de esa situación de riesgo fue sobrepasado y derribado de su vehículo en movimiento; y (iv) al ser tumbado los dos tripulantes agresores descendieron de sus respectivas motocicletas y se dirigieron hacia él.

Entonces, luego de aquel desorientador acontecer y teniendo en cuenta que todo sucedió en un interregno de tiempo muy corto y que los agresores lo superaban en número, cómo puede decirse que la defensa ejercida por el señor CARLOS ENRIQUE GÁRCES MARTÍNEZ no resultaba inapelable cuando en un entendible estado de alteración luego de haber sido sometido a un episodio de estrés y miedo natural en este tipo de agresiones sorpresivas la reacción instintiva y espontánea al sentir la amenaza certera en contra de su vida era defenderse con los medios o elementos que se tenía a disposición justo en ese momento.

Y así lo considera esta Colegiatura por cuanto el mismo señor GÁRCES MARTÍNEZ no hubiese querido someterse de manera consiente e intencional a un enfrentamiento con un grupo de personas que, según sus amenazas, podrían haber estado armadas y que demostraron estar dispuestas a cualquier cosa con tal de lograr su objetivo ilícito, pues precisamente fue el instinto de protección y resguardo lo que lo motivó a iniciar sus actos de

defensa ante la agresión injusta y actual, lo que indefectiblemente lleva a concluir que el resultado en el que salió perjudicado el señor KLEYDERMAN STIVEN fue accidental y de ninguna manera excesivo o deliberado como lo enunció el a quo al argumentar que el comportamiento del indiciado se relaciona más con una justicia vengativa que con una legítima defensa.

No debe olvidarse además que el arma de fuego con la que contaba el aquí implicado era una pistola semiautomática⁶, característica que hace que el intervalo de tiempo entre cada disparo sea mínimo, por lo que resulta destacable que éste haya accionado su arma de defensa personal tan solo dos veces dejando ver así una acción de resguardo y de ninguna manera ofensiva o de ataque, pues pese a que pudo haberle disparado también al conductor de la motocicleta que estaba delante suyo o a los dos ocupantes del otro velocípedo, al observar que todos tres huyeron decidió tan solo perseguir a uno de ellos y luego de alcanzarlo y verificar que estaba desarmado optó por llevarlo de vuelta al lugar de los hechos, actuar que se observa apaciguador teniendo en cuenta que el señor CARLOS ENRIQUE podía encontrarse bajo un estado emocionalmente alterado por la agresión y amenaza latente de la cual había sido víctima instantes atrás.

Y en este punto resulta importante resolver el tercer tema planteado por el fallador de instancia y es el relativo a la falta de proporción que él fijó no en los medios del acto de defensa sino en los bienes jurídicamente relevantes que se encontraban contrastados, al equiparar el patrimonio económico del indiciado, pues inicialmente los asaltantes pretendieron hurtarle su

⁶ Informe investigador de laboratorio, acápite "CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL ARMA DE FUEGO A1" que obra a folio 53, anverso.

motocicleta, con la vida que finalmente perdió uno de los asaltantes, pues, tal y como ha quedado ampliamente expuesto en el cuerpo motivo de esta providencia, la defensa que ejerció el sujeto pasivo de la tentativa del hurto fue en relación con la amenaza potencial en contra de su vida y su integridad personal y no por la vulneración en la que se podría haberse visto su patrimonio económico, pues recuérdese que el señor CARLOS ENRIQUE manifestó que *"...estas personas inmediatamente paran delante de mí, es decir, los que iban en la motocicleta que me arrastraron y la otra motocicleta observé que paró detrás de mí, al momento que me caí de la moto; el parrillero de la motocicleta de adelante, se baja inmediatamente de la moto y se dirige hacia mí, en ese momento sentí amenazada mi vida, desenfundé rápidamente mi arma de defensa personal, de mi propiedad y le disparé a esa persona que en ese momento me amenazaba, realicé dos disparos, en cuestión diría yo de un segundo, todo fue muy rápido, observé que el parrillero cayó al piso y el conductor de la motocicleta de adelante se cayó de la moto y salió corriendo; como ya no representaban una amenaza no seguí disparando..."*⁷, versión que se ajusta completamente a lo percibido en el video aportado como evidencia y por ello esos dichos merecen total credibilidad por parte de esta Corporación.

Entonces, en este evento si se encuentra ajustada la proporcionalidad de los medios utilizados por cuanto el implicado usó su arma de defensa personal para repeler un ataque por parte de unos sujetos que en su intelección tenían un arma de fuego que, de conformidad con las claras manifestaciones de los asaltantes al momento de pretender perpetrar el injusto, fácilmente podría ser accionada en contra de su humanidad, por lo que resulta equitativo

⁷ Relato realizado por el señor CARLOS ENRIQUE GÁRCES MARTÍNEZ en el interrogatorio al indiciado que rindió el 26 de abril de 2018 Folio 131.

el empleo del único elemento con el que contaba el conductor de la motocicleta atacada para ejercer una real y efectiva defensa de sus bienes jurídicos legalmente protegidos.

Por último, sobre la inexistencia del arma de fuego como instrumento utilizado para la tentativa de la conducta punible por parte del señor KLEYDERMAN STIVEN ISAZA ORREGO y sus acompañantes, debe decirse que aún, en gracia de discusión y admitiendo que la misma efectivamente no hubiese sido empleada, su real tenencia resulta intrascendente en este evento por cuanto los sujetos activos de la tentativa del hurto crearon en su víctima la convicción de que efectivamente portaban un armamento con el cual podían herir de muerte a quien se interpusiera en su propósito ilegal, acciones y manifestaciones que fueron claras y convincentes en todo momento.

Recuérdese la maniobra que desplegaron los agresores para lograr que el señor CARLOS ENRIQUE se cayera de su motocicleta⁸, las amenazas de muerte infringidas en contra de éste durante su persecución para lo cual le exhibieron un elemento que parecía ser un arma de fuego⁹ y los movimientos inequívocos efectuados hacía el ocupante del velocípedo al momento de intentar consumir la sustracción, todos ellos indicativos de que ciertamente había una intimidación con un objeto que aparentaba ser letal.

Entonces, no puede pensarse que como no existió un arma de fuego en la tentativa de la comisión de la conducta punible atentatoria del patrimonio económico entonces la vida e integridad del señor CARLOS ENRIQUE GÁRCES MARTÍNEZ nunca

⁸ Adelanto y derribamiento que se observan en el video "ch16_20171228197729".

⁹ Manifestación realizada por el señor CARLOS ENRIQUE GÁRCES MARTÍNEZ en su interrogatorio a indiciado.

estuvo realmente en peligro y de allí que no haya resultado necesaria la defensa de ningún derecho propio, pues, como ya se dijo, fueron los mismos sujetos activos del ilícito tentado quienes sembraron en la intelección de su víctima que efectivamente poseían un arma y que estaban dispuestos a utilizarla.

En efecto, la situación atrás descrita también ha sido prevista por el legislador y desarrollada en el numeral 10 del artículo 32 del código penal, tratándose en estos eventos de un error invencible en el que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad.

Al respecto, la Alta Corporación ha concretado en la sentencia SP 1437, con radicación Nº 30183 del 12 de febrero de 2014, que:

"Conforme con la jurisprudencia de la Corte¹⁰, cuando el agente actúa bajo el supuesto referido, su comportamiento está soportado en el error de prohibición denominado defensa putativa o presunta, porque quien así procede lo hace bajo el errado convencimiento de que es objeto de un indebido ataque, cuando en realidad no existe una embestida real o apremiante, por lo que la acción está determinada por una deformación de la verdad que da lugar a excusarlo de responsabilidad, siempre y cuando el error sea invencible, pues si fuere "vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa", según precisa el artículo 32-10 del Código Penal."

Es así como el señor CARLOS ENRIQUE GÁRCES MARTÍNEZ actuó bajo el convencimiento de que su vida e integridad personal se encontraban en real riesgo y amenaza ante las

¹⁰ Sentencias del 14-07-08 Rad. 29809 y del 05-05-10 Rad. 27109

maniobras y manipulaciones certeras ejecutadas por sus asaltantes, por lo que, si en efecto no hubo un arma de fuego interviniendo en la tentativa de la conducta punible atentatoria contra el patrimonio económico fue un error en el que directamente el señor ISAZA ORREGO y sus acompañantes hicieron incurrir al indiciado.

En conclusión, del caudal probatorio aportado en el presente caso se puede determinar que el señor CARLOS ENRIQUE GÁRCES MARTÍNEZ actuó en legítima defensa o, en su defecto, bajo una defensa putativa o subjetiva, puesto que esa agresión ilícita y antijurídica que desplegaron los agresores, entre ellos el señor KLEYDERMAN STIVEN ISAZA ORREGO, pudo poner en peligro la vida del aquí indiciado; fue un ataque actual e inminente por lo que la acción defensiva se tornó necesaria y proporcional para repeler esa irrupción, la que era real pues se ignoraba que los asaltantes realmente pudieran no tener un arma de fuego; y el resultado de esa protección no fue intencional en la medida que no se quiso acabar con la vida de KLEYDERMAN STIVEN ISAZA ORREGO de manera premeditada sino que fue producto de la reacción defensiva de preservar un bien jurídico de igual entidad como lo era la vida e integridad personal del ocupante de la motocicleta agredida.

Lo expuesto en precedencia es suficiente para concluir que se encuentran cumplidos cada uno de los requisitos planteados jurisprudencialmente para dar por probada en este evento concreto la circunstancia eximente de responsabilidad contenida en los numerales 6º y 10º del artículo 32 del código penal, encajando perfectamente con la hipótesis planteada en el numeral 2º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por lo que la Sala avalará la petición elevada por la Fiscalía General de la Nación referente a la preclusión de la investigación solicitada a favor del señor CARLOS

ENRIQUE GÁRCES MARTÍNEZ, y en consecuencia se revocará la decisión de primera instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

REVOCAR la providencia de naturaleza y origen conocidos y en consecuencia **PRECLUIR LA INVESTIGACIÓN PENAL** que se sigue en esta carpeta al señor CARLOS ENRIQUE GÁRCES MARTÍNEZ por el delito de homicidio, dada la configuración de la causal 2ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado