

Proceso N° 10964

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.200

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada de 3 de mayo de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado HENRY MAURICIO ESTUPIÑAN FIGUEREDO a la pena principal de catorce (14) años, cinco (5) meses y diez (10) días de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y lo absolvió por el de homicidio en la modalidad de tentativa.

Hechos y actuación procesal.

El 30 de octubre de 1994, en las primeras horas de la madrugada, frente a la supermanzana 2, bloque 9, entrada 15, zona 8 del barrio Kennedy de esta ciudad, se presentó un enfrentamiento entre los hermanos Edison y Willington Hernández Sáenz, quienes se disponían a ingresar al conjunto residencial, y el grupo conformado por Henry Mauricio Estupiñán Figueredo, Jorge Enrique Martínez George, Fredy Mauricio Suárez Bello y John Alexander Pinzón Rojas, quienes llegaban al lugar en un vehículo mazda a dejar unas amigas, en desarrollo del cual Estupiñán Figueredo disparó su arma de fuego

contra los hermanos Hernández Sáenz, causando la muerte del primero de ellos.

Iniciada la investigación, la Fiscalía escuchó en indagatoria a Henry Mauricio Estupiñán Figueredo (fls.63/1), Jorge Enrique Martínez George (fls.68), Fredy Mauricio Suárez Bello (fls.81) y John Alexander Pinzón Rojas (fls.87), y resolvió la situación jurídica de Estupiñán Figueredo con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio agravado en Edison Hernández Sáenz, tentativa de homicidio agravado en relación con Willinton Hernández Sáenz, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Respecto de los otros imputados se abstuvo de proferir medida de aseguramiento (fls.100/1).

A instancia de la defensa, el funcionario instructor celebró el 27 de enero de 1995 audiencia especial con Estupiñán Figueredo, conforme a lo establecido en el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 4º de la ley 81 de 1993), diligencia en la cual el procesado aceptó responder por los delitos de homicidio simple, tentativa de homicidio simple, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, con las rebajas de pena establecidas por haber confesado y solicitado terminación anticipada del proceso (fls.263, 300, 304, 310, 312/1).

Mediante sentencia de 9 de febrero de 1995, el Juzgado 70 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado a la pena principal de 20 años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor responsable de los delitos aceptados en la diligencia de acuerdo (fls.325/1). Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el suyo de 3 de mayo de 1995, que ahora es objeto del recurso extraordinario, lo modificó en el sentido de absolver al procesado por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa, tras considerar que los disparos dirigidos contra Willington Hernández Sáenz no produjeron lesión alguna en su cuerpo, y además, que no existía certeza acerca de la intención homicida del actor. Consecuencialmente, fijó la pena privativa de la libertad en 14 años, 5 meses y 10

días de prisión, y reajustó el monto de la condena por daños y perjuicios, por razón de los otros ilícitos (fls.28/2).

La demanda.

Tres cargos, uno con fundamento en la causa primera de casación, y dos al amparo de la tercera, presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

Causal primera.

Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal, que define el homicidio simple, y falta de aplicación del artículo 325 ejusdem, que describe el homicidio preterintencional.

Sostiene que si bien es cierto el procesado aceptó los hechos y cargos formulados en la diligencia de audiencia especial, como también las pruebas incorporadas al proceso y su valoración, no lo es menos que los juzgadores se equivocaron en la selección del punible, si se da en considerar que en el presente caso concurren todos los elementos del homicidio preterintencional, como son, el propósito de cometer un delito determinado, la producción de un resultado delictivo que excede la intención del agente, la existencia de una relación de causalidad, la unidad de objeto material, y su expresa consagración legal.

Al referirse al propósito del sujeto agente, sostiene que la actitud del encartado “al disparar el arma de fuego, en estado de embriaguez y dentro de los hechos conocidos como riña callejera...quizás fue la de constreñir o lesionar como reacción a las ofensas verbales” de que había sido víctima, pero sin el ánimo de matar. Con esto, y la estructuración de los restantes elementos del delito preterintencional, se demuestra que la conducta encuentra adecuación típica en el artículo 325 del Código Penal, y que los juzgadores violaron en consecuencia “la norma sustancial prescrita en el artículo 61 ejusdem”.

Causal tercera.

1. Existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Sostiene que el Fiscal que dirigió la investigación desconoció el contenido del artículo 297 del estatuto procesal penal, que ordena al funcionario instructor practicar las diligencias pertinentes con el fin de determinar la veracidad de la confesión hecha por el procesado, y averiguar las circunstancias del hecho, pues se limitó a buscar la terminación rápida del proceso, sin investigar en absoluto ninguna de las circunstancias que rodearon la comisión del ilícito, tratando de configurar únicamente los delitos que fueron objeto de negociación.

La Fiscalía olvidó que la responsabilidad penal no se limita a la tipicidad de la conducta, sino que es necesario establecer su antijuridicidad y la culpabilidad del procesado. También olvidó indagar su avanzado estado de embriaguez e inimputabilidad. Llama la atención que los juzgadores tomen en cuenta esta situación (embriaguez) para explicar la razón por la cual el imputado no acertó al disparar contra Willington, y deje de hacer alusión a ella al analizar su responsabilidad en el homicidio.

Está probado en el proceso que el acusado estuvo tomando licor desde muchas horas antes a los hechos. Y, como es bien sabido, la circunstancia de hallarse una persona intoxicada por los efectos del alcohol cambia completamente su comportamiento, y lo lleva a incurrir en actos que, muy seguramente, no cometería en estado de lucidez mental.

De esta forma se incurrió en una irregularidad más por violación de los artículos 249 del Código de Procedimiento Penal y 250 de la Constitución Nacional, que ordenan al funcionario judicial averiguar con igual celo lo favorable como lo desfavorable

al imputado, y respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que les asisten.

Acorde con lo expresado, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, y decretar la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de acuerdo celebrada entre la Fiscalía y el procesado, conforme a lo establecido en el artículo 304.2 del estatuto procesal penal.

1. Violación del derecho de defensa.

La deduce de la actitud asumida por el defensor del sindicado en las instancias, pues sostiene que nunca se preocupó de la suerte de Estupiñán Figueredo, y que su atención siempre estuvo orientada hacia la terminación anticipada del proceso. No es su costumbre demeritar la actividad de los colegas, pero a cualquier persona que examine el proceso no puede menos que sorprenderle la actividad del profesional del derecho, razón por la cual solicita a la Corte “ordenar al Consejo Superior de la Judicatura, que se inicie la correspondiente investigación disciplinaria, para que se determinen las posibles faltas contra el estatuto que reglamente el ejercicio de la profesión de abogado”, y así evitar que personas ingenuas como Henry Mauricio Estupiñán Figueredo “sean objeto de la atención, o mejor desatención de abogado como el que, en mala hora, se hizo cargo de su defensa, o de su falta de defensa”.

Argumenta que ante la confesión del procesado, su defensor decidió convencerlo de que se acogiera a los beneficios legales de terminación anticipada del proceso, sin tener presente que Estupiñán Figueredo reconoció ser el autor del fatídico disparo, pero jamás aceptó su responsabilidad en el hecho, pues siempre manifestó que su intención no fue matar Hernández Sáenz.

La Fiscalía, en forma irresponsable, quiso dar por terminado el proceso, y el defensor optó por colaborar con el ente acusador en tales propósitos, dejando de lado el examen de aspectos tan importantes como la ausencia de imputabilidad del sindicado, la forma de culpabilidad, y la posible existencia de un exceso en las causales de justificación, pues a pesar de lo afirmado por los testigos y la ausencia de proporcionalidad, podía pensarse en la presencia de una legítima defensa excedida. Y concluye:

“No cabe ninguna duda de que el señor defensor perjudicó los intereses del procesado. Corresponde a la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en honor a la equidad que debe regir nuestro sistema penal, determinar si esa actitud reprochable del defensor, constituye o no violación del derecho de defensa, asunto este de gran interés y que merece la atención de la Honorable Corporación, pues son muchos los casos en que abogados inescrupulosos, y que demuestran el poco afecto que profesan a su oficio, hacen uso indebido de la terminación anticipada del proceso penal, y de la manera más contraria a la equidad, se ocupan de inducir al procesado a reconocer cargos que no se encuentran probados, con el único interés de culminar con la labor para la cual fueron, supuestamente, contratados, para asistir jurídicamente al procesado, logrando que el procesado (sic) finalice rápidamente, sin importarle para nada el resultado del mismo, sino únicamente salir del problema que parece representar para ellos el desarrollo del su trabajo” (fls.91 cuaderno 2).

Con fundamento en lo expuesto solicita casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de lo actuado a partir de la celebración de la audiencia especial.

Concepto del Procurador Primero Delegado.

Causal primera. Violación directa. Falta de aplicación del artículo 325 del Código Penal, que define el homicidio preterintencional. Sostiene que el ataque, en los términos planteados por el casacionista, comportaría un problema de apreciación probatoria, no

un error puro de selección como ha sido propuesto. Además de ello, los aspectos tenidos en cuenta por los juzgadores para adecuar la conducta del procesado como homicidio simple (manifestaciones anteriores de ánimo, naturaleza del arma, número de disparos y dirección, y su posterior huida), marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompañó al autor de la conducta, y si el actor pretendía la casación del fallo, debió demostrar su inexistencia, o una exagerada valoración por parte de los juzgadores.

Considera, no obstante, que los datos fácticos aportados al proceso fueron debidamente apreciados y analizados en los fallos, y que el cargo, en consecuencia, debe ser desestimado, pues lo que de ellos surge es que Estupiñán Figueredo estuvo guiado por el ánimo de causar la muerte de Hernández Sáenz, como allí se sostuvo.

Causal tercera. Nulidades. Argumenta que las afirmaciones del casacionista respecto de la presunta violación al principio de investigación integral, derivado de la falta de verificación de la confesión del procesado, y la no realización del examen psiquiátrico, carecen de fundamento, puesto que del estudio de la actuación procesal se llega a la conclusión que dicha infracción jamás se presentó.

Del examen del expediente se advierte que la Fiscalía realizó la misma noche de los hechos allanamientos, capturas, y recibió los testimonios de varias de las personas que presenciaron los hechos, elementos de juicio que sirvieron para vincular después mediante indagatoria a Henry Mauricio Estupiñán Figueredo, Jorge Enrique Martínez George, Fredy Mauricio Suárez Bello y John Alexander Pinzón Rojas, y de los cuales se deduce que Estupiñán Figueredo fue el autor del disparo que acabó con la vida de Edison Hernández Sáenz. También se tomaron muestras de sangre al implicado, a través de cuyo análisis se determinó que presentaba una concentración de alcohol en la sangre de 30.183 mlgs %, equivalente a una embriaguez de primer grado.

En cuanto tiene que ver con la supuesta falta de verificación de la confesión, debe recordarse que el Juez, frente al principio de libertad probatoria, puede formar su convencimiento sobre la materialidad del hecho y la responsabilidad del procesado a través de cualquier medio de prueba, incluyendo lógicamente la confesión, la que debe ser apreciada de acuerdo con la sana crítica, sin que sea necesario para que adquiera eficacia demostrativa, que esté acompañada de otros elementos de prueba.

Respecto de la omisión del examen psiquiátrico, la Corte ha sido reiterativa en señalar que solo cuando en el trámite de la actuación surgen elementos de convicción que indican la posibilidad de que al momento de realizar el hecho punible el acusado padecía de trastorno mental, se debe ordenar el examen correspondiente, so pena de que al no hacerlo se genere una causal de nulidad, ya que por esa omisión se pudo haber impuesto una pena a quien no podía ser sujeto de ella por su probable condición de inimputable.

En el caso en estudio, esos presupuestos no se reunían, porque el comportamiento observado por el procesado antes, durante y después de los hechos, eran demostrativos de normalidad síquica, y si bien es cierto había ingerido licor, “ello no fue lo determinante para obnubilar su conciencia y voluntad, al punto de no tener la capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, como lo quiere hacer ver el casacionista, porque según una de las acompañantes, de Estupiñán Figueredo, Sandra Bibiana Sánchez Ocampo (fls.166 del c. o. No. 1), manifestó que el aquí procesado estaba tomado pero no borracho”. Preciso es señalar, además, que éste recuerda con exactitud sus acciones, y que de la versión que da de los hechos se descubre que siempre mostró un pensamiento lúcido y normal, con orientación sobre el tiempo, lugares y personas, capacidad para grabar, evocar y narrar los hechos dentro de los cuales se involucra, y conciencia de su propia situación, y de la necesidad de intentar en forma lógica esfuerzos defensivos.

No sobra precisar que la sola ingesta de bebidas embriagantes no convierte necesariamente en inimputable a quien las consume, salvo que exista un estado patológico especial, condición de la cual el acusado no informa en su injurada, y tampoco surge del proceso. En ninguna omisión, por tanto, incurrieron los juzgadores al no ordenar el examen siquiátrico, pues la evidencia procesal no lo hacía exigible, resultando claro, por el contrario, que cuando el sindicado ejecutó el delito comprendía perfectamente la ilicitud de su conducta y estaba en condiciones de abstenerse de realizarla.

Sostiene, finalmente, que frente al cúmulo probatorio de cargo, y la claridad que arrojaban los hechos, no comportaba un desafuero solicitar sentencia anticipada como lo hizo la defensa, y en cambio sí, una postura razonable orientada a obtener una rebaja de pena, como en efecto sucedió. Tampoco resulta censurable que el defensor no hubiera alegado exceso en la legítima defensa, porque los juzgadores fundamentaron su decisión en un serio y completo análisis probatorio, que el demandante no logra desvirtuar, conforme al cual los hechos sucedieron de manera tal que resulta claramente inadmisibles invocar una virtual legítima defensa.

Consecuente con sus planteamientos solicita a la Corte no casar el fallo impugnado.

SE CONSIDERA:

Siguiendo el orden lógico que impone el principio de prevalencia de las causales en casación, la Corte analizará primero los cargos planteados al amparo de la causal tercera de ellas, para después aprehender el estudio del propuesto con fundamento en la primera.

1. Nulidades.

1.1. Existencia de irregularidades sustanciales que afecta el debido proceso. Violación del principio de investigación integral.

Este ataque, como se recuerda, se sustenta en dos consideraciones: Que los juzgadores omitieron verificar la confesión del procesado Estupiñan Figueredo y averiguar las circunstancias del hecho, según lo ordena el artículo 297 del Código de Procedimiento Penal; y, que dejaron de ordenar un dictamen siquiátrico con el fin de establecer su estado de inimputabilidad por la ingestión de bebidas alcohólicas.

En cuanto dice relación con el primer aspecto, las argumentaciones del casacionista, además de resultar impertinentes, carecen de fundamento, por las siguientes razones:

1. En tratándose del procedimiento especial establecido en los artículos 37 y 37 A del estatuto procesal penal (modificados los artículos 3º y 4º de la ley 81 de 1993 y artículo 11 de la ley 365 de 1997), el principio de investigación integral, cuya transgresión denuncia el libelista, tiene relativa aplicación, puesto que al optar el procesado por el rito alternativo especial de la sentencia anticipada o la audiencia especial, renuncia al desarrollo normal de la acción penal, haciendo que cese la pesquisa probatoria, y por ende la posibilidad de que el funcionario judicial continúe indagando sobre las circunstancias del hecho, pues aceptados los cargos, ya no hay lugar a práctica de pruebas. Por eso no deja de resultar un contrasentido que se invoque violación del principio de investigación integral cuando ha mediado terminación anticipada del proceso.

2. Para llegar a sentencia anticipada o audiencia especial no se requiere que en el proceso exista certeza de la materialidad del hecho o la responsabilidad. La ley solo exige que haya sido resuelta la situación jurídica del indagado, y que medie aceptación de cargos de su parte. Más aún, en tratándose de audiencia especial, es presupuesto necesario que exista duda probatoria en relación con los aspectos que son objeto de negociación, pues si existe prueba de la materialidad del hecho y la responsabilidad del procesado, ningún sentido tiene entrar en proceso de negociación.

3. Del estudio de la actuación adelantada hasta la celebración de la audiencia especial se deduce que las afirmaciones del casacionista en el sentido de que los funcionarios omitieron indagar sobre las circunstancias del hecho y las manifestaciones del procesado en indagatoria no son ciertas. Basta revisar dicha actuación para constatar que la Fiscalía no solo no ahorró esfuerzos en la búsqueda de la verdad real, sino que los elementos de juicio aportados permitían tener una visión clara de lo sucedido, y del compromiso penal de Estupiñán Figueredo en los hechos.

Para abundar en consideraciones dígame que la averiguación, desde un comienzo, estableció que del grupo del procesado hacían parte Juan Felipe Murillo Martínez, Myriam Liliana Murillo Martínez, Angélica María Villa Bolaños, Sandra Bibiana Sánchez Ocampo, Jorge Enrique Martínez George, Fredy Mauricio Suárez Bello, y John Alexander Pinzón Rojas, quienes se movilizaban en un vehículo mazda, conducido por Estupiñán Figueredo, y que la discusión se inició porque uno de los hermanos Hernández Sáenz, al ingresar al conjunto, tropezó involuntariamente con el vehículo.

A los cuatro primeros la Fiscalía los escuchó en declaración juramentada (fls.12, 14, 29, 166, 177), y a los restantes en indagatoria (fls.63, 68, 81 y 87). También escuchó en declaración juramentada a Willington Hernández Sáenz, quien acompañaba a la víctima cuando sucedieron los hechos (fls.23, 40, 92), José Albino Tapiero Oyola y Magnol Archipiz Rivera, celadores del conjunto (fls.27 y 32), y practicó diligencia de inspección en el lugar de los hechos con la asistencia los procesados, los testigos y peritos (fls.232, 278/1). Además, pruebas de alcoholemia (fls.207 a 221), de balística (fls.197), y estudios técnicos sobre la posible posición de la víctima al momento de ser impactada, donde se concluye que la versión que más se acerca al diagrama de trayectoria del proyectil es la del testigo Willington Hernández Sáenz (fls.294/1).

Como puede apreciarse, la actividad probatoria en los albores de la investigación fue más que prolija, al punto que la Corte no logra establecer qué otros elementos de juicio,

distintos de los que vienen de ser referenciados, pudieron haber sido incorporados al informativo con el fin de establecer la realidad de lo acontecido. Y el demandante no se toma el trabajo de precisarlos, ni de señalar su trascendencia. Sus argumentaciones, como se dejó visto, no van más allá de la afirmación de que la Fiscalía desconoció el principio de investigación integral al haber omitido indagar sobre las circunstancias del hecho y la versión del sindicado, pero sin precisar cuáles aspectos debieron ser confrontados, ni qué pruebas conducían a su demostración.

En cuando tiene que ver con el segundo aspecto de la censura, relacionado con la no práctica de una pericia siquiátrica para establecer la condición de inimputable del procesado, reiterados han sido los pronunciamientos de la Corte en el sentido de que una prueba de esta naturaleza solo resulta necesaria cuando en el trámite de la actuación surgen elementos de juicio que indiquen razonadamente que el procesado padecía trastorno mental al momento de cometer el delito, que le impedía comprender la ilicitud del hecho o determinarse de acuerdo con esa comprensión, mas no cuando dicha condición resulta ser apenas una alegación aislada, carente de respaldo probatorio.

En el caso sub judice, el estado de inimputabilidad del procesado lo infiere el censor de la circunstancia de haber estado ingiriendo bebidas alcohólicas durante las horas previas a los hechos, sin aludir, para nada a su condición síquica durante el desenlace de los mismos. Dicho planteamiento, resulta incompleto, pues no es simplemente la ebriedad, sino la carencia de capacidad para comprender la ilicitud del hecho o para determinarse, debido a la intoxicación etílica, lo que corresponde demostrar en estos supuestos.

Más aún. Del análisis de la prueba allegada al informativo se concluye que el procesado había ingerido licor pero no hallaba en avanzado estado de embriaguez, como lo sostiene el demandante, y que cuando sucedieron los hechos gozaba de completa lucidez mental. Así se deduce del examen de alcoholemia que le fue practicado, cuyos resultados da cuenta del hallazgo de alcohol etílico en la sangre en concentración de apenas 38.082 ml%, que

corresponden a una embriaguez leve (fls.221 y 265); de las afirmaciones de Sandra Bibiana Sánchez Ocampo, quien sostiene que Estupiñan Figueredo se hallaba tomado pero no borracho (fls.166/1); y de la forma coherente y circunstanciada como el procesado relató los hechos en indagatoria, “mostrando siempre un pensamiento lúcido y normal, con orientación sobre tiempo, lugares y personas, capacidad para grabar, evocar y narrar los hechos dentro de los cuales se involucra, y conciencia de su propia situación y de la necesidad de intentar en forma lógica esfuerzos defensivos”, como lo destaca el Procurador Delegado en su concepto, claramente indicativo de que en el momento de la comisión del ilícito gozaba del dominio pleno de sus facultades intelectuales y volitivas.

No existiendo, entonces, elemento de juicio alguno que permitiera insinuar siquiera, con grado de probabilidad, que el procesado hubiera actuado dentro de los marcos de una situación de inimputabilidad, derivada de la ingestión de bebidas alcohólicas, resultaba absolutamente inútil la práctica de la pericia siquiátrica echada de menos por el casacionista.

El cargo no prospera.

1. Violación del derecho de defensa. Equivocada estrategia defensiva del abogado.

Reiteradamente la Corte ha sostenido que el defensor, en el ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa, y que no por estar en desacuerdo con la estrategia defensiva asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, puede sostenerse que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno al estilo, contenido, o alcance de sus propuestas, ni la aptitud se establece por los resultados del debate.

La inconformidad del casacionista surge de la circunstancia de haber optado su antecesor por la terminación anticipada del proceso, sin haber insistido en el reconocimiento del estado de inimputabilidad del sindicado, de una legítima defensa excedida, o de una forma de culpabilidad atenuada (preterintencional o culposa), pero como ya se dejó visto, el proceso no ofrecía sustento fáctico alguno para sugerir que el imputado padecía trastorno mental cuando cometió el hecho, como tampoco que hubiese sido víctima de una agresión injusta, actual o inminente, que pusiera en peligro su vida o la de sus compañeros, o que su intención hubiese sido simplemente la de intimidar a los hermanos Hernández Sáenz.

Lo que el proceso revela es que Estupiñán Figueroa resolvió descender intempestivamente del vehículo que manejaba para disparar directamente contra Edison y Willington, cuando ya éstos se encontraban en el interior del conjunto residencial, y que de inmediato decidió huir del lugar en compañía de sus amigos, en procura de la impunidad del crimen. Por eso, no deja de tener razón la Delegada cuando sostiene que frente a la prueba incriminatoria allegada al proceso, la solicitud de sentencia anticipada no comportaba un desafuero como lo quiere hacer ver el casacionista, sino, por el contrario, una postura razonable, en procura de obtener una rebaja de pena significativa, como en efecto ocurrió.

Se desestimaré, por tanto, la censura, al igual que la petición del casacionista relacionada con la expedición de copias para investigar disciplinariamente al abogado defensor, no sin hacer referencia a lo sostenido por la Sala en decisión de abril 16 de 1998, con ponencia de los doctores Gómez Gallego y Mejía Escobar, en relación con la inveterada creencia de los abogados de creer que la mejor defensa es la que siempre propende por una decisión absolutoria, por resultar pertinente al caso:

“Pretender que la mejor defensa es la que propugna a cualquier precio por la absolución, aún en contravía de la más comprometedora evidencia procesal, no es más que un

mal hábito lamentablemente consolidado en el pensamiento de algunos abogados. La procuración sincera y sensata de aminorantes del juicio de reproche o de la pena, sobre todo cuando se hace oportunamente, puede dibujar mejores perfiles de defensa que un empecinamiento engañoso y con ínfulas de habilidad jurídica no procedente en el caso”.

El cargo no prospera.

2. Causal primera. Violación directa de la ley sustancial. Falta de aplicación del artículo 325 del Código Penal.

Ab initio se establece que el recurrente carece de interés jurídico para solicitar en sede extraordinaria la degradación de la forma de culpabilidad, pues en tratándose de terminación anticipada del proceso, la impugnación del fallo por parte del procesado o su defensor no tolera la discusión de aspectos distintos de los taxativamente señalados en el numeral 4º del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal (modificado por los artículos 5º de la ley 81 de 1993 y 12 de la ley 365 de 1997), es decir, la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción del dominio sobre bienes.

La Corte ha sido insistente en precisar que los institutos de la sentencia anticipada y la audiencia especial se rigen por el principio de la irretractabilidad, en cuanto implican para el procesado la renuncia a controvertir la prueba y el contenido de los cargos aceptados, y que si bien es cierto la limitación del interés para recurrir consagrada en el citado artículo 37B está referida al recurso de apelación, debe entenderse que también impera para la casación, puesto que de no ser así, en recurso extraordinario se convertiría en un mecanismo de burla de la restricción allí prevista (Cfr. Autos de mayo 6/97 Magistrado Ponente doctor Gómez Gallego, y febrero 10/99 Magistrado Ponente doctor Arboleda Ripoll, entre otros).

Por consiguiente, se impone la desestimación de la censura.

1. Casación oficiosa.

Advierte la Corte que en la sentencia de segundo grado el Tribunal Superior decidió absolver al procesado Estupiñán Figueredo de los cargos por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa donde aparece como sujeto pasivo Willington Hernández Sáenz, que fueron objeto de acuerdo en la diligencia de audiencia especial, por considerar que los disparos dirigidos en su contra no produjeron lesión alguna en su cuerpo, y que no existía certeza de la intención homicida del actor.

En decisión reiterada, la Sala ha venido sosteniendo que la naturaleza jurídica de los instrumentos de terminación anticipada del proceso, su configuración legal, y las razones de política criminal que determinaron su incorporación en el ordenamiento jurídico, repelen la posibilidad de que a través suyo el juzgador pueda llegar a una decisión absolutoria respecto de los hechos y circunstancias que han sido objeto de aceptación o acuerdo por el procesado, pues en relación con ellos, el Juez carece de facultad de disposición (Casación de 26 de noviembre de 1998 y 20 de abril de 1999, Magistrado Ponente Dr. Fernando Arboleda Ripoll, entre otras).

También ha dicho, que si el juzgador, al examinar la actuación, advierte que no se cumplen los presupuestos de orden sustancial para dictar sentencia condenatoria, porque está demostrado que el hecho no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, todo esto dentro del marco de la violación de las garantías fundamentales, debe abstenerse de dictar sentencia, e invalidar la actuación, para retornarla al procedimiento ordinario, ante la imposibilidad de poder absolver por los hechos y circunstancias aceptados por el imputado.

Lo anotado permite concluir que, en el presente caso, la sentencia impugnada se encuentra afectada parcialmente de nulidad, pues el Tribunal, pretextando inexistencia de delito, absolvió al procesado de los cargos por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa, disponiendo de esta manera del contenido fáctico de la acusación, con violación manifiesta del debido proceso. Por tanto, la Corte, en ejercicio de la facultad oficiosa que le confiere el artículo 228 del estatuto procesal, casará la sentencia recurrida, solo en lo relativo a la absolución, para que el Tribunal proceda a dictar sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados por el procesado, o invalide el acuerdo por este hecho si realmente considera que la conducta es atípica, a fin de que por el procedimiento ordinario se tome la decisión que en derecho corresponda. En lo demás, el fallo se mantiene incólume.

La nulidad, por ser de carácter parcial, determina la ruptura de la unidad del proceso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90.3 del estatuto procesal, modificado por el 14 de la ley 81 de 1993. Por tanto, se ordenará expedir copias para que por separado continúe el trámite en relación con el delito de homicidio en la modalidad de tentativa.

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:

1. DESESTIMAR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado.
2. CASAR PARCIALMENTE, de oficio, la sentencia impugnada. Decretar de nulidad de la absolución por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa.
3. Disponer que el Tribunal expida copias de la actuación para que por separado reasuma el trámite procesal en relación con el referido hecho punible, en los términos

indicados en la parte considerativa.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. CUMPLASE.

JORGE A. GOMEZ GALLEGO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE CORDOBA POVEDA

CARLOS GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO O. PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA