

PROCESO No. 10055

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.192

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., once de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 8 de junio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a los hermanos FERNANDO y JORGE LOPEZ MONTENEGRO, el primero a la pena principal de 10 años de prisión como autor responsable del delito de homicidio en José Heriberto Calvo Ramírez, y el segundo a 5 años de prisión como autor responsable del delito de homicidio, en la modalidad de tentativa, de que hizo víctima al menor Johnny William Skinner Marín.

Hechos y actuación procesal.

El 19 de agosto de 1992, siendo aproximadamente la 1:30 de la tarde, José Heriberto Calvo Ramírez, quien se encontraba con su primo Fanel Fernando Calvo González en la estación de servicio "Texaco-Guadalupe" de la ciudad de Cali, aprovisionando de combustible la motocicleta en la cual se movilizaban, recibió un disparo con arma de fuego tipo revólver, calibre 32 largo, a la altura de la región torácica, que le causó la muerte (fls.269), en desarrollo de un tiroteo que se presentó cerca de este lugar.

Las primeras pesquisas establecieron que los disparos provenían de la casa de habitación de la familia López Montenegro, demarcada con el No.50-94 de la calle 10, contigua a la estación de servicio, y que habían sido realizados por los hermanos Fernando y Jorge contra cuatro adolescentes que merodeaban la residencia, utilizando una escopeta calibre 12, de dos cañones, de propiedad de este último, quien es miembro del Club de Tiro, Caza y Pesca “Los Tigres” de la ciudad de Cali, y un revólver calibre .32 largo, marca Colts, de propiedad del padre de ellos, ambas amparadas con salvoconducto (fls.1 vto.,105,118,385-1). Se determinó, así mismo, que Fernando disparaba el revólver y Jorge la escopeta.

El grupo de adolescentes estaba integrado por Zuleyman Silva Oviedo (16 años), Hernando Alberto Bedoya Estrada (14 años), Leonardo Arredondo Botero (15 años), y Johnny Williams Skinner Marín (14 años), quien recibió un disparo de escopeta, presentando heridas por perdigones en tórax, miembro superior izquierdo y miembro inferior izquierdo, así: a) Pre-axilar izquierda; b) Cara interna tercio inferior del antebrazo izquierdo; c) Cara externa tercio superior del muslo izquierdo; d) Cara posterior de la pierna izquierda en No. de 3 cada una en sus numerosos tercios; e) talón izquierdo en No. de 2; y, f) dorso del pie izquierdo, habiéndole sido determinada una incapacidad definitiva de ocho (8) días sin secuelas (fls. 77, 153, 179 y 211-1).

Iniciada la investigación, la Unidad de Vida de la Fiscalía escuchó en indagatoria a los hermanos Fernando y Jorge López Montenegro, resolviendo su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva para el primero, por homicidio culposo, y de caución prendaria para el segundo, por lesiones personales intencionales (fls.25, 27 vto. y 60-1).

Los imputados explicaron su actitud afirmando haber sido objeto de un conato de “robo” en su domicilio por parte de cuatro sujetos; dos que lograron traspasar la puerta de la residencia portando un revólver, y dos más que intentaban abrir la

camioneta que se hallaba estacionada en frente. Por esta razón se vieron obligados a utilizar las armas, no con el ánimo de herirlos, sino de amedrantarlos, dirigiendo siempre los disparos al aire o al piso. Jorge accionó la escopeta y Fernando el revólver, habiendo sido un proyectil de esta última arma el que accidentalmente hirió a un transeúnte que se encontraba en esos momentos en la bomba de gasolina contigua. Minutos mas tarde, cuando fueron informados de este insuceso, Fernando prendió la camioneta y lo trasladó al hospital, pero allí llegó muerto. Según el relato de Jorge, los disparos con la escopeta los hizo a 15 o 20 metros de distancia de los ladrones (fls. 25 y 27 vto.-1).

En declaraciones rendidas bajo juramento, los menores negaron las imputaciones de los hermanos López Montenegro, señalando que desde aproximadamente las 10:30 de la mañana de ese día estuvieron cazando lagartos e iguanas, y recogiendo frutas en distintos lugares de la ciudad, hasta llegar a la estación de servicio, donde solicitaron permiso para coger mangos, habiéndoles sido negado. Después avistaron dos palmas de coco, una en el antejardín de la casa donde se presentó el problema, y otra en el lote adyacente. Zuleyman abrió la puerta de la reja que encierra el antejardín para pedir permiso, pero se lo negaron, indicándole que si querían bajar cocos podían hacerlo en seguida. Zuleyman y Leonardo intentaron subir a la palma sin lograrlo. Después de varios minutos, Johnny y Hernando, quienes habían cruzado la calle manifestando su intención de irse, empezaron a lanzar pequeñas piedras contra sus compañeros utilizando una cauchera, y como una de ellas pegó en la reja del antejardín causando mucho ruido, resolvieron arrojar otras para asustarlos. Estando en esto, salieron del interior de la casa dos muchachos, uno con una escopeta y otro con un revólver, diciéndoles “ladrones y/o ratas hijueputas váyanse “. Leonardo trató de aclararles la situación, pero empezaron a disparar a los pies suyos y de Zuleyman, obligándolos a correr hacia la bomba de gasolina. Después, quien portaba la escopeta disparó directamente contra Johnny, hiriéndolo, mientras el otro lo hacía contra aquéllos.

Todos son estudiantes, excepto este último, y la única arma que llevaban consigo era una navaja (fls. 2 vto., 39, 47, 92, 189-1).

José Humberto Londoño Ayala (fls.183-1) y Ernesto Arturo Burbano Vélez (fls.207-1), empleados de la estación de servicio Texaco-Guadalupe, confirman bajo juramento la versión de los adolescentes, en el sentido de que momentos antes de los disparos estuvieron solicitando permiso en la estación para recoger mangos, y luego se retiraron hacia la esquina a “molestar” en una palma de coco. Londoño Ayala agrega que minutos después se escucharon las detonaciones, y que al salir observó los muchachos corriendo, viendo caer a uno de ellos al otro lado de la autopista a consecuencia de los disparos. Dos de estos jóvenes se dirigieron a la estación de servicio buscando refugio, mientras el agresor disparaba en su contra, habiendo sido impactado en el pecho un señor que se encontraba delante suyo. Calcula la distancia entre el agresor y la víctima en 50 o 60 metros.

Nancy Julieth Brito González (fls.175-1), Libardo Alfaro Ramírez (fls.178-1) y Adriana Olaya Tierradentro (fls.193-1), empleados también de la estación de servicio, refieren lo ocurrido desde cuando fueron escuchados los primeros disparos. Igual acontece con el testimonio de Fanel Fernando Calvo González, quien acompañaba a la víctima en el momento de recibir el impacto (fls.9-1).

Del proceso hacen también parte los testimonios de Luis Alberto Toro López (fls.14) y Carlos Arturo García Ramírez (fls.15-1), Agentes de la Policía que suscriben el informe relacionado con la aprehensión de los procesados y los motivos de su captura (fls.12), quienes declaran haber escuchado de uno de los capturados la versión del atraco.

De igual manera, el testimonio de Hugo López Arango, padre de los acusados, quien hacía la siesta cuando se presentaron los hechos, enterándose de lo sucedido por boca de Jorge (fls.10 vto.); el acta de levantamiento del cadáver (fls.1 vto.);

un informe sobre los hechos rendido por el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía (fls.78); fotografías de la víctima, las armas y del lugar del insuceso (fls.123, 145 ss); y, una inspección judicial a la camioneta que se encontraba estacionada frente a la residencia de la familia López Montenegro, con el fin de establecer la existencia de huellas de violencia (fls.91-1).

Mediante resolución de 30 de marzo de 1993, la Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria respecto de Fernando López Montenegro por el delito de homicidio culposo, y dispuso expedir copias para que las autoridades de policía investigaran la conducta de Jorge López Montenegro, por considerarla constitutiva de lesiones personales, y ser la incapacidad médico legal de ocho (8) días sin secuelas. Dentro de la misma providencia, negó la vinculación de Hugo López Arango, propietario del revólver, como tercero civilmente responsable (fls.248-1).

Esta decisión fue impugnada por el apoderado de la parte civil en procura de lograr la referida vinculación de López Arango, y por el defensor de los procesados para que la segunda instancia profiriera en favor de Fernando preclusión de investigación (fls.271 y 277-1). La Fiscalía Delegada ante el Tribunal, por auto de 9 de junio del mismo año, tomó las siguientes decisiones: 1) Acusó a Fernando por el delito de homicidio simple, deduciéndole culpabilidad dolosa eventual; 2) Profirió resolución de acusación contra Jorge por tentativa de homicidio en relación con el menor Johnny William Skinner Marín; y, 3) Dispuso la vinculación de Hugo López Arango como tercero civilmente responsable (fls.282 y ss-1).

En el juicio fueron ordenadas varias pruebas, entre ellas el testimonio de Marina Montenegro de López, madre de los procesados, y la ampliación de la declaración del Agente de Policía Carlos Arturo García Ramírez, cuya práctica se

cumplió dentro del período probatorio de la causa, antes de la celebración de la audiencia pública (fls.337, 372 y 377-1).

Mediante resolución C-0005 de 16 de febrero de 1994, el Fiscal Coordinador de la Unidad Delegada ante el Tribunal dispuso el desplazamiento de la Fiscal que venía actuando en el asunto, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 440.6 del Código de Procedimiento, asignando en su lugar a la Fiscal Delegada que modificó la resolución acusatoria (fls.418-1).

Con fecha del día siguiente (febrero 17), el Juzgado Doce Penal del Circuito de Cali dictó sentencia, mediante la cual condenó a los hermanos Fernando y Jorge López Montenegro a las penas principales de 10 y 5 años de prisión, respectivamente, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autores responsables de los delitos imputados en la resolución de acusación (fls.420-1).

Apelado este fallo por el apoderado de la parte civil y la defensora de los procesados (fls.454 y 459), el Tribunal Superior, mediante el suyo de 8 de junio de 1994, que ahora recurre en casación la defensa, lo confirmó en lo atinente a la condena de los procesados, pero absolvió al padre de éstos de los cargos que merecieron su vinculación al proceso como tercero civilmente responsable (fls. 485-1).

1. Demanda a nombre del procesado Fernando López Montenegro.

Dos cargos al amparo de la causal tercera y uno con fundamento en la primera presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

Causal tercera:

Cargo primero:

Violación del derecho de defensa por infracción del principio de investigación integral, específicamente por no haber sido practicada diligencia de inspección judicial con reconstrucción en el lugar de los hechos, necesaria para poder determinar las distancias entre en lugar de los disparos y las personas que recibieron lesiones, y despejar las dudas creadas en torno a la verdadera intención de los procesados.

Esta prueba, resultaba indispensable para ubicar la posición desde la cual el procesado dice haber realizado el último disparo al piso, y el grado de desviación que pudo haber tomado, amén de la distancia que recorrió hasta hacer contacto con el cuerpo del infortunado parrillero de la motocicleta.

Reconoce que la Fiscalía ordenó la práctica de esta diligencia en dos oportunidades durante la fase de instrucción, y que no logró efectuarse por la inasistencia del defensor, pero sostiene que el referido profesional justificó su ausencia, siendo posteriormente reemplazado, sin que los juzgadores volvieran a ordenarla.

Cargo segundo:

Violación del debido proceso por desconocimiento de lo establecido en el inciso sexto del artículo 440 de Código de Procedimiento Penal que ordena que cuando la resolución calificatoria es revocada o modificada como resultado del recurso de apelación, debe seguir conociendo de la investigación, si a ello hubiere lugar, un fiscal diferente del que profirió la decisión impugnada.

Sostiene que en el caso objeto de estudio ese desplazamiento solo vino a cumplirse después de realizada la audiencia pública, mediante resolución C-0005 de 16 de febrero de 1994, debiendo haberlo sido desde el momento mismo en que se efectuó la

notificación de la decisión modificatoria. Además de esto, terminó permitiéndose, por este modo, la intervención en el juicio de un funcionario que solo podía actuar en segunda instancia, puesto que la designación recayó en la Fiscal Delegada ante el Tribunal que había modificado la calificación del sumario.

Pide decretar la nulidad de lo actuado a partir del momento procesal que la Corte estime pertinente, y disponer la devolución del proceso al funcionario judicial correspondiente para que proceda de conformidad con lo resuelto.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, que llevaron a la inaplicación de los artículos 29.4 y 30 del Código Penal, y la aplicación indebida del 323 ejusdem. Como errores de derecho por falso juicio de legalidad, señala los siguientes:

-Haber apreciado los juzgadores los testimonios de los menores Hernando Alberto Bedoya Estrada y Leonardo Arredondo Botero, y de los empleados de la estación de servicio "Texaco" Nancy Julieth Brito González, Libardo Alfaro Ramírez, José Humberto Londoño Ayala, Adriana Olaya Tierradentro y Ernesto Arturo Urbano, a pesar de haber sido recepcionados por un Técnico Judicial, quien carece de la condición de funcionario, según lo previsto en el artículo 572 del Código de Procedimiento Penal.

-Haber valorado el testimonio del Menor Johnny Williams Skinner Marín, de cuyo texto se deduce que la Fiscal no estuvo presente en el momento de su práctica, pues quien aparece recibiendo el juramento, según consta en el acta correspondiente, es la "técnica asignada".

-Haberle otorgado validez a la declaración de María Montenegro de López (madre de los imputados), no obstante haber sido recibida antes de la audiencia pública,

con violación de lo establecido en los artículos 447 y 448 del estatuto procesal.

Afirma que este acopio de testimonios comprometió el pensamiento del funcionario instructor y los juzgadores, en cuanto condujeron a la desestimación de las afirmaciones de su representado sobre los hechos, según puede advertirse en sus razonamientos, básicamente de los expuestos por el Tribunal, cuyos apartes pertinentes transcribe.

También se presentó error de hecho por falso juicio de existencia en relación con las siguientes pruebas, las cuales fueron ignoradas por los juzgadores de instancia:

-La inspección judicial practicada sobre la camioneta de propiedad de la familia López Montenegro, en la cual se estableció la existencia de huellas de violencia “en el agujero de la chapa de la puerta izquierda”, siendo claramente indicativas del inicio por parte de los intrusos de maniobras orientadas a burlar la seguridad del vehículo;

-El testimonio de Fanel Fernando Calvo González, quien relata que al pedirle ayuda a Fernando López para trasladar a su primo al hospital, se mostró dispuesto a colaborar, explicándole que había sido sin culpa, y que solo pretendía “darle a unos ladrones que le iban a robar su camioneta”;

-El acta de levantamiento del cadáver de José Heriberto Calvo Ramírez, donde la Fiscal dejó constancia del relato hecho por el procesado, en los siguientes términos: “Su hermano Fernando manifestó que accionó el revólver de propiedad de su padre por cuanto escuchó a su señora madre que dijo rateros y vio a cuatro sujetos con intención de malicia sobre el carro de la casa”;

-El testimonio de Hugo López Arango, padre de los procesados, quien alude a las manifestaciones que le hizo su hijo Fernando inmediatamente después de los

hechos, en sentido de que los individuos contra quienes habían disparado pretendían ejecutar un robo; y,

-Las declaraciones de los agentes Luis Alberto Toro López y Carlos Arturo García Ramírez, a quienes el procesado y algunos transeúntes les hicieron el mismo comentario.

El desconocimiento de estas pruebas, aunado a los errores de derecho por falso juicio de legalidad, llevaron al fallador a aplicar de manera indebida el artículo 323 del Código Penal, y por ende a condenar a Fernando López Montenegro como autor del delito de homicidio, dejando de aplicar el ordinal 4º del 29 ejusdem, “deduciéndole, eso sí, el exceso de que trata el artículo 30 de la misma obra”.

Pide, en consecuencia, casar parcialmente la sentencia impugnada, y condenar al procesado a la pena principal de 20 meses de prisión, disponiendo la suspensión condicional de la condena (fls.527-1).

2. Demanda a nombre de Jorge López Montenegro.

Causal tercera:

Cargo primero:

Incompetencia de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal para modificar la orden contenida en la resolución acusatoria, de expedir copias con destino a las autoridades de policía para que investigaran las lesiones personales causadas al menor Johnny William Skinner Marín.

Sostiene que ni el apoderado de la parte civil, ni el defensor de los procesados, cuando interpusieron el recurso de apelación contra la resolución de acusación, impugnaron este aspecto, y que al no haberlo hecho, ni haber sustentado una tal inconformidad, el superior no podía entrar a revisarlo, como equivocadamente lo hizo.

Consecuente con este planteamiento solicita a la Corte casar el fallo impugnado, decretar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación, y ordenar expedir copias con destino a las Inspecciones de Policía para que aprehendan el conocimiento de este punible.

Cargo segundo:

Nulidad por errónea calificación de la conducta, toda vez que los hechos imputados a este procesado son solo constitutivos de lesiones personales, no de homicidio en el grado de tentativa.

Apoya sus conclusiones en el análisis de las siguientes circunstancias: a) la distancia habida entre “el disparo realizado al piso” por el acusado, y el sitio donde se encontraba el menor que resultó herido a causa “del rebote de uno de los perdigones”, calificada por el técnico de balística como “larga distancia”; b) la circunstancia de haber sido halladas frente a la residencia de la familia López Montenegro, sobre el pavimento, señales de que el arma fue accionada contra el piso; c) la superficialidad de las heridas, en cuanto no interesaron la estructura ósea; y, d) la condición de deportista afiliado a la federación de tiro al blanco del procesado, la cual le permitía hacer blanco en el cuerpo, sin fallar, si hubiera tenido la intención de matar.

Estos elementos de juicio muestran con claridad que los perdigones que

alcanzaron al menor provinieron del disparo de escopeta hecho al piso, y que la intención de Jorge fue de lesionar, no de perpetrar un delito de homicidio. Por estas razones, la calificación debió erigirse sobre la base de la violación del numeral 9º de la ley 23 de 1991, y no del artículo 323 del Código Penal.

Pide decretar la nulidad del fallo impugnado, y remitir la actuación al Fiscal instructor para que proceda a expedir copias con destino a las Inspecciones de Policía, por competencia.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, que llevaron a los juzgadores de instancia a aplicar indebidamente el artículo 323 del Código Penal, e inaplicar los artículos 29.4 y 30 ejusdem.

Los fundamentos de este cargo son sustancialmente idénticos a los expuestos en la demanda presentada a nombre del procesado Fernando López Montenegro al amparo de la misma causal. Por esta razón, la Corte se abstendrá de sintetizarlos. Al igual que en aquélla, solicita dictar fallo de reemplazo, suspendiendo condicionalmente la condena (fls.552-1).

Alegatos apreciatorios.

Dentro del término legal presentaron alegaciones la Fiscal Delegada ante el Tribunal, y el Procurador 63 en lo Judicial. La primera se opone a la demanda presentada a nombre del procesado Jorge López Montenegro argumentando que el artículo 217 del Código de Procedimiento permitía al superior funcional pronunciarse sin limitaciones sobre la decisión impugnada, y que los elementos de juicio allegados al proceso evidencian “de bulto” la intención del procesado de causar daño. Además, porque la

prueba que sirvió de sustento al fallo reúne los requisitos legales de validez (fls.577). En relación con la demanda presentada a nombre del procesado Fernando López Montenegro, ningún comentario hace la memorialista.

El Procurador 63 Judicial Penal coadyuva el cargo de nulidad que el impugnante deriva del desplazamiento de la Fiscal instructora y la designación en su reemplazo de la Fiscal Delegada ante el Tribunal, por considerar que resiente el principio de la doble instancia, y se opone a los demás reproches contenidos en la demanda presentada a nombre del procesado Fernando López Montenegro.

En relación con el segundo libelo, secunda el cargo de nulidad fundamentado en la incompetencia del ad quem para pronunciarse sobre aspectos de la resolución calificatoria no impugnados por las partes, y se opone a los restantes (fls.589-1).

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal responde de la siguiente manera los cargos formulados contra la sentencia impugnada.

Demanda a nombre de Fernando López Montenegro.

1. Nulidad por la no práctica de la diligencia de inspección judicial. Sostiene que esta situación no anula ni deslegitima el fallo, porque los resultados buscados con ella constituyen simples expectativas, y porque la prueba aportada al proceso no sufriría modificaciones. Además, porque el proceso cuenta con otros elementos de juicio que sustentan lo fallado.

2. Nulidad por el desplazamiento de la Fiscal instructora. Considera que la apreciación del casacionista es equivocada, puesto que el texto del artículo 440 del estatuto procesal solo se refiere a los eventos en los cuales la revocación o modificación de la calificación implica un retorno de la actuación a la fase de la investigación, caso en el cual no puede seguir adelantándola el Fiscal cuya providencia ha sido modificada o revocada.

3. Errores de derecho por falso juicio de legalidad. Es del criterio que los testimonios recibidos por los técnicos judiciales, y las declaraciones que lo fueron antes de la audiencia pública, son ilegales, pero que ello no incide en la decisión de condena, puesto que son los mismos procesados los que suministran todos los datos fácticos para concluir que cuando se presentaron los disparos causantes de las lesiones del menor y la muerte del tercero, la injusta agresión de quienes, según su versión, pretendían hurtar, ya había cesado, como quiera que huían del sitio de los hechos.

Por idéntica razón, el ataque consistente en la falta de apreciación de la inspección judicial donde se dejó constancia del hallazgo de huellas de violencia en la chapa de una de las puertas del vehículo, resulta inocuo frente al sentido de la decisión, porque aún admitiendo la hipótesis del intento de hurto, de todas maneras habría de concluirse que la agresión a los bienes ya había cesado.

Demanda a nombre de Jorge López Montenegro.

1. Nulidad por incompetencia de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal para pronunciarse sobre lo decidido en la calificación del sumario respecto de las lesiones

personales. Para la Delegada este cargo está llamado a prosperar, pues considera con el demandante que existió una intromisión indebida de la segunda instancia en la decisión del recurso.

Explica que el a quo definió el hecho de las heridas sufridas por el menor Skinner Marín como lesiones personales, de competencia de las Inspecciones de Policía, y por esta razón dispuso en la parte resolutive compulsar copias de todo el sumario con destino a dichos funcionarios para su investigación.

Como es obvio, se trataba de una decisión de impulso procesal (simple compulsación de copias), ajena a la calificación del mérito del sumario, siendo por su naturaleza de carácter sustanciatorio, al tenor de la definición legal traída por el artículo 179, numeral 3º del estatuto procesal.

A su vez, el artículo 202 ejusdem, establece que el recurso de apelación solo procede contra las sentencias y las decisiones de naturaleza interlocutorias, siendo inevitable concluir que en el caso concreto no cabía este recurso contra la orden de expedir copias, por no ser tema de decisión. Además de ello, los recursos de apelación interpuestos no comprendían este pronunciamiento, como que ninguno de los impugnantes refirió inconformidad con él.

Por tanto, frente al contenido del artículo 217 del Código de Procedimiento, que limita la competencia del superior a los aspectos impugnados, debidamente sustentados y que sean susceptibles del recurso, debe concederse razón al censor, pues al revocar la Fiscalía Delegada la decisión de expedir copias para investigar las lesiones, propició una sentencia contra legem. Y agrega:

“Sin que sea materia adecuada al debido proceso, H. Magistrados, es claro además que las pruebas parecen indicar que no hubo tentativa de homicidio: heridas superficiales, parte del cuerpo afectada, distancia del

disparo, capacidad del disparador en el uso de armas, el apuntar al piso y hacia los pies como declaran los mismos muchachos agredidos, la incapacidad misma de ocho días, muestran que el criterio de la primera instancia no está sin sustento debido (sic) en el orden sustancial”.

2. Nulidad por equivocada calificación jurídica de la conducta. Considera, sin perjuicio de lo expuesto en el cargo anterior, que este cargo debe ser desestimado, toda vez que el demandante, en el análisis que presenta de las pruebas, no hace cosa distinta de invadir la esfera de valoración propia del juzgador, amparada, como se sabe, por la doble presunción de acierto y legalidad.

3. Errores de derecho por falsos juicios de legalidad. Reitera su criterio ya expuesto de que los testimonios recibidos por los técnicos judiciales son ilegales, pero insiste en que su exclusión no incide en la sentencia, puesto que los demás medios de prueba permiten sustentar la decisión de condena.

Consecuente con sus planteamientos, pide a la Corte casar parcialmente el fallo recurrido para decretar la nulidad de lo actuado en relación con la acusación por el delito de tentativa de homicidio, manteniendo su validez en lo demás.

SE CONSIDERA:

Demanda a nombre del procesado Fernando López Montenegro.

Causal tercera:

1. Nulidad por violación del derecho de defensa debido a que no fue practicada inspección judicial con reconstrucción de los hechos en el lugar del insuceso.

La inconsistencia de este cargo es manifiesta. Para empezar debe recordarse que en materia de nulidades rige en nuestro sistema procesal penal el principio de protección, de acuerdo con el cual, quien haya coadyuvado con su conducta la situación irregular, no puede invocar la ineficacia del acto, salvo que se trate de falta de defensa técnica (art.308.3 C. de P.P.).

En el caso sub judice, en dos oportunidades la Fiscalía decretó oficiosamente la práctica de esta prueba, y en ambas ocasiones hubo necesidad de renunciar a ella por inasistencia del defensor de los procesados (fls.53, 100, 155 y 196-1). Luego mal puede ahora, quien funge igual encargo, demandar la invalidación de la actuación procesal porque esta diligencia no fue practicada.

Cierto es que en una de estas oportunidades el defensor pesentó un memorial justificando su inasistencia, pero no lo es menos que jamás demandó su práctica, ni insistió en ella, y que igual actitud asumió la nueva defensora en la etapa de la causa, siendo evidente el desinterés hacia su realización (fls.198, 335-1).

La importancia que el actor le atribuye a esta probanza tampoco corresponde a la que realmente podría tener en términos de trascendencia, pues no se advierte de qué manera la medición de la distancia existente entre el agresor y el occiso, o la verificación hipotética del ángulo de desviación del proyectil a partir de su contacto con el piso, tendrían la virtualidad de mostrar una visión distinta de los hechos investigados, capaz de conmover los cimientos del fallo.

En cambio, resulta evidente su inutilidad. De una parte, porque en el proceso existen pruebas testimoniales, constancias judiciales, planos y registros fotográficos que permiten tener una percepción clara del lugar de los hechos; y, de otra, porque la trayectoria del proyectil en el cuerpo del occiso, según el protocolo de necropsia (de arriba hacia abajo en un ángulo de aproximadamente 15º con el plano horizontal), descarta que el disparo hubiese sido recibido después de haber hecho contacto con el piso, como lo sostiene el procesado. De allí que pretender establecer dicho ángulo de desviación, advenga irrelevante.

El cargo, por consiguiente, no está llamado a prosperar.

2. Nulidad por no haberse dado cumplimiento a lo establecido en el último inciso del artículo 440 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 59 de la ley 81 de 1993 (inciso tercero del texto original) que dice: “Si como resultado de la apelación interpuesta, se revoca o modifica la resolución calificatoria, continuará conociendo de la investigación, si a ello hubiere lugar, un fiscal diferente del que profirió la decisión recurrida” (Negrillas fuera de texto).

Este reproche es infundado. Como acertadamente lo expone el Procurador Delegado en su concepto, la norma que viene de ser transcrita solo hace referencia a los eventos en los cuales la revocación o modificación de la decisión calificatoria implican un retorno de la actuación a la fase investigativa, no cuando determinan el tránsito a la etapa de la causa, como ocurrió en el presente caso.

Siendo ello así, no era necesario disponer el desplazamiento del Fiscal que profirió la decisión objeto de revocación, y si después se hizo, esto en nada puede afectar el derecho de defensa o el debido proceso, pues en aras de mantener la coherencia de la investigación y acusación, o por razones de conveniencia, la ley faculta a la Fiscalía General

de la Nación para que realice esta clase de cambios, pudiendo ser asumida directamente por el superior funcional, sin que por ello se afecte el principio de la doble instancia (Cfr. Cas. mayo 5/98. Mag. Pte. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Por lo demás, el recurrente no demuestra de qué manera la permanencia del Fiscal instructor al frente de la acusación hasta después de la celebración de la audiencia pública, pudo haber afectado las garantías de la parte que representa, o quebrantado las bases fundamentales del juzgamiento.

El cargo no prospera.

Causal primera.

Aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal e inaplicación de los artículos 29.4 y 30 ejusdem, debido a errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Principios elementales de teoría del delito enseñan que las causales de justificación del hecho y el exceso, son instituciones jurídicas incompatibles, pues mientras las primeras niegan la responsabilidad penal del procesado en los hechos, la segunda la afirma, implicando solo una aminorante de punibilidad.

Esto hace que el recurrente en casación no pueda invocar simultáneamente, dentro de un mismo reproche, el reconocimiento de ambas figuras, como lo plantea el censor en este caso, no solo por constituir un contrasentido jurídico, sino porque una propuesta de esta índole torna indescifrable el alcance de la impugnación, en cuanto no podría establecerse si lo pretendido por el impugnante es la absolución o la condena del procesado.

Si procuraba lo primero, por considerar que la conducta estaba amparada por una causal de justificación, debió invocar aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal, y falta de aplicación del artículo 29.4 ejusdem; pero si solo buscaba el reconocimiento de la atenuante del exceso, no podía, sin incurrir en abierta contradicción, invocar paralelamente aplicación indebida del artículo 323, y falta de aplicación del 29.4.

Al margen de esta inconsistencia, suficiente de suyo para desestimar el cargo, el demandante se limita a descalificar la prueba testimonial que sirvió de fundamento a los juzgadores de instancia para desechar la versión del atraco suministrada por los hermanos López Montenegro, sin demostrar la trascendencia del error, pues asume, equivocadamente, que la circunstancia de hallarse los menores en actitud delictiva, justificaba la conducta de los procesados.

Acertados son en este punto los razonamientos expuestos por el Procurador Delegado en su concepto, cuando sostiene que en un tal supuesto las alegaciones del censor serían también estériles, puesto que la agresión a los bienes de propiedad de la familia López Montenegro, de haber ella existido, ya había cesado cuando los procesados decidieron utilizar sus armas, tornándose su acción en una vindicta, no amparada por la ley.

Esta inconsistencia de orden técnico, relevan a la Corte de tener que examinar la legalidad de las pruebas cuestionadas por el actor, pues aún prescindiendo de ellas, el sentido del fallo sería el mismo. Con todo, debe dejarse en claro que los testimonios de los menores Johnny William Skinner Marín y Suleyman Silva Oviedo fueron recibidos directamente por la Fiscal Coordinadora de la Unidad en presencia del defensor de los procesados (fls. 39 y 47), quien ninguna constancia dejó sobre la no asistencia de la funcionaria, como pareciera insinuarlo el impugnante, y que estos elementos de juicio, junto con los demás que integran el acervo probatorio, cuya legalidad

no ha sido objeto de cuestionamiento, sustentan ampliamente las conclusiones del fallo.

Debe hacerse también claridad en el sentido de que los juzgadores no ignoraron la inspección judicial practicada sobre el vehículo de la familia López Montenegro con el fin de establecer la existencia de huellas de violencia, como puede inferirse de los siguientes apartes de la sentencia de primer grado: “Sobre el particular nada aportaron los encausados, quienes únicamente centraron su justificación por una incursión de los menores en la casa y los otros, tratar (sic) de desvalijar la camioneta, que a la postre no se demostró, porque a pesar de que en la inspección judicial verificada sobre el rodante, se constató una pequeña avería catalogada como ‘leve escoriación en el agujero de la chapa de la puerta izquierda del vehículo’, ... debe considerarse que ello por sí solo no convence a este funcionario de que constituye una huella dejada por los jóvenes al pretender forzar la puerta del carro, según lo sostienen los indagados, porque como se esbozó, la prueba vertida en la foliatura, releva a los jóvenes de cualquier actividad ilícita para la tarde de los acontecimientos” (fls.440-1).

No solo, entonces, por inidoneidad sustancial, sino por adolecer de falencias técnicas insalvables en su formulación, se impone la desestimación de la censura.

Demanda a nombre del procesado Jorge López Montenegro.

Causal tercera:

1. Nulidad del proceso por haber desbordado la Fiscalía Delegada ante el Tribunal el marco de competencia funcional que le fijaba la apelación interpuesta contra la resolución calificatoria.

Dos argumentos se presentan para sustentar este reproche. Uno, expuesto por el Procurador Delegado en su concepto, consistente en que la decisión de expedir copias para investigar las lesiones personales era inimpugnable por ser de simple impulso procesal. El otro, presentado por el censor y secundado por la Delegada, en el sentido de que el superior no podía entrar a revisar este aspecto, por no haber sido objeto de impugnación, y que al hacerlo, desconoció el contenido del artículo 217 del estatuto procesal, modificado por el 34 de la ley 81 de 1993, con violación del debido proceso.

Ambas posturas son equivocadas. La orden de expedir copias no puede mirarse aisladamente, ni ser entendida como el cumplimiento de la obligación de informar a la autoridad competente sobre la ocurrencia de un hecho punible. La compulsación sobrevino como consecuencia de la decisión de la funcionario de declararse incompetente para seguir conociendo de las lesiones causadas al menor Skinner Marín, por considerarlas de conocimiento de las autoridades de policía.

Para llegar a esta conclusión basta tener en cuenta que este hecho ameritó la vinculación al proceso de López Montenegro, determinó una medida de aseguramiento en su contra, y habría sido objeto de calificación de no haber sido porque la funcionaria expresó su incompetencia para hacerlo.

La orden de expedir las copias sobrevino necesaria porque en el mismo proceso estaban siendo investigados otros hechos, y respecto de ellos debía continuar la actuación, pero si esta situación no se hubiera presentado, la Fiscal habría tenido que enviar el expediente a las autoridades de policía, absteniéndose de ordenar la compulsa.

Siendo ello así, no cabe duda que a través de esta decisión la funcionaria estaba definiendo un aspecto sustancial del proceso (la competencia), que no imprimiendo simple dinámica al rito procesal, como equivocadamente lo sostiene el Procurador Delegada en su concepto al desligar la consecuencia de la causa, y que en tales condiciones, era susceptible de ser impugnada (arts.179.2 C.P.P.).

El otro argumento no es de recibo para el caso concreto, puesto que para la fecha en que la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal desató los recursos de apelación interpuestos contra la resolución calificatoria, (junio 9 de 1993) no se encontraba vigente la norma que el casacionista invoca para sustentar el cargo (art.34 de la ley 81 de 1993), sino el original artículo 217 del estatuto procesal, que autorizaba al funcionario para pronunciarse sin limitación alguna sobre la providencia impugnada.

El cargo no prospera.

2. Error en la denominación jurídica del hecho punible. En la formulación de este reparo el demandante acierta en la selección de la causal, pero omite demostrar el error denunciado, dejando a mitad de camino el desarrollo del cargo.

Insistentemente ha sido sostenido por la doctrina de la Corte que cuando se alega por el recurrente error en la calificación jurídica de la conducta, la censura debe formularse al amparo de la causal tercera de casación, pero desarrollarse conforme a la técnica que gobierna la primera.

Esto implica para el casacionista tener que precisar la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta, y en este último supuesto, la naturaleza del error cometido, si de hecho por omisión, suposición o tergiversación de la prueba; o de derecho por falsos juicios de legalidad o convicción, con indicación de las pruebas comprometidas y la trascendencia del desacierto en las conclusiones del fallo.

Ninguna de estas precisiones contiene el escrito impugnatorio. A través de este reproche, el demandante no hace cosa distinta de presentar una versión personal de lo ocurrido, desconociendo la base fáctica que sustenta la decisión de condena y la valoración que de las pruebas hicieron los juzgadores de instancia, quienes, apoyados en la evidencia procesal, descartaron que el disparo causante de las heridas al menor hubiese sido realizado al piso, como da en sostenerlo el recurrente para cuestionar la calificación jurídica de la conducta.

No obstante que la referida ausencia de fundamentación resulta suficiente para desestimar la censura, no puede la Sala dejar de precisar que las circunstancias tenidas en cuenta por los juzgadores de instancia para afirmar la configuración del delito de homicidio en la modalidad de tentativa, aparecen suficientemente establecidas en el proceso, y que su análisis concatenado permiten llegar razonadamente a esta conclusión.

El propio procesado, en su indagatoria, acepta haber disparado directamente contra el menor cuando sostiene: “a un trigueño que se estaba (sic) pasando la autopista a ese le hice el otro disparo para que se detuviera porque llevaba un arma en la mano, ese sujeto quedó herido en la pierna” (fls.28-1). Obsérvese que el indagado utiliza la expresión “le hice”, indicativa de que disparó directamente contra el menor, no al piso como después lo sostiene.

Con fundamento en el estudio de balística que afirma que el disparo fue hecho a larga distancia, el actor ha pretendido desvirtuar la intención homicida, dando a entender que resultaba inidónea para que el procesado pudiera albergar este propósito, pero interesadamente omite referirse a las explicaciones contenidas en el mismo dictamen, en el sentido que “larga distancia” significa a más de 10 metros entre la boca de

fuego y la víctima, y a las afirmaciones del procesado de que el disparo lo hizo a 15 o 20 metros del menor (fl.28-2), distancia que, atendida la naturaleza del arma, permitía obtener el resultado imputado.

Dígase finalmente que la duración de la incapacidad no es per se elemento de juicio del que pueda inferirse la intencionalidad, pues bien puede llegar a suceder que aquella no exista, y no por ello puede negarse la configuración del delito. Mucho mas importantes resultan ser las circunstancias que rodearon el hecho, la condición de experto tirador del agresor, la naturaleza del arma utilizada, la distancia, y la región anatómica impactada, aspectos debidamente analizados por los juzgadores de instancia, y que constituyeron el soporte fáctico de la decisión cuestionada.

El cargo no prospera.

Causal primera.

Como ya había sido dicho, el reparo presentado al amparo de esta causal es literalmente idéntico al planteado por idéntica vía en la demanda anteriormente estudiada. Por consiguiente, basta retomar los argumentos allí expuestos, para afirmar la improsperidad de la censura.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen. CUMPLASE.

JORGE CORDOBA POVEDA

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

EDGAR LOMBANA TRUJILLO CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA NILSON PINILLA PINILLA

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA