

PROCESO No. 10938

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta N° 90

Santafé de Bogotá, D.C, veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve.

VISTOS

Entra la Corte a decidir el recuso extraordinario de casación interpuesto y debidamente sustentado por los defensores de los procesados EDWIN ALFREDO GÓMEZ TELLEZ y WILLIAM OLIVERIO NIVIA PINTO contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que el 15 de marzo de 1995 los declaró responsables de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con homicidio agravado, ambos en la modalidad de tentados, imponiéndoles a cada uno la pena de 21 años de prisión más la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 10 años.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la madrugada del 18 de febrero de 1994, luego de haber abandonado la Wiskería "Hamallana" ubicada en la diagonal 48 N° 51- 51 sur de esta ciudad, Ismael Espitia Martínez fue abordado por los sujetos WILLIAM OLIVERIO NIVIA y EDWIN ALFREDO GÓMEZ TELLEZ quienes, al ver frustrado el propósito de despojarlo de sus pertenencias, lo persiguieron dándole alcance en la puerta del establecimiento donde momentos

antes se encontraba y allí le propinaron 4 heridas con arma punzante, emprendiendo luego la fuga.

De la investigación en un comienzo conoció el Juzgado 16 Penal Municipal de Bogotá, despacho ante el cual los capturados NIVIA y GOMEZ rindieron indagatoria, siendo luego afectados con detención preventiva por los injustos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, ambos en el grado de tentativa, por lo que las diligencias fueron enviadas por competencia a la Fiscalía.

Una vez completó la investigación y cerró el ciclo de instrucción, el Fiscal 103 Seccional calificó el sumario con resolución de acusación para ambos procesados, medida que al ser apelada confirmó integralmente la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca el 27 de julio de 1994.

La etapa del juicio corrió a cargo del Juzgado 34 Penal del Circuito de esta ciudad, despacho que profirió condena en contra de los acusados por el punible de hurto calificado y agravado en el grado de tentativa, a tiempo que los absolvió por el homicidio imperfecto, decisión que al ser revisada por la impugnación que contra ella interpusieron el Fiscal y el defensor fue parcialmente revocada por el Tribunal para condenarlos también por el homicidio tentado, en fallo calendado el 15 de marzo de 1995 que ahora es objeto del recurso extraordinario.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. La demanda presentada en favor de EDWIN ALFREDO GÓMEZ TELLEZ

Cargo único. Causal de nulidad.

El censor alega una nulidad por falta de competencia originada en los “errores de hecho en que incurrió la Fiscalía...que entendió como un delito de homicidio en grado

de tentativa, cuando en realidad se trató de un delito de lesiones personales”.

Es así como glosa cada una de las razones tenidas en cuenta por el Tribunal para condenar, señalando que la ubicación de las heridas es simplemente la consecuencia del forcejeo sostenido entre víctima y victimario, tal como lo expresó el ofendido sin que el ad-quem le diera sentido real en este punto a su declaración, toda vez que “el cuerpo de la víctima tenía mucha movilidad y estaba interfiriendo la acción del agresor...incidiendo en la dirección del arma”, la cual no fue utilizada para matar sino para consumar el hurto frente a la oposición que hizo la víctima, pues de lo contrario fácil hubiera sido atacarlo por la espalda.

En cuanto al arma, precisa, no fue encontrada como tampoco demostradas la trayectoria y profundidad de las heridas según el dictamen, “por tanto la Fiscalía supuso que existía prueba que le demostraba la idoneidad del arma para matar, pero el proceso apunta en sentido completamente diferente”.

En punto a la conclusión de que el agresor suspendió la acción por los gritos de las mujeres del establecimiento, afirma, fue una equivocación de la Fiscalía, fruto de la anormal apreciación del testimonio de la víctima quien por su estado de alicoramiento y de cansancio en el momento de los hechos dejó algunas circunstancias importantes sin suficiente claridad, siendo éstas con las que el ente acusador afianzó el juicio errado de apreciación.

De esta manera, asegura, hay contradicciones en el testimonio del ofendido, como la referente a la posición del acompañante del agresor material, dilema que debió resolverse con la aplicación del in dubio pro reo y no admitiendo “como si la víctima estuviera inmovilizada”.

Suma a lo anterior que el investigador formuló una pregunta capciosa al haber

guiado al testigo a afirmar que por la presencia de las mujeres del establecimiento el agresor suspendió la acción. Y reprocha a la Fiscalía la suposición en torno a la capacidad delincuencial de los procesados, cuando de las pruebas surge de ellos su dedicación a labores lícitas.

Aclara que no obstante concretar la censura dirigida al punto donde se originó la nulidad del proceso, no puede callar que el Tribunal descartó la conclusión vertida en el experticio médico emitido después de la calificación del sumario, en el sentido de que las lesiones “no tienen la calidad de mortales”, lo cual le hubiera permitido desvirtuar las afirmaciones de la Fiscalía, las mismas que equivocadamente lo llevaron a imponer la condena.

Y agrega: “Pero esa prueba fue eludida acudiendo al testimonio del ofendido principalmente, el cual es contradictorio en cuanto a las circunstancias que le permitieron al H. Tribunal adecuar la conducta al delito de homicidio”, nota de la que se vale para rematar el texto solicitando la declaración de nulidad del proceso a partir de la resolución de acusación inclusive y la puesta en libertad del procesado.

2. La demanda presentada en favor de WILLIAM OLIVERIO NIVIA PINTO.

Cargo único. Violación directa.

El censor, previa aceptación de los hechos que declaró probados el juzgador, opina que éste ha debido concluir en la atipicidad de la conducta relacionada con la tentativa de homicidio, como consecuencia de la falta de algunos de los requisitos del elemento amplificador del tipo.

Desmiente los actos inequívocamente dirigidos a la materialización del

homicidio sobre la base de que “no hubo dolo de consumación”, y echa de menos el elemento subjetivo de la conducta visto a través de la levedad de las heridas que debieron ser producidas sin fuerza y de manera suave, que en todo caso si traducían el querer de los procesados de “obtener cualquier resultado”, tal fenómeno es conocido por la doctrina como “dolo alternativo” e implica que si el daño que realizaron los procesados fue apenas sobre la integridad personal ese sería el teóricamente imputable, pero como no ocurrió así, entonces la única solución es absolverlos.

Convencido de su propuesta, el censor insiste en que la conducta “no estuvo inequívocamente dirigida a la consumación de un homicidio”, y mientras el Tribunal reconoció la intención de matar, el juzgado “partiendo de los mismos hechos y con argumentos respetables, llegó a la conclusión contraria”.

Respecto del comportamiento del acusado, asevera que no tenía la idoneidad suficiente para producir un homicidio, aún aceptando que matar hubiera sido el fin perseguido por el agente, pues el arma no encontrada “era inapta para matar”, en la medida en que no es explicable por qué, si fueron cuatro y ubicadas en zona de alta vulnerabilidad, las heridas apenas produjeron un resultado leve, superficial, sin secuelas y con incapacidad de apenas 18 días. De admitir la capacidad del arma para matar, afirma el recurrente, no fue utilizada con la suficiente fuerza para ese propósito, por lo que en uno y otro caso “estaríamos en presencia de una tentativa imposible” que pone al descubierto la aplicación indebida de los artículos 323, 324-2 y 22 del Código Penal.

Es así como exora la casación del fallo para que en su lugar se disponga que el procesado debe responder sólo por tentativa de hurto calificado y agravado, haciendo las reducciones punitivas del caso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con el criterio de que ninguno de los cargos propuestos en las demandas está

llamado a prosperar, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no sea casada la sentencia. En sustento de su apreciación expone:

1. En cuanto a la causal de nulidad, dice que no obstante haber sido acertadamente escogida la vía de ataque, el censor no avocó la discusión de los extremos contradictorios -tentativa de homicidio agravado y lesiones personales agravadas- sino que partió de la base de un delito cuya mención no se hizo en el calificadorio -homicidio simple- “y ello traduce en error fatal de cara a la viabilidad del reproche, pues, en virtud del principio de limitación, la H. Corte no puede adentrarse en la discusión de un supuesto calificadorio que de entrada se parte desconocido por el demandante”.

2. De la demanda formulada por camino de la violación directa de la ley sustancial, afirma el Procurador Delegado que aquélla no consulta los lineamientos técnicos requeridos para un adecuado ataque en casación, habida cuenta que así el censor diga aceptar los hechos y la valoración dispensada a los medios probatorios por el juzgador, otra cosa es lo que ocurre en el desarrollo del cargo pues allí aparece una controversia sobre éstos y aquella, a tal punto que “el censor es reiterativo en sus inconformidades, respecto a los hechos y en especial a la situación probatoria dada por el Tribunal”.

De otro lado, la censura se centra en la discusión del nomen iuris de la infracción, tema cuyo escenario es la causal tercera, tornando contradictorio el cargo inicialmente propuesto, además de faltar de una proposición jurídica completa si es que se atiende como factor del reproche la indebida aplicación del dispositivo que prevé la tentativa, ya que sobre las normas que supuestamente se dejaron de aplicar -las relativas a las lesiones personales- no dice nada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La demanda presentada en favor de EDWIN ALFREDO GÓMEZ TELLEZ.

Cargo único. Causal de nulidad.

Desde el plano de la lógica, la coherencia y la racionalidad requeridas por el recurso extraordinario, resulta acertada la crítica hecha por el Procurador Delegado a la demanda presentada en favor de EDWIN ALFREDO GÓMEZ TELLEZ, en el sentido de corresponder el ataque por error en la denominación jurídica a la vía establecida en la causal tercera, pero con la inocultable falencia del censor de no haber contado con el nomen iuris cuya escogencia por parte del calificador considera transgresora o portadora del vicio in procedendo que afecta la estructura del proceso y que por lo mismo reclama la declaratoria de nulidad del trámite “a partir de la resolución de acusación inclusive y se remita a la Unidad Local de Fiscalía de esta ciudad, para que lo siga tramitando por competencia”.

En efecto, esta falencia permite determinar la imposibilidad de sacar adelante una censura cuando no consulta la realidad procesal, pues si lo que se pretende en el caso es poner en claro que el delito cometido fue el de lesiones personales, no el de homicidio agravado en grado de tentativa, era apenas razonable que el libelista hubiera tenido en cuenta todas las circunstancias que sirvieron de apoyo al funcionario para concluir en la supuesta errónea calificación, es decir, referirse in integrum al delito por el cual fue acusado el procesado para así hacer más coherente el ataque y al interior de éste propiciar la diáfana demostración del por qué no existe el homicidio agravado tentado sino otro, por ejemplo el de lesiones agravadas sugerido por el Delegado, o el de lesiones simples porque bien podría demostrar el censor que la agravación tampoco se da.

Así, el recurrente atina en la selección de la causal pero no en su desarrollo comoquiera que, además de lo que se viene de advertir, no llega a la cabal demostración de los supuestos errores de hecho que acusa, porque no para mientes en aquello que eventualmente pudo constituir el error del funcionario calificador para no aceptar probatoriamente que los procesados habían cometido el delito de lesiones personales,

sino que parte de una personal apreciación de los medios de convicción con el afán de revestir el caso de unas circunstancias que favorecieran su punto de vista.

En este orden, cuando intenta descartar que las heridas podían ocasionar la muerte y que la agresión fue interrumpida por la presencia de personas que antes se encontraban en el establecimiento con la víctima, a través de lo que correspondería a un falso juicio de identidad sobre el testimonio del perjudicado -porque no lo dice expresamente- termina pretendiendo hacer prevalecer su particular criterio sobre el que tuvo en su momento el fiscal, sin que tal postura sea válida frente al recurso extraordinario en el que la libre apreciación de las pruebas por parte del funcionario forma parte crucial de las providencias que a fuerza de estar fundadas en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, como lo dispone el artículo 246 del C.P.P., gozan de la doble presunción de acierto y legalidad.

Y esta incorrección se repite cuando se aduce la inidoneidad del arma, habida cuenta que lejos de mostrar cómo por un error el calificador determinó la potencialidad letal del instrumento, lo que hace es resguardarse bajo el poco convincente argumento de que al no haberse recuperado éste, no quedaba otro camino de convicción para deducir si era o no apto para matar.

Pero el dislate aumenta en la medida en que el censor se vale del testimonio de la víctima para predicar un supuesto estado de duda que debió ser resuelto a favor del procesado, cuando dice:

“ No es que el testigo no sea creible (sic), sino que el “shock” producido por el alevé ataque a su integridad y las otras causas anotadas anteriormente modificaron algunas circunstancias, quedando claras algunas, borrosas otras, y algunas olvidadas definitivamente. Lo grave es que en esas circunstancias no claras se afianzó la Fiscalía llegando a un juicio errado de convicción y echando por la borda el in dubio pro reo”.

Un tal planteamiento da al traste con cualquier posibilidad de éxito para la pretensión del libelista dado que el estado de hesitación no faculta al funcionario para trasladar la imputación de una conducta a otra, pues sería tanto como aceptar un juego irresponsable del juicio de tipicidad en el que la tarea del funcionario consiste precisamente en adecuar con exactitud el comportamiento del sujeto en una cualquiera de las abstractas descripciones dadas por el legislador, lo que supone certeza.

De esta manera, clara se ve la distracción en que incurre el casacionista, quien llega al punto de reprochar al sentenciador de segundo grado un no demostrado falso juicio de existencia por omisión respecto de un dictamen pericial, del que dice “desvirtuó las afirmaciones de la fiscalía que las heridas sufridas por el ofendido podían causar la muerte y que el arma era idónea para matar”, sin siquiera ofrecer un dato mínimo que hilvane el cargo con la novísima propuesta, como tampoco otro cualquiera indicativo de la forma como la prueba echada de menos tenía la incidencia de derruir las conclusiones del fallador acerca de la responsabilidad de los procesados por el delito que intenta desestimar.

En este orden de ideas, ausente la demostración de la existencia y trascendencia de los errores en que se funda el reproche, la consecuencia obligada es la improsperidad del cargo.

2. La demanda presentada en favor de WILLIAM OLIVERIO NIVIA PINTO.

Cargo único. Violación directa.

De tiempo atrás la Corte de manera pacífica ha venido reiterando que la causal primera de casación en su modalidad de violación directa de la ley sustancial, en cualquiera de sus formas -falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación- constituye un debate de puro derecho frente al que el casacionista está en la imperiosa obligación de demostrar la transgresión de una norma, que por ende

reclama el restablecimiento de la legalidad del fallo.

Este presupuesto explica por qué, tratándose de la mencionada modalidad de ataque, los censores no pueden ni deben enrutar sus apreciaciones en el contexto del reproche probatorio sino prestar anuencia a la forma como fueron considerados los hechos y valoradas las pruebas por el fallador, de quien tan sólo se censura su labor sobre las normas del derecho positivo.

Este preliminar apunte permite declarar el acierto del libelista al proponer la vía directa de ataque como camino propicio al logro del reconocimiento de la atipicidad.

No obstante el tino en la proposición, el planteamiento no alcanza para concretar el específico cometido en el caso a estudio, porque si bien es cierto reclama la absolución para el procesado con fundamento en la supuesta falta de tipicidad del comportamiento por el cual fue acusado, paralelamente reconoce que el resultado de la conducta fue el de unas lesiones personales, con lo cual el censor está indirectamente proponiendo que hubo al interior del proceso una supuesta indebida denominación jurídica de la infracción, anomalía procesal atacable en sede extraordinaria de manera diversa a la que aquí proyecta el actor.

En efecto, sobre este tema la Corte ha previsto que la solución es retrotraer la actuación al momento de la calificación, o de la clausura del sumario dependiendo del funcionario que tenga competencia para reponerla; sendero que en casación sólo ofrece por técnica la causal tercera, así tenga que desarrollarse la censura por los derroteros de la causal primera, esto es demostrando la existencia de errores de hecho o de derecho que desviaron al funcionario para determinar la adecuada fórmula del nomen iuris.

Al respecto, entre otros pronunciamientos, ha dicho la Corporación:

“El error en la denominación jurídica del hecho, ha dicho insistentemente la Corte, constituye un atentado al debido proceso. Por esta razón, cuando el ataque en esta sede involucra la denominación genérica del delito, lo indicado es plantear el cargo al amparo de la causal tercera, con el fin de que la actuación pueda retrotraerse al momento de la calificación, o de la clausura del sumario, según el caso, dependiendo de si el funcionario que formuló la acusación es o no competente para reponerla, y se proceda a un nuevo enjuiciamiento a partir de la tipicidad correcta.

En un tal supuesto, sin embargo, el desarrollo del cargo debe hacerse conforme a las directrices de orden técnico propias de la causal primera, con señalamiento de los desaciertos de carácter jurídico o de apreciación probatoria que determinaron la indebida calificación de la conducta, pues el error, aún cuando con repercusiones en la validez del proceso y por ende susceptible de ser alegado por la vía de la causal tercera, sigue siendo de naturaleza in iudicando. Es uno de los pocos casos en los cuales, a pesar de tratarse de un error de juicio, el ataque no puede formularse al amparo de la causal primera, como sería lo indicado, sino de la tercera, precisamente porque la Corte no podría entrar a dictar fallo de sustitución” (5 de noviembre de 1997. M.P. Fernando Arboleda Ripoll. Proceso 9952).

Así las cosas, independiente a que el censor al interior de la censura hubiera podido cometer otras incorrecciones como las que anota el Procurador en su concepto, a las que bastaría añadir que el aspecto subjetivo de la conducta no exige un medio de prueba específico por regir en nuestro sistema el principio de la libertad probatoria de acuerdo con el cual cualquier medio de convicción es idóneo para la demostración de los diversos aspectos que interesan a la investigación, lo que se evidencia es el desvertebramiento del cargo con afectación inmediata de la técnica propia del extraordinario recurso, pues no otra cosa se desprende de admitir el libelo que se daba otra tipicidad con el resultado, pues “como el que se obtuvo fue el de simples lesiones personales, es el único que, teóricamente, se podría imputar a los acusados, tan solo que

como no fue por el que se les acusó, la única solución es absolverlos”.

Por lo anterior habrá de desestimarse el cargo.

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

CARLOS A.GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Secretaria