

Proceso N° 11127

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No.165

Santafé de Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 15 de junio de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó la condena que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cáqueza le impuso a PABLO ANTONIO BOHORQUEZ como autor de los delitos de homicidio en la persona de Orlando Pérez y de porte ilegal de armas de defensa personal.

HECHOS

Al atardecer del 15 de mayo de 1994, en el interior de la tienda La Perla, ubicada en la inspección de Santa Cecilia del municipio de Paratebueno, jurisdicción de Cundinamarca, se encontraban reunidos ingiriendo licor, Eduardo López Vaca, Juan Santos Martínez, José Antonio González y Luis Alberto Cruz. En la misma actividad, pero en la parte exterior del establecimiento se encontraban Miguel Ruiz y Orlando Pérez, cuando hizo presencia PABLO ANTONIO BOHORQUEZ quien después de haber aceptado

tomarse una cerveza con estos dos últimos, trabajadores suyos en el Fondo Ganadero de Cundinamarca, se alteró porque Pérez le reclamó el pago de cuatro jornales; por ello les lanzó palabras soeces y desenfundó un arma de fuego; sin embargo, se retiró del lugar a petición de José González.

Unos quince minutos después PABLO ANTONIO BOHORQUEZ regresó en un campero acompañado de otras personas, empuñando su revólver. Entonces, sostuvo un altercado con Eduardo López Vaca, que no tuvo mayores consecuencias porque éste fue llevado al interior de la tienda por José Antonio González, mientras Juan Santos Martínez y Luis Alberto Cruz trataron infructuosamente de desarmar a BOHORQUEZ, pues al lograr zafarse, accionó el arma contra Pérez ocasionándole la muerte.

La Policía capturó al agresor y le decomisó el arma utilizada en el hecho, un revólver Smith & Wesson, calibre 32 largo.

## ANTECEDENTES

El Inspector de Policía de Paratebueno efectuó la inspección del cadáver de Orlando Pérez y recibió la denuncia que de los hechos formuló Eduardo López Vaca, diligencias que conjuntamente con el informe de la policía que puso a disposición al capturado, le sirvieron de fundamento al Juzgado Promiscuo Municipal de Paratebueno para disponer, en auto del 17 de mayo de 1994, la apertura de la investigación.

PABLO ANTONIO BOHORQUEZ fue escuchado en indagatoria, diligencia en la cual estuvo asistido por un abogado titulado. A pesar del alegato introducido por el profesional en donde planteaba un caso fortuito y pedía la práctica de pruebas, la situación jurídica del sindicato se resolvió el 24 de mayo del año citado, ordenando su sometimiento a medida de aseguramiento de detención preventiva (fl. 63). Decisión que fue impugnada con los recursos de reposición y apelación, el primero de los cuales fue denegado el 9 de junio siguiente. El segundo se resolvió en proveído del 11 de

julio por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, en el sentido de confirmar la medida de aseguramiento, pero adicionada con el cargo por infracción al artículo 1o. del decreto 3664 de 1986.

Las diligencias fueron remitidas a la Fiscalía Unica de Cáqueza, despacho que el 6 de julio de 1994, -el mismo día de recibo del expediente-, ordenó remitir al sindicado al Instituto de Medicina Legal, para que le practicaran examen siquiátrico. El dictamen se emitió en la seccional de Santafé de Bogotá, el 9 de agosto siguiente conceptuando que en el momento de los hechos PABLO ANTONIO BOHORQUEZ AGUIRRE no presentaba trastorno mental ni inmadurez sicológica que le impidieran comprender la ilicitud de sus actuaciones y autodeterminarse con esa comprensión. (folios 215 a 219).

Concluida la instrucción, mediante resolución del 15 de septiembre de 1994, la Fiscalía Unica de Cáqueza calificó el mérito del sumario, procediendo a acusar a PABLO ANTONIO BOHORQUEZ como presunto responsable del homicidio de Orlando Pérez y porte ilegal de arma de fuego.(Folios 302 a 321).

El defensor apeló la anterior determinación, pero el ad-quem le impartió confirmación en su integridad, según pronunciamiento del 31 de octubre.

Ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cáqueza se surtió el conocimiento de la causa, y allí en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, la defensa solicitó la práctica de pruebas, unas de las cuales fueron decretadas por auto de 17 de enero de 1995 y otras denegadas, momento a partir del cual cambió el inculpado a su defensor de confianza.

La audiencia pública se realizó entre el 13 y el 17 de marzo, y el 31 de ese mes se profirió la sentencia de primera instancia, condenando a PABLO ANTONIO BOHORQUEZ como autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de

fuego, a la pena principal de trescientos seis (306) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años y al pago de parte de los perjuicios materiales, (otra parte del resarcimiento quedó para ser cobrado por la vía civil), y al equivalente a 120 gramos oro por perjuicios morales.

La defensa apeló de la sentencia planteando ante el superior la existencia de nulidades estructuradas por error en la calificación jurídica de la conducta, por cuanto el homicidio cometido era culposo y no doloso; por la falsificación de la prueba testimonial y documental; la negativa de una prueba de alcoholemia antes del examen siquiátrico; el no traslado a las partes del dictamen pericial; la falsa motivación de la resolución de acusación; la falta de defensa técnica; atipicidad de la conducta, inimputabilidad del procesado y desatención del caso fortuito como causal de inculpabilidad, planteando un error proveniente de la culpa.

Ninguna de las tesis de la defensa fue acogida por el ad quem, quien, en pronunciamiento del 15 de junio de 1995, confirmó la condena y dispuso compulsar copias para que se investigara la conducta de los declarantes Nelson Prieto, Rafael Robayo Sierra y Alquimedes Pabón, por lo que el mismo sujeto procesal acudió a la vía extraordinaria de impugnación.

## LA DEMANDA

El casacionista ataca la sentencia emitida en este proceso por el Tribunal Superior de Cundinamarca, formulando seis (6) cargos al amparo de la causal TERCERA de casación y uno por la causal PRIMERA, según planteamientos que a continuación se sintetizan.

### PRIMER CARGO DE NULIDAD.

La alegación se inicia aduciendo una “nulidad por falsa motivación” y

una “escalada de nulidades” cometidas durante todo el proceso, cuyo fundamento legal es el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal por cuanto se vulneraron el debido proceso y el derecho de defensa.

En el acápite que denomina “CONCEPTO DE LA VIOLACION” cita una decisión del 17 de abril de 1995, de esta Sala, para hacer sus comentarios sobre lo que significa “vicios sustanciales e insubsanables”.

Pasa al capítulo intitulado DEMOSTRACION DEL CARGO, y en él enuncia temas, a los cuales dice que no se quiere referir, como el prevaricato del juez que omite la motivación de sus decisiones o guarda silencio sobre el alcance de las pruebas; o sobre los efectos que produce la falta de motivación de las providencias. Aclara que quiere magnificar la “Falsa motivación como causal de nulidad”, al tergiversar, distorsionar, adulterar, falsificar o acomodar inexplicablemente el contenido de la prueba, y en este punto asegura que las pruebas testimoniales y la injurada fueron adulteradas, desembocando en falsa motivación, iniciando aquí toda una crítica genérica e incomprensible sobre la prueba testimonial.

Reprocha al Tribunal que a los testigos Prieto, Pabón y Robayo se les compulsaran copias por falso testimonio y que ni siquiera mencione a José Miguel Ruiz y Luis Alberto Cruz Untiango “que dieron por existente la figura del forcejeo”, por ello considera que distorsiona, tergiversa, adultera, falsifica o acomoda ilegalmente la prueba para hacerle producir efectos delictivos a unas deponencias que se habían efectuado bajo la gravedad del juramento no ensayadas ni prefabricadas por terceros y mucho menos por el mismo cautivo.

Lanza expresiones inconclusas como que el sentenciador de segunda instancia sabía que el a-quo “habilidosamente” había colocado a Luis Alberto Cruz del lado de Eduardo López Vacca y de Juan Santos Martínez, y de ello deduce que

nadie podía dudar de la deponencia de Cruz.

Afirma que Ruiz y Cruz estaban diciendo la verdad sobre la existencia del forcejeo, y sin embargo, la sentencia de segunda instancia, calló sobre sus efectos en el contenido de la sentencia.

Sosteniendo que se acomodó ilegalmente la prueba al dejar de confrontar la deponencia de Luis Alberto Cruz con las de Eduardo López Vacca y de Santos Martínez.

Asegura que Cruz desenmascaró a Eduardo López y para ello cita apartes de la declaración de aquél, en donde relata su intervención y la de Juan Martínez en los hechos, pero para nada cita a Eduardo López.

Insiste en decir que el contenido de la declaración de Cruz no se podía separar de la de Eduardo López porque inicialmente fue vinculada al lado de este individuo.

Igual procedimiento asume respecto del testimonio rendido por José Miguel Ruiz, respecto de quien afirma, también desenmascara la fraudulenta deponencia de Eduardo López, porque excluye que PABLO BOHORQUEZ hubiera disparado directamente sobre el cuerpo de Orlando Pérez, en cuanto manifestó que cuando PABLO iba a entrar a la tienda se lo impidieron, lo agarraron y luego se oyó el disparo.

En el acápite relacionado con la incidencia de la falsa motivación en el fallo, vuelve sobre el mismo tema, insistiendo que las irregularidades que afectan el debido proceso consistieron en no confrontar las deponencias de Miguel Ruiz y Luis Cruz con las de Juan Santos Martínez, Eduardo López e Inocencia Pérez, quien, al decir del recurrente, no estuvo en el lugar de los hechos. Así mismo censura que las versiones de los últimos tres testigos mencionados, no hubieran sido confrontadas con las de Nelson Prieto,

Rafael Robayo y Arquimedes Pabón.

El actor toma como base esta supuesta irregularidad para asegurar que “solo se pretendía un efecto: producir injusta sentencia de condena” y un “deliberado propósito de buscar sentencia de condena por parte del Tribunal”. (folio 18 de la demanda).

Asegura que Juan Santos Martínez y Eduardo López Vacca están comprometidos en el momento del disparo, como que según dicen las sumarias, todos tenían el revólver en la mano. Lamenta que no hubieran sido enviados a la División de Balística de Medicina Legal porque en su criterio la prueba de deflagración atómica habría salido positiva.

Como prueba de la distorsión de la prueba el demandante transcribe apartes de la sentencia impugnada que contienen la valoración probatoria referida, que tilda de sospechosos los testimonios de Prieto, Robayo y Pabón, en cuanto afirman que el forcejeo fue concomitante al disparo y que a aquel concurrió Orlando Pérez y en donde concluye que el disparo no fue consecuencia del forzamiento del revólver, sino a la inequívoca acción de Bohórquez de dirigirla y accionarla hacia Pérez. De allí que dispusiera la compulsación de copias en contra de esos testigos.

Protesta el casacionista y toma partido por la versión de los testigos Prieto, Robayo y Pabón, defendiendo la versión que expusieron.

En consecuencia, solicita a la Corte que decrete la nulidad de la actuación desde el cierre de la investigación, ordene la libertad del procesado y devuelva el proceso al funcionario competente. Para señalar las causales de nulidad cita los artículos 304.1.2.3 ; 305; 306 del Código de Procedimiento Penal.

Y agrega que “Para nadie es un secreto que callando sobre algunas

circunstancias y exaltando otras la sentencia atacada necesariamente incurría en falsa motivación de su contenido ... para incrementar la pena o justificar los efectos del atropello : si desde un principio se hubiera adecuado la dirección de conducta o comportamiento hacia el terreno del homicidio culposo ... a la postre el detenido hubiera podido buscar efectos de condena anticipada”.

El cargo remata con este comentario: que la mera cuantificación de la pena acredita la existencia de la causal.

## SEGUNDO CARGO DE NULIDAD.

Aquí se aduce una nulidad por violación del artículo 29 de la Constitución Nacional, porque algunas pruebas fueron “deficiente o inidóneamente practicadas”.

Manifiesta que a PABLO ANTONIO BOHORQUEZ jamás se le quiso enviar a Medicina Legal, “inmediatamente se dice se disparó el proceso” (sic) , solo meses después, contra toda técnica procesal, para simular garantías procesales.

Para desarrollar el tema del CONCEPTO DE LA VIOLACION el actor regresa a la tesis jurisprudencial relacionada con la existencia de nulidades legales y supralegales para ajustarla a la normatividad reciente.

En lo que atañe con la DEMOSTRACION DEL CARGO, parte del precepto constitucional conforme al cual “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, situación en la cual el libelista ubica la circunstancia de enviar tardíamente a Medicina Legal a una persona que meses atrás se encontraba con evidentes signos de “embriaguez o trastorno mental transitorio”.

Cita una sentencia del 31 de julio de 1991 en donde la Sala se refiere al



principio de la investigación integral, respecto a la práctica de un dictamen siquiátrico sin suficientes elementos de juicio, porque se realizó sin el resultado de alcoholemia que se encontraba adosado al expediente. Entonces se pregunta si en esa situación hay un vicio de actividad, por qué en el caso de PABLO ANTONIO BOHORQUEZ no produce los mismos efectos?.

En su SINTESIS DEL CARGO, comenta que la sentencia atacada admite la embriaguez de PABLO ANTONIO BOHORQUEZ para el momento de los hechos y que éste fue remitido “en forma irresponsable” al Departamento de Neurosiquiatría de Medicina Legal, sin los suficientes elementos de juicio, ante la ausencia de la prueba de alcoholemia. Por ello cree que no hay duda sobre la seriedad de los cargos en casación.

Cuando dice referirse a la INCIDENCIA del cargo en la sentencia, el censor reitera que la irregularidad que afecta el debido proceso consistió en no enviar a PABLO ANTONIO BOHORQUEZ a Medicina Legal, al día siguiente de su captura para que examinaran el grado de alcohol. Por ello acusa a la sentencia de “engañar a la Justicia”, engaño que trata de probar, transcribiendo los párrafos que el Tribunal dedicó al análisis de la imputabilidad del acusado.

En conclusión estima que sin examen de alcoholemia, el instructor no podía simular garantías al procesado al enviarlo tardíamente a Medicina Legal, y añade que la misma sentencia reconoce la nulidad, porque admite el avanzado estado de embriaguez del inculpado, pero que para el momento de su envío era imposible detectar el grado de alcohol en sus venas y después se emite el dictamen de siquiatría hablando del avanzado estado de embriaguez en que se encontraba. Luego, pregunta si un siquiatra podrá hacer tal afirmación después de tantos meses de ocurridos los hechos.

Como remate formula petición para que la Corte declare “que se ha enviado extemporáneamente al detenido al departamento de Neurosiquiatría del

Instituto de Medicina Legal – a sabiendas de que con anterioridad se debía haber enviado al examen de Alcoholemia” y en consecuencia que se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación. A la par expresa que como se trata de una sentencia injusta se acoge a lo dispuesto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

### TERCER CARGO DE NULIDAD.

Esta vez el censor acusa la violación del principio de favorabilidad. Este es su planteamiento: “La calificación o denominación jurídica de la infracción (homicidio culposo) fue desechado o excluido para darle paso al homicidio intencional o doloso a sabiendas de que el primero es de mayor riqueza descriptiva”.

Como fundamento legal, el actor cita el artículo 29 de la Constitución y adiciona criterios doctrinales sobre la forma como se consuma la violación al principio de favorabilidad.

En la DEMOSTRACION DEL CARGO argumenta que la división entre nulidades legales y supralegales se mantiene en el ordenamiento procedimental colombiano y que las últimas se presentan cuando se quebranta cualquiera de las garantías del artículo 29 de la Carta no incorporadas en el estatuto ritual. En seguida invoca la legalidad de los delitos y de las penas y el principio de favorabilidad.

Expresa que si la Corte reexamina la sentencia advertirá la obstinación del sentenciador para excluir el homicidio culposo y darle paso al homicidio intencional o doloso, en cuanto afirma que el procesado le disparó directamente a Orlando Pérez, cuando los integrantes del grupo de Eduardo López aceptan que hubo un forcejeo, que la sentencia excluye aduciendo que no quedaron residuos en las manos del occiso, en tanto que calla sobre el hecho de no haber enviado a Medicina Legal a quienes se quedaron con el revólver en la mano.

Inadmite que su defendido haya actuado en el más alto grado de dolo, el cual supone frialdad de cálculo, resolución perseverante, voluntad tranquila de cometer el delito, preparación sistemática y ponderada del hecho, acecho doloso. En este punto y con apoyo en diversos doctrinantes empieza una disertación sobre el dolo de propósito y sus elementos, para descartar su concurrencia en la conducta de PABLO ANTONIO BOHORQUEZ, quien, según lo admite la propia sentencia impugnada, se encontraba embriagado; situación que para el impugnante hace imposible atribuir un delito doloso porque ello significaría “falsear la verdad”.

En sus CONCLUSIONES el casacionista, aclarando que la embriaguez de PABLO ANTONIO BOHORQUEZ no fue preordenada, asegura que la acción ejecutada está inmersa en la hipótesis del homicidio culposo, ante una culpa sin previsión, por ello, dedica otros párrafos a esa especie de culpa, al concepto de “previsión”, que concluyen con la afirmación de que la conducta del procesado se adecúa a ese esquema, por ello estima arbitrario que se hubiera escogido la figura del homicidio doloso que carece de pruebas que lo sustenten y se pregunta por qué se escogió la norma de menor riqueza descriptiva o desfavorable en contra de su cliente.

En el acápite que denomina SINTESIS DEL CARGO el demandante dedica varias páginas a efectuar su propio análisis de la prueba, especialmente la relacionada con los testimonios de Rafael Robayo, Nelson Prieto y Arquimedes Pabón, que fueron descartadas por los juzgadores; por tanto, las conclusiones, son diversas de las contenidas en las sentencias de las instancias, en el sentido de pregonar el fenómeno de la culpa y eliminar el dolo de propósito.

Cuando se supone que va a demostrar la INCIDENCIA de la nulidad en el fallo, el actor formula la petición para que se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto que cerró la investigación y vuelve a censurar al juez plural por no haber analizado las declaraciones a las cuales él se refiere y hasta lo acusa de “injuriar al detenido”.

Así mismo solicita que la Corte declare que "...el proveído de 15 de junio de 1995 ... lejos de tener autoridad para escoger caprichosamente los elementos de tipo ... debe adecuarse a la prueba que legalmente se aporta : abundante material probatorio se ha allegado al proceso sobre los presupuestos básicos que unitariamente integran el criterio o concepto de Homicidio culposo (culpa sin previsión)" y como consecuencia de esa declaratoria se decrete la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación , se ordene la libertad del procesado y el envío del expediente al funcionario competente.

También invoca que sean tenidos en cuenta los artículos 225, 228, 305 y 306 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la permisión de formular cargos excluyentes y en forma subsidiaria.

#### CUARTO CARGO DE NULIDAD.

En este cargo, el demandante impugna la decisión de segundo grado proferida en este proceso, a la sombra de la causal tercera de casación, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, consistentes en un error en la denominación jurídica de la infracción, por cuanto la prueba apuntaba a la demostración de un homicidio culposo y "arbitrariamente" se escogió el homicidio doloso o intencional.

El actor menciona como FUNDAMENTO LEGAL el artículo 304 del estatuto procedimental y luego aduce que el objeto de la relación jurídico procesal queda delimitado definitivamente en los hechos que se incorporan en la resolución de acusación, que son inmutables en el juzgamiento; y que, por el contrario, la calificación jurídica provisional sí es susceptible de ser atacada con el contenido de las sentencias de las instancias.

Para DEMOSTRAR EL CARGO, el demandante se apoya en la jurisprudencia,

según varias sentencias que cita, para afirmar que el error en la denominación jurídica de la infracción, dentro del proceso de adecuación típica al momento de calificar el sumario, se corrige en casación por la vía de la causal tercera. Que bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal anterior, la nulidad surgía por el error en la denominación genérica del hecho punible, pero que, con la providencia del 11 de marzo de 1986, de la cual fue ponente el doctor Luis Enrique Aldana Rozo, se produjo un viraje jurisprudencial de trascendental importancia, en cuanto “la Corte confirmó que la equivocación en la parte motiva del pliego de cargos sobre los tipos básicos o especiales ... constituía nulidad supralegal ... aunque la calificación genérica fuera correcta”.

Alega que se atacó el debido proceso, porque había certeza sobre la existencia de un homicidio culposo que excluía el intencional, y todo el proceso apuntaba a la figura de la culpa sin previsión. Se interroga por qué se habló de fuerza mayor o caso fortuito si concurrían todos los elementos que estructuran la culpa sin previsión.

Con la intención de hacer una SINTESIS DEL CARGO, acusa conjuntamente la resolución de acusación y las sentencias de las dos instancias porque no podían hablar del suficiente grado de certeza de un homicidio doloso, pues el culposo estaba probado por la embriaguez, el forcejeo y la riña casual.

Inesperadamente, se dedica a confrontar la declaración de Eduardo López Vacca con otros elementos de convicción.

Aspirando a señalar la INCIDENCIA DEL ERROR DE CALIFICACION DEL HECHO EN EL CONTENIDO DEL FALLO, el inconforme asume la crítica a la descalificación que hizo el Tribunal de las declaraciones rendidas por Robayo, Prieto y Pabón refiriéndose a ella como simples apreciaciones subjetivas. También censuró la conclusión sobre la no coincidencia del forcejeo con la producción del disparo que mató a Orlando Pérez al

eliminar cualquier otra posibilidad que no fuera el caso fortuito.

Como efecto de sus postulados, el impugnante formula las siguientes peticiones: que se decrete la nulidad de lo actuado desde el cierre de la investigación; se conceda al procesado la libertad provisional; se remita el expediente al funcionario competente; se tengan en cuenta las disposiciones de los artículos 219, 225 y 228 del Código de Procedimiento Penal y el criterio de la Corte expuesto en la providencia del 17 de abril de 1995, M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Además, aclara que si ha hecho referencias tangenciales a aspectos probatorios, ello no significa que esté impugnando la prueba o reabriendo el debate probatorio.

#### QUINTO CARGO DE NULIDAD.-

Con la advertencia de que se trata de un cargo subsidiario, el actor acusa la sentencia de segundo grado proferida en este asunto por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad por la deliberada omisión de pruebas; cuales son: no haber enviado un “verdadero” cuestionario sobre el estado de embriaguez del encausado; no haber enviado al capturado al instituto de Medicina Legal para que se estableciera el grado de alcohol; no haber ordenado la práctica del guantelete a PABLO ANTONIO BOHORQUEZ, Orlando Pérez, Juan Santos Martínez y Luis Alberto Cruz.

Protesta diciendo que no se quiso practicar esas pruebas porque se sabía que cambiarían el rumbo del proceso.

Partiendo del principio de que el derecho de defensa se ejerce probando, el censor acusa la concurrencia de la nulidad legal causada por la inercia y la desidia de los funcionarios al omitir la práctica de pruebas relevantes, definitivas y determinantes para el ejercicio de la defensa y, además, con capacidad de modificar sustancialmente la situación jurídica del inculcado Bohórquez “como quiera que se ha probado hasta la saciedad la fundamental influencia de las pruebas omitidas”, pues si se hubieran

practicado el juicio de responsabilidad habría variado.

Como SINTESIS DEL CARGO, el demandante lanza argumentos de distinta índole, tales como que no se podía cerrar la investigación cuando las evidencias del proceso decían lo contrario: “que en forma deliberada el instructor no había querido practicar las pruebas inherentes al proceso y en la etapa del juzgamiento por desidia se había denegado dicha práctica: el envío del cautivo a Medicina legal...” y alega que no se podía denegar por qué declarantes como José Antonio González Ladino y Nubia Esther Flórez dieron noticia del avanzado estado de embriaguez en que se encontraba PABLO ANTONIO BOHORQUEZ el día de los hechos, quien ni siquiera fue remitido al médico legista del lugar ni al de Bogotá. Agrega que la sentencia acusada tampoco niega el estado de embriaguez.

De igual forma, manifiesta que no se podía denegar el envío de Juan Santos Martínez, Luis Alberto Cruz, PABLO ANTONIO BOHORQUEZ y Eduardo López para que se les practicara examen de deflagración atómica, porque los declarantes que menciona hablaron del forcejeo y de las personas que tenían el revólver en la mano cuando fue disparado.

También censura a la Policía Judicial del lugar por no haberle practicado la prueba de guantelete al occiso.

La omisión probatoria, en sentir del libelista, tiene incidencia en el fallo porque afirma que el disparo que acabo con la vida de Orlando Pérez fue una acción voluntaria de PABLO ANTONIO BOHORQUEZ. En ese aspecto encuentra una contradicción de la sentencia porque deduce que después de quedar libre de la intervención de Martínez y de Ruiz el implicado accionó el arma contra Pérez, aseveraciones que según el recurrente no se podían proferir después de oír a Luis Alberto Cruz, Miguel Ruiz, José Antonio González, a Prieto, Robayo y Pabón.

Las PETICIONES que el demandante formula en este cargo no son diversas de las presentadas en los cargos precedentes. Que mediante auto o sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, se declare que “la omisión deliberada de las pruebas señaladas -por pereza o por desidia (desidia instructiva deficiencia investigativa) – lejos de constituir una mera irregularidad constituye un grave motivo de nulidad”. Como consecuencia solicita se decrete la nulidad de todo lo actuado desde el cierre de la investigación, la libertad del inculpado y la remisión del expediente al funcionario competente y se remite a lo dispuesto por los artículos 219, 225, 228, 305 y 306 del Código de Procedimiento Penal.

#### SEXTO CARGO DE NULIDAD.

También en este reproche, el inconforme acusa la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca dentro del marco de la causal tercera de casación, por falta de defensa técnica para el procesado, por cuanto, el abogado titulado que se posesionó, nunca formuló una petición ante la segunda instancia, no protestó por la omisión de pruebas, a sabiendas de la precariedad del acervo probatorio y nunca orientó la defensa hacia el terreno de la nulidad. Tampoco quiso salir a la defensa de PABLO ANTONIO BOHORQUEZ porque habiendo pruebas por practicar, no las solicitó en la instrucción ni en la etapa del juzgamiento.

En lo que considera que es el “FUNDAMENTO LEGAL” de su pretensión, el reclamante se remite a la jurisprudencia que sobre el tema de las nulidades ha emitido esta Sala, de las cuales aporta una lista con el número del expediente, en algunas la fecha y en una sola, los ponentes.

Para DEMOSTRAR el cargo y con fundamento en la doctrina y en la jurisprudencia, el impugnante teoriza sobre la viabilidad de decretar nulidades parciales, la composición del ejercicio de la defensa que parte tanto del propio procesado como de



su defensor, y las opciones sobre la posibilidad de quebrantar ese derecho no solo por la ausencia de defensa técnica, sino por eventualidades como la negligencia del abogado de confianza.

En la SINTESIS del cargo censura a su antecesor por haber permanecido inerte, sin haber verificado citas; es así como el dictamen neuropsiquiátrico de Medicina Legal se practicó en forma antitécnica y de él no se corrió traslado; sin embargo, el apoderado no impugnó su contenido ni aprovechó la oportunidad que tenía en el juicio hasta antes de concluir la audiencia pública para objetarlo, para pedir su ampliación y aclaración. Por otra parte estima que, conforme lo dispone el artículo 268 del estatuto procedimental, el defensor debió presentar el cuestionario para la experticia. Le endilga no haber impugnado el auto que cerró la investigación, ni pedido pruebas en la etapa probatoria del juzgamiento, ni querido “acreditar” nulidades, ni presentado “tardíos recursos que jamás quiso apelar” (sic). Por todo ello le atribuye desdén, desidia, pereza que se tradujeron en los 306 meses de prisión a los cuales se condenó al procesado.

Por lo demás, estima inaceptable que esa inactividad pueda calificarse como estrategia defensiva, porque el derecho de defensa no se agota con la presencia del profesional en los estrados judiciales, sino que se materializa en hechos concretos, en actos de profesionalidad, y la orfandad de presencia profesional de defensa técnica se convierte en irrevocable causal de nulidad. Reitera que su mandante careció en forma absoluta de defensa durante el sumario y la instrucción, como lo demuestra su condena.

Para explicar la incidencia que la falta de defensa produjo en el fallo atacado, el actor manifiesta que ante la inexistencia de la prueba de absorción atómica y de alcoholemia, el examen psiquiátrico adulteró la verdad al colegir que se trató de una embriaguez simple propia de una persona habituada al consumo de alcohol que no mermó su capacidad de comprensión y autodeterminación. Y, entonces se pregunta si la

justicia podía producir semejante sentencia de condena.

Después de otros comentarios sobre la no demostración de tatuaje en ninguno de los que presenciaron el hecho, formula las mismas peticiones expresadas en los cargos precedentes. Que mediante “auto” que haga tránsito a cosa juzgada material se declare que la sentencia de condena es nula de nulidad absoluta al haberse fundamentado en un proceso cargado de nulidades; que se declare la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, se decrete la libertad del sentenciado y se remita el expediente al funcionario competente. También invoca la aplicación de los artículos 218, 219, 225, 305 y 306 del Código de Procedimiento Penal.

#### SEPTIMO CARGO.

Esta censura se postula al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, esto es, porque la sentencia acusada viola indirectamente la ley sustancial por la comisión de errores de hecho por falsos juicios de identidad y de existencia.

Asegura el impugnante que la sentencia objetada tergiversó inexplicablemente el contenido de los testimonios de José Miguel Ruiz, José Antonio González Ladino, Nelson Prieto, Rafael Robayo Sanabria, Alquimedes Pabón Sierra y Nubia Esther Flórez, porque cuanto les hizo decir cosas “que nunca le dijeron a las sumarias”. Explica que tales declarantes nunca excluyeron el forcejeo ni la riña imprevista, ni el estado de embriaguez y a pesar de ello, inexplicablemente “el proveído que se acusa le dice a la justicia que dolosa e intencionalmente BOHORQUEZ en forma directa había accionado el arma contra el occiso: O mejor: les hace decir que BOHORQUEZ había disparado directamente contra Orlando Pérez...”.

El acápite del CONCEPTO DE LA VIOLACION incluye las opiniones del actor sobre las situaciones que configuran errores de hecho sea por suposición, por pretermisión o por interpretación contraria de su contenido. Entre las hipótesis de error

de hecho por suposición, ejemplifica:

- “Cuando el fallador tiene por probado el homicidio doloso sin que materialmente exista la prueba en el proceso tanto del elemento volitivo como del elemento intelectual que unitariamente integran el concepto de dolo malo o de propósito inexplicablemente aducido...”. Luego se refiere a la diferencia que existe entre el dolo y la culpa.

- “Cuando el fallador tiene por probado el homicidio doloso sin que materialmente exista la prueba en el proceso del conocimiento anticipado del resultado del comportamiento y que forma parte de la descripción legislativa...”.

- “Cuando el fallador tiene por probado el homicidio doloso sin que materialmente exista la prueba del conocimiento de la relación causal...”.

- “Cuando el fallador tiene por probado el homicidio doloso sin que materialmente exista la prueba del conocimiento anticipado de la antijuridicidad de la conducta o comportamiento...”

Como yerro por preterición, el casacionista menciona como hipótesis “cuando se niega la presencia del homicidio culposo reclamado justamente por el cautivo -porque el fallador no ve- y por lo tanto no aprecia en el contenido de la sentencia la prueba idónea de los hechos - que lo estructuran : o altera la existente para restringirle .. ampliarle o cambiarle su contenido o alcance real”.

Resume que el error manifiesto de hecho “consiste en que el fallador haya tenido como probado un hecho (homicidio doloso) por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos (prueba testimonial y pericial) y que demuestra evidentemente que tal hecho dolosamente

prefabricado... no existió: O bien, en que no haya tenido en cuenta la existencia en el proceso – de un medio de prueba que demuestre – evidentemente que ese hecho existió (homicidio culposo)”.

Precisa que la prueba testimonial fue objeto del falso juicio de identidad porque las declaraciones aparecen certificando la existencia de un homicidio doloso cuando su contexto lo excluyen. En este punto, el libelista por enésima vez repite lo que en su criterio logran demostrar y desvirtuar las declaraciones de José Miguel Ruiz, José Antonio González Ladino, Nubia Esther Flórez, Prieto, Robayo y Pabón y el dictamen neuropsiquiátrico; elementos de convicción que desde su óptica consolidan el homicidio culposo. Entonces reitera su ataque diciendo que

“la providencia que se ataca le dice a la justicia que la mencionada prueba proveniente o emanada del Departamento de Neuropsiquiatría de Medicina Legal acreditaba la existencia del homicidio doloso : A sabiendas de que el contenido de la prueba documental se refería al homicidio culposo... el proveído que se acusa le hace decir cosas que no traía en su contenido: Por el hecho de presentar dizque una conducta coherente el día de la entrevista.. dizque el cautivo debe responder por un homicidio doloso : o mejor : dizque por tratarse de una embriaguez simple... propia de una persona habituada al consumo del alcohol... Bohórquez Aguirre dizque debe ser penalmente castigado o responder por el homicidio a título de dolo malo o dolo deliberado”.

El informe denuncia como errores de hecho por falsos juicios de existencia el hecho de que la sentencia recurrida calla sobre el contenido de la declaración de Luis Alberto Cruz y calla sobre el texto de la inspección judicial, los cuales excluyen el homicidio doloso. A ello agrega sus conclusiones, que no son diferentes al discurso que ha repetido a través de toda la demanda, las que extrae de una valoración probatoria muy personal que siempre concluye en la existencia de un homicidio culposo y no

intencional.

Prosigue la censura al ad quem porque sin prueba sobre los elementos del dolo deliberado, sin la prueba del guantelete y sin compulsar copias contra Cruz, Aguirre, González, o Nubia Flórez, encuentra razonable la experticia, de acuerdo a la cual BOHORQUEZ se muestra como una persona que sabía lo que hacía. También critica que se minimizaran los efectos de la prueba de alcoholemia. De lo anterior concluye:

“Podría quedar alguna duda razonable en relación al error manifiesto de hecho por falsos juicios de identidad o falsos juicios de existencia...? si el examen se debía de haber practicado en las horas que siguen a la ingesta... por qué no se hizo...? tendrá la culpa el detenido...? Sin la prueba de la frialdad en el cálculo... sin la prueba de la resolución tranquila y perseverante... sin la prueba de la voluntad evidente de cometer el delito... o sin la prueba de la preparación sistemática del hecho... sin la prueba del conocimiento anticipado de los efectos nocivos de los actos cometidos... se podían excluir los efectos del homicidio culposo en contra del cautivo...?”.

Para terminar, el casacionista pide que se hagan estas declaraciones: “que la prueba de los elementos de la culpa sin previsión por aflorar en el proceso...deben excluir los efectos del homicidio doloso inexplicablemente traídos por el fallador de segunda instancia”. En consecuencia impetra la liberación inmediata e incondicional del sentenciado, que se despachen favorablemente las pretensiones básicas de la demanda y se case la sentencia impugnada.

## CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO

### DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo.

Lo primero que advierte el agente del Ministerio Público en el contenido de la demanda es el desconocimiento del principio de la autonomía de las causales, por cuanto, el primer cargo de nulidad, planteado por falsa motivación, es igual al cargo por violación indirecta por error de hecho por falso juicio de identidad. Situación que también exhiben los cargos tercero y cuarto. De esa manera, al ser presentada una causal y desarrollada otra, el cargo se torna impróspero, por antitécnico.

En opinión del Delegado, en el primer reproche el impugnante plantea errores de procedimiento cuando solamente podrían tener cabida en los errores de juicio, por cuanto lo que el actor demuestra es su inconformidad con el análisis y valoración de los elementos de convicción considerados por los juzgadores para proferir la sentencia condenatoria contra PABLO ANTONIO BOHORQUEZ, al centrar su crítica en la desvaloración de los testimonios incriminadores.

El conceptuante recuerda el principio probatorio de la apreciación racional que rige el sistema procedimental penal, como libertad del juez para otorgar un determinado valor probatorio a cada elemento de convicción dentro del contexto general del acervo probatorio. Y sobre el mismo tema cita un pronunciamiento del Tribunal Supremo de Alemania.

Así mismo, comenta que la prueba que sirve de base a la sentencia no es una o varias sino el resultado del examen de las pruebas en particular y en conjunto, advirtiéndole que, en casación, no basta la censura parcial de un sector de pruebas, sino desvirtuar en toda su extensión el raciocinio judicial porque de subsistir un segmento válido que apoye la conclusión axiológica judicial, no es posible invalidar la sentencia.

Bajo los anteriores parámetros prosigue expresando que en casación no es dable alegar error de valoración en relación con el análisis de la prueba testimonial, porque pertenece a la íntima convicción del juez darle mayor credibilidad a una

o varias pruebas y rechazar otras por ser carentes de veracidad. Agrega que, no prospera la censura por violación indirecta de la ley sustancial cuando el actor no demuestra un error ostensible en la apreciación de los medios de convicción y acude únicamente a su personal estimación de la prueba testimonial, pericial e indiciaria, enfrentándola a la del Tribunal, el cual, en este caso, abundó en referencias sumarias e inferencias lógicas atendibles.

Después de esas alusiones a la técnica casacional, el representante de la sociedad, retoma los hechos juzgados y patrocina las consideraciones del Tribunal, las cuales estima que consultan la realidad jurídica procesal. Rebate al recurrente cuando afirma que al sonar el disparo todos tenían el revólver en la mano. Concluye que en casación es improcedente proponer una valoración diversa.

#### Segundo cargo.

En cuanto a este reproche, el Procurador conceptúa que a pesar de que no se practicó el examen de alcoholemia, que es el reclamo del actor, eso no invalida el dictamen siquiátrico, porque para su emisión, el experto analizó la prueba recaudada, las intervenciones del procesado y el examen personal de éste; de ahí dictaminó su capacidad para determinarse y comprender la ilicitud de su conducta.

Agrega que el estado de embriaguez por sí solo no ocasiona inimputabilidad, salvo trastornos patológicos, de los cuales aquí, no hay evidencia alguna.

Comenta que el censor construye el estado de inimputabilidad de su defendido partiendo de que se omitió valorar su embriaguez y de la ausencia de examen de alcoholemia, porque supuestamente de haberse practicado se habrían obtenido resultados favorables; sin embargo el Ministerio Público advierte que ese es solo un supuesto, en razón de que los resultados también podrían haber sido desfavorables a

tales aspiraciones.

Puntualiza que después de un tiempo de ocurridos los hechos, el examen médico clínico solo puede determinar el grado de alcoholimetría para establecer el estado de ebriedad, según tablas predeterminadas; por tanto la prueba de alcoholemia no afirma la embriaguez, sino el nivel de alcohol en la sangre. Aquella se establece a través de las tablas experimentales.

Para el colaborador de la Sala no hubo tergiversación de la prueba pericial, y como el grado de embriaguez no señala otros factores individualizantes como la tolerancia personal al alcohol, concluye que aún con la alcoholemia, la situación del procesado no hubiera cambiado. Prosigue comentando que el cuerpo elimina el alcohol ingerido en un lapso de 15 a 24 horas; por ello, rechaza la crítica formulada al instructor por no haber querido practicar esas pruebas, puesto que recibió las diligencias, dos días después de ocurridos los hechos y el examen ya resultaba extemporáneo.

En sentir del Delegado, no hubo omisión de los sentenciadores al no ordenar las pruebas sobre embriaguez y alcoholemia porque la evidencia procesal no las hacía exigibles.

Observa que las críticas que el impugnante formula en contra de las conclusiones del Tribunal y del dictamen pericial, estaban dirigidas a obtener que se le reconociera al procesado una inimputabilidad transitoria; no obstante, para el Procurador ese es un problema de criterio jurídico y no probatorio.

Insiste en decir que no existían presupuestos que impusieran allegar las pruebas que el demandante reclama porque el grado de alicoramiento de PABLO ANTONIO BOHORQUEZ no fue determinante para obnubilar su conciencia y voluntad hasta el punto de no tener capacidad para comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión.



En estas condiciones estima inaceptable tanto este cargo como aquel en el cual se reprocha que no se hubiera querido oficiar a Medicina Legal para establecer el grado de alcohol en el cuerpo de PABLO ANTONIO BOHORQUEZ .

#### Tercer y Cuarto cargos.-

La nulidad que el libelista plantea por el desconocimiento del principio de favorabilidad, basada en el hecho de que la conducta hubiera sido calificada como homicidio doloso y no como homicidio culposo, es un planteamiento que para el Procurador, además de antitécnico es desacertado, por cuanto no se puede alegar una errónea calificación a través del principio de favorabilidad, el cual, opera cuando resultan aplicables al caso concreto dos o más leyes que se suceden en el tiempo.

Después de plasmar una serie de criterios respecto de la aplicabilidad de este principio y referirse a la forma en que puede demostrarse el elemento subjetivo en los delitos contra la vida y la integridad personal, el Procurador explica cuáles son los elementos que lo conducen a la convicción de que el homicidio fue voluntario y no culposo. Pero dilucida que este es un problema de valoración probatoria y no una cuestión de derecho, de selección de la norma, como lo afirma el demandante, quien enruta sus argumentos hacia la valoración de la prueba relacionada con el dolo que al error directo de derecho.

Resalta los aspectos que los juzgadores tomaron en consideración para adecuar la conducta del acusado al homicidio simple y como se trata de hechos indicadores debidamente probados que apreciaron razonablemente para inferir la existencia del tipo de homicidio imputado a PABLO ANTONIO BOHORQUEZ, el Delegado solicita a la sala que no case la sentencia atacada, ni por el cargo cuarto que el actor formula por error en la denominación jurídica de la infracción.

#### Quinto Cargo.-

Advierte el representante del Ministerio Público que con anterioridad ya había dado respuesta, en buena parte, a la acusación de nulidad basada en la omisión deliberada de pruebas, referida al envío de un cuestionario sobre la embriaguez del encartado y su no remisión para que se le practicara un examen de alcoholemia.

En cuanto al cargo de negligencia imputado a los funcionarios judiciales por no haber ordenado la prueba de guantelete o de absorción atómica a todas las personas que intentaron desarmar al acusado, incluyendo al occiso, el Procurador no le halla razón al recurrente, porque desde el comienzo de la investigación el hecho se presentó como doloso y por tanto, no resultaba pertinente y conducente esa prueba; pero, si hubiera sido tan importante, pregunta por qué la defensa no la solicitó.

Respecto a otros medios de convicción supuestamente omitidos, el conceptuante expresa que no se trata en sí de medios probatorios, sino de las conclusiones, hipótesis y supuestos del censor, como ocurre sobre la apreciación que él da respecto a los testimonios de Prieto, Robayo y Pabón, afirmando que todos, absolutamente todos tenían las manos en el revólver cuando fue disparado.

No vislumbra que las pruebas a que se refiere el demandante tengan la capacidad de modificar la situación jurídica del sentenciado por cuanto existen otros medios probatorios que sostienen la condena.

Sexto cargo.-

Es el reproche que se formula por la supuesta falta de defensa técnica, a la cual no le hace eco el Delegado, porque encuentra que los defensores que asistieron a Bohórquez, no solo ejercieron una defensa material sino además, técnica, dentro de las posibilidades de la realidad procesal. relaciona esas intervenciones, tales como la petición de pruebas, el escrito introducido a la actuación antes de que se resolviera la situación jurídica del sindicado,, los recursos interpuestos contra la medida de

aseguramiento, la intervención en la inspección judicial, los alegatos precalificatorios, la apelación contra la resolución acusatoria, la solicitud de pruebas en la etapa del juicio, la intervención en la audiencia pública y la apelación del fallo de primera instancia.

Séptimo cargo.

El representante de la sociedad estima que el falso juicio de identidad que se atribuye a la prueba testimonial constituida por las declaraciones de José Miguel Ruiz, José Antonio González Ladino y Nubia Esther Flórez, ya tiene respuesta en el cargo por la nulidad por “falsa motivación de la sentencia”.

Pone de relieve que el actor formula un error de hecho pero critica el análisis y la valoración del acervo probatorio contraponiendo sus propias argumentaciones y deducciones, sin que con ello logre demostrar yerros de ninguna naturaleza, además porque se trata de simples hipótesis carentes de respaldo probatorio.

En cuanto a los falsos juicios de existencia que el actor pregona acusando el desconocimiento de pruebas monumentales sobre el homicidio culposo como la declaración de Luis Alberto Cruz y la inspección judicial, el Delegado lo contradice advirtiéndole que esas pruebas sí fueron tenidas en cuenta, solo que los juzgadores les otorgaron significación con un criterio diverso. Al efecto trae el fragmento de la sentencia en donde se refiere a la inspección judicial y las versiones de diferentes testigos.

Luego recuerda que cuando se invoca un error de hecho manifiesto por falta de apreciación de determinadas pruebas, al actor le corresponde hacer un estudio completo del recaudo probatorio para examinar las probanzas que sí fueron apreciadas y que son el sustento de la sentencia, demostrando su ineficiencia en relación con el fallo. Deber que el impugnante desatendió en este caso, llegando inclusive a formular reparos parciales a la cadena indiciaria de cargo, como ocurrió con la declaración de Luis Alberto Cruz.

En definitiva el agente del Ministerio Público conceptúa que la apreciación probatoria que contiene el fallo impugnado es coherente y concordante para el tema de la sentencia condenatoria, pues fue el conjunto de la prueba indiciaria, entre otras pruebas -los testimonios recepcionados, los documentos, inspección judicial y prueba pericial- en que se apoyaron los juzgadores para formar el convencimiento y no en hechos aislados que impedían la armonía y concordancia probatoria exigible en tratándose de indicios.

Finalmente, el Delegado considera que las censuras resultan inadmisibles y por ello solicita que no se case la sentencia impugnada.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demanda que se examina merece y de sobra las críticas que por su errátil invocación de causales y deficiente desarrollo le endilga la Procuraduría Delegada, según pormenorizadamente pasa a verse:

Primer cargo de nulidad.

Distante de las más elementales nociones del recurso de casación, el actor en este caso decidió atacar el fallo de segundo grado inventando una causal de nulidad: la de la falsa motivación por la tergiversación, distorsión, adulteración, falsificación o acomodamiento inexplicable de la prueba testimonial conformada por la versión del implicado y las declaraciones de Eduardo López Vaca, Juan Santos Martínez, José Antonio González, Luis Alberto Cruz, Nelson Prieto, Rafael Robayo Sierra y Alquimedes Pabón, con lo que en realidad pretende trasladar razones de la causal primera de casación, sin precaver que una y otra tienen distinto origen y estructura y aún conducen a soluciones diferentes.

Para sustentar esta censura, el recurrente rebate las conclusiones fácticas

que los jueces elaboraron en las dos instancias después de cumplir con el análisis del acervo probatorio, porque aspira a que se le dé credibilidad a la versión de los testigos a quienes les fue negada esa veracidad y se le retire a los que la obtuvieron.

De esta manera, lo que el impugnante presenta como reproche es una inconformidad con el análisis probatorio testimonial, totalmente ajena a algún error de actividad, irregularidad sustancial que oscurezca el debido proceso. Por ello, no hay lugar a un pronunciamiento de fondo y el cargo será desestimado, pues resulta totalmente ilógico que la Corte entre a suplir la función evaluadora de las instancias para dilucidar si hubo vicios de procedimiento.

#### Segundo cargo de nulidad.-

El vicio que aquí denuncia el censor se habría consolidado por violación del artículo 29 de la Constitución Nacional por la deficiencia o inidoneidad de algunas de las pruebas recaudadas.

Del marasmo de argumentos que reúne el impugnante, se logra vislumbrar que acusa una violación al principio de la investigación integral porque el procesado fue enviado a Medicina Legal a que le practicaran un examen psiquiátrico, sin que previamente se le hubiera tomado una prueba de alcoholemia, a pesar de que los jueces reconocieron que en el momento de los hechos se encontraba embriagado. Y por su parte, el experto, después de meses de ocurridos los hechos se atreve a decir que el implicado se encontraba embriagado.

Como lo advierte el Procurador, el cargo está basado en el supuesto de que el examen de alcoholemia habría demostrado un estado de inimputabilidad transitoria del procesado en el momento de ejecutar el hecho; sin embargo esa es una hipótesis absolutamente incierta, porque aún conociéndose el grado de embriaguez, no es posible deducir con carácter de necesidad la inimputabilidad. Por otra parte, se observa que el

demandante confunde conceptos como el de embriaguez con el de trastorno mental y con el de inimputabilidad, todos los cuales, bien pueden concurrir, como bien puede suceder que no. Es lo que sucedió en este caso, en el cual se estableció testimonialmente la embriaguez y con base en ese tipo de prueba, que contenía referencias al proceder que asumió el examinado, más la entrevista personal con éste, el perito dictaminó que no se produjo un trastorno mental que hubiera producido un estado de inimputabilidad.

De otra parte, la investigación integral no puede ser entendida ni lo ha sido, como la necesidad de allegar y practicar todas las pruebas que puedan surgir en las mentes de los jueces o los sujetos procesales, sino aquellas que son conducentes y pertinentes a los objetivos de la acción penal, siempre y cuando se encuentren al alcance de los medios que están a disposición del instructor. Lo que parece haber olvidado el demandante, pues en su crítica no toma en cuenta que los hechos ocurrieron en la Inspección de Policía de Santa Cecilia, del municipio de Paratebuena, en donde la instrucción la ejerce, las más de las veces desde su escritorio, un juez promiscuo municipal y no una oficina de la fiscalía con mayores recursos e infraestructura investigativa o con la colaboración de otras entidades especializadas. Por tanto no fue el capricho, ni la desidia ni la negligencia de los funcionarios la causa de que a PABLO ANTONIO BOHORQUEZ no se le hubiera practicado un examen de alcoholemia. Pero, por lo demás, esa omisión tampoco llegó a conculcar el debido proceso, porque no era la única vía para dilucidar si el homicida se encontraba en estado de inimputabilidad; se acudió a otros elementos probatorios y con ellos se logró establecer que nunca perdió su capacidad de comprensión de la ilicitud cometida y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Conviene dejar en claro que en la jurisprudencia citada por el libelista, la situación que se garantizó fue distinta, pues en ella se produjo un dictamen sin tener en cuenta la prueba de alcoholemia que ya se había recaudado, luego, tampoco le es

aplicable una solución igual.

En estas condiciones, el cargo no prospera.

Este reproche se exhibe mal encuadrado dentro de la causal 3ª. De nulidad, pues como el mismo se sustenta en que la sentencia ha debido dictarse por homicidio culposo, y no doloso, era obligatorio para el censor acudir a la causal primera de casación (art.220-1 C.P.P.) concretamente por violación indirecta: indebida aplicación del artículo 323 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 329 ibídem, dadas las consideraciones probatorias efectuadas por el demandante.

No es entonces acertado, reiterarse, la referencia que aquél realiza al principio de favorabilidad, el cual, como se sabe, se remite es a una sucesión de leyes, que es del todo ajena a este caso.

Tercer cargo de nulidad.

Se demanda la no aplicación del principio de favorabilidad, referido a la nominación jurídica asignada a la conducta desplegada por el implicado, calificada como homicidio doloso en lugar de la modalidad culposa.

El principio de favorabilidad atañe al fenómeno de la sucesión de leyes en el tiempo y supone la alternativa de aplicar una u otra. Sin embargo no es esta la pretensión que el actor esgrime a través de este cargo, pues su aspiración es la de modificar la adecuación típica de la conducta, en su aspecto subjetivo, a través de la discusión del mérito probatorio declarado por los sentenciadores. Esto traduce el antitecnicismo en la formulación del cargo, por cuanto el enunciado de la censura es totalmente ajeno a los argumentos que se esbozan para demostrarlo.

Cuarto cargo de nulidad.

Por la vía de la nulidad legal, el casacionista atribuye al sentenciador de segundo grado un error en la denominación jurídica de la infracción, habida cuenta que fue calificada como homicidio doloso cuando debió serlo como homicidio culposo, pues todo el proceso apuntaba a demostrar la presencia de una culpa sin previsión o culpa inconsciente; hipótesis que excluye la fuerza mayor o el caso fortuito.

El error en la denominación jurídica de la infracción cometido en la providencia calificatoria (auto de proceder) era una situación que estaba contemplada como causal de nulidad en el Decreto 409 de 1971 y aun cuando en la legislación vigente ha desaparecido como causal específica de casación, es indudable que mantiene esa capacidad de viciar la actuación por alterar la estructura del proceso. Por ello, su discusión a nivel de esta sede, procede por la causal tercera de casación.

Pero como para demarcar el alcance de este fenómeno procesal no basta con invocar cualquier equivocación de quien acusa, conviene memorar la definición que a través del tiempo ha mantenido la Sala respecto a este fenómeno procesal. Es así como en Sentencia del 17 de octubre de 1977, se dijo:

“La nulidad a que se refiere el numeral 5o. del art. 210 del C. de P.P. consistente en haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, se hace patente en la no coincidencia del caso concreto con la situación de hecho condicionante de la norma sustancial que describe el delito, en su forma general y abstracta. De suerte que el error debe expresar un nomen iuris que no corresponde a la forma delictiva que conforman los hechos probados en el sumario. Nombre jurídico que de acuerdo con el art. 483 del C. de P.P., en la parte resolutive del auto, “...se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título, cuando este no se divida en capítulos como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que



se considere aplicable...". Esto significa que el llamado error de calificación a que se contrae esta nulidad, tiene que recaer sobre la denominación genérica de la infracción, según la ley. Y, a contrario sensu, que no existe nulidad cuando la equivocación versa sobre la especie particular que, dentro del género delictivo, se le señala al ilícito".

Esta interpretación ha sido corroborada en múltiples oportunidades según puede confrontarse en sentencias como las proferidas por esta Sala el 6 de mayo de 1980 (M.P. Dr. Serrano Abadía); 7 de mayo de 1980 (M.P. Dr. Reyes Echandía); 29 de julio de 1982 (M.P. Dr. Fiorillo Porras); 6 de diciembre de 1983 (M.P. Dr. Reyes Echandía); 6 y 22 de noviembre de 1984 (M.P. Dr. Reyes Echandía); 20 de junio de 1989 (M.P. Dr. Martínez Zúñiga).

Y no es cierto, como lo afirma el recurrente, que la sentencia del 11 de marzo de 1986, en la cual intervino como ponente el Honorable Magistrado Aldana Rozo, el criterio jurisprudencial hubiera cambiado, por cuanto la sentencia que él cita decidió sobre la inconsonancia entre la sentencia y el auto de proceder. Y muy al contrario de lo afirmado por el demandante se dejó a salvo la tesis jurisprudencial, cuando en tal oportunidad expresó:

"En este orden de ideas la primera petición formulada en la demanda de casación estaría llamada a prosperar; no obstante, advierte la Sala que en el auto de proceder se incurrió en causal de nulidad que, oficiosamente, debe ser declarada por esta Corporación. No se trata de nulidad legal consagrada en el numeral 5o. del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por error relacionado con la denominación jurídica de la infracción, sino de nulidad de carácter constitucional por violación de formas sustanciales del proceso, originadas en la ausencia de precisión de cargos en el auto de proceder".(Se subraya).

En estas condiciones, el casacionista no podía atacar la forma de culpabilidad que seleccionaron los juzgadores para el delito de homicidio para que se cambiara por otra, por cuanto se trataba de la misma conducta delictiva, caso en el cual no se configura un error en la denominación jurídica de la infracción, susceptible de estructurar una nulidad. Luego, tampoco en este caso la Sala se pronunciara de fondo, y el cargo será desestimado.

Quinto cargo de nulidad.

Esta censura se basa en el reproche por la omisión en la práctica de estas pruebas: un cuestionario sobre el estado de embriaguez de PABLO ANTONIO BOHORQUEZ, la remisión de éste a medicina Legal para que dictaminara el grado de alcoholemia, y el sometimiento a la prueba de absorción atómica del procesado, de Orlando Pérez (occiso), Juan Santos Martínez y Luis Alberto Cruz.

Por limitaciones puramente prácticas en cuanto a infraestructura investigativa y el tiempo del que disponen los instructores para cumplir con el cúmulo de funciones a su cargo, no es arriesgado afirmar que casi ningún proceso llega a recaudar todos los elementos de convicción relacionados con todos los detalles que conforman los objetivos de la acción penal. Tampoco constituye objeto de la instrucción el agotamiento de la prueba, sino el recaudo de la suficiente para tomar la decisión que corresponde. Por ello, la exigencia de la investigación integral no llega a rebasar los linderos de las posibilidades reales de investigación, de conformidad con los datos que ella misma vaya arrojando. De ahí que no cualquier omisión probatoria estructure causal de nulidad, sino aquella que se traduzca en la conculcación de una garantía para un sujeto procesal. Esto ha llevado a la Sala a afirmar que:

“los jueces no están en la obligación de practicar todas las pruebas que pudieran surgir de la investigación, y tampoco ordenar todas las que le sean

solicitadas. El recaudo de cada elemento de convicción, depende fundamentalmente de su conducencia y pertinencia; por ello, en ocasiones, se puede perfectamente omitir la práctica de una prueba si se considera que el hecho cuya demostración se pretende, ya se encuentra suficientemente probado, siendo por tanto superfluo su ordenamiento". (Sent. Agosto 2 de 1995).

De otra parte, es necesario reiterar lo expuesto en el cargo segundo, respecto a las condiciones de precariedad en que se encontraban los investigadores que asumieron las primeras diligencias, dado el lugar en que se cometieron los hechos, lo que impide aceptar las acusaciones que hace el demandante sobre la no voluntariedad de tales funcionarios para recaudar pruebas como la de deflagración atómica o la de alcoholemia; afirmaciones lanzadas a la ligera desconociendo los recursos criminalísticos que pudieran existir en el instante de los hechos y en los momentos subsiguientes y la presencia de peritos que auxiliaran oportunamente a los funcionarios judiciales.

Ahora bien, entre los datos que fueron llegando a la investigación se encuentra el de la embriaguez del implicado; elemento que hizo pensar a los instructores en la posibilidad de un estado de inimputabilidad, por lo que al efecto, la Fiscalía de Cáqueza, tan pronto recibió el diligenciamiento ordenó el examen siquiátrico de PABLO ANTONIO BOHORQUEZ, el cual efectivamente cumplió el Instituto de Medicina Legal en Santafé de Bogotá, agregando el concepto solicitado, sin que se pueda calificar de deficiente solo porque no se envió un cuestionario sobre la embriaguez del procesado, ya que el objetivo era establecer su estado de imputabilidad.

En criterio del censor la práctica de la prueba de deflagración atómica era indispensable, por cuanto los datos procesales indicaban que varias personas tenían la mano en el arma cuando se eliminó a Orlando Pérez. No obstante, olvidó el impugnante que esa circunstancia se conoció a medida que se fueron recaudando las versiones de los testigos presenciales, las cuales no fueron recibidas inmediatamente sino varios días

después, pues el homicidio ocurrió al atardecer del 15 de mayo y las primeras declaraciones se tomaron a partir del día 18; luego, si es verdad que la prueba del guantelete hubiera podido contribuir en algo a establecer cómo ocurrieron los hechos, lo cierto es que ya era tarde para practicarla, sin descontar que se trata de una experticia orientadora pero no concluyente, por lo que su resultado no revela hechos indiscutibles.

Así las cosas, el demandante protesta porque no se allegaron pruebas que no era posible recaudar o que aún si se hubieran allegado no habrían modificado las conclusiones de los sentenciadores; punto que el demandante omitió desarrollar. Es de concluir, entonces, que no se observa ni la conculcación del derecho de defensa, ni el desconocimiento del debido proceso, porque el cargo será desestimado.

Sexto cargo de nulidad.

Esta vez, el libelista acude a la causal tercera de casación para denunciar la falta de defensa técnica, pero bien en esta oportunidad no yerra respecto de la vía apropiada para postular el cargo, tampoco logra demostrar la supuesta situación provocante de nulidad.

La argumentación del recurrente apunta a censurar a sus colegas de defensa por no haberla asumido en la forma en que ahora considera acertado, en lugar de puntualizar aquella inactividad que supuestamente dejó al procesado desprotegido ante la acción del Estado.

Tales críticas no llegan a poner de manifiesto violación alguna al derecho de asistencia jurídica del inculpado, pues cuando no carecen de fundamento, les falta la trascendencia que el inconforme les asigna. Es así como se queja porque quien ejercía la defensa nunca formuló una petición ante la segunda instancia, afirmación que resulta totalmente inadecuada, pues ante el ad-quem se surten recursos, pero no se

despliega una acción investigativa que exija otra clase de actividad, y es obvio que si se surtieron los recursos de apelación de las resoluciones que resolvieron la situación jurídica del sindicado y la calificación del sumario, fue porque estuvieron debida y oportunamente sustentados. El defensor anterior, también sustentó la apelación de la sentencia condenatoria.

Igualmente acusa el censor a sus antecesores porque existiendo pruebas por practicar, no se solicitó en la instrucción ni en la etapa del juzgamiento. Esta imputación es totalmente inexacta, pues desde el alegato previo a la decisión de la situación jurídica del acusado, la defensa sí instó a la práctica de pruebas, aún en la etapa enjuiciatoria, en donde el juez de conocimiento ordenó unas y denegó otras. En estas condiciones no es pertinente ni exacto protestar por la omisión de pruebas, porque con sus pedimentos la defensa venía colaborando con la investigación, y si no reclamó la práctica de los otros medios, es de entender que no los estimaba necesarios.

En cuanto la defensa permaneció inerte y sin haber verificado citas, el actor ni siquiera precisa cuáles eran las que debían ser corroboradas, por tanto, tampoco explica la importancia de lo que esos elementos no allegados hubieran demostrado, ni la trascendencia que hubiera tenido sobre la decisión impugnada.

El demandante señala como falta de defensa no haber impugnado el auto que cerró la investigación, ni orientado la actividad profesional hacia el terreno de la nulidad, cuando es deber ético del abogado el de lealtad con la administración de justicia, por lo que le está vedado a un profesional del derecho utilizar infundadamente o con ánimo dilatorio las vías legales como los recursos y los incidentes. De más está decir que el libelista no explicó por qué el titular de la defensa debió acudir a esos procedimientos y por qué al no hacerlo se violó el derecho de defensa del encausado.

Otra de las fallas que el impugnante atribuye a sus predecesores menciona

que, conforme lo estatuye el art. 268 del C.P.P., pretender que el defensor ha debido presentar el cuestionario para el dictamen neuropsiquiátrico de Medicina Legal, por lo que éste se practicó en forma antitécnica y que de su contenido no se corrió traslado, a pesar de lo cual el apoderado tampoco impugnó su contenido ni aprovechó la oportunidad que tenía en el juicio hasta antes de concluir la audiencia pública para objetarlo, pedir su ampliación y aclaración.

Al respecto conviene tener presente que la formulación de un cuestionario, previo a una experticia, es un punto que depende del criterio del defensor, quien analizará si lo requiere o no. Por tanto, si el ahora impugnante tiene un criterio distinto de quien fungía como defensor cuando se realizaba la experticia, ello no significa ni que el último abandonara sus deberes profesionales ni que por ello se conculcaron los derechos del procesado. Igual argumento debe esgrimirse frente a la tesis de que el examen psiquiátrico se practicó en forma antitécnica, porque si el casacionista basa esa deficiencia en la ausencia del examen de alcoholemia que tanto ha reclamado, pero esa no era la opinión del anterior apoderado, no se vislumbra una transgresión al derecho de defensa del implicado. Simplemente se trata de tácticas defensivas diferentes, pero jamás de ausencia de defensa.

Ninguna solución distinta le cabe al reparo por la ausencia de traslado del dictamen, pues, además de no constituir una irregularidad que produzca vicio de nulidad, se trata de una actividad ejercida a discreción de quien esté apoderando los intereses del procesado; perjuicio que en este caso no se vislumbra por parte alguna.

Así las cosas, tampoco este cargo está llamado a prosperar.

Séptimo cargo.

El casacionista demanda la sentencia que en este proceso profirió el

Tribunal Superior de Cundinamarca por la causal primera, esto es por la violación indirecta de la ley sustancial, mediante la comisión de errores de hecho por falsos juicio de identidad y de existencia.

Los primeros los deduce de la tergiversación de la prueba testimonial, en cuanto, supuestamente a algunos declarantes se les hizo decir lo que no afirmaron en el proceso. Sin embargo, cuando entra a explicar la hipótesis de error, el actor no desentraña una traición cometida por el sentenciador con respecto al contenido de cada una de las versiones que cita, sino que él mismo las interpreta y luego las confronta con las conclusiones del sentenciador.

Obsérvese cómo afirma que José Miguel Ruiz, José Antonio González Ladino, Nelson Prieto, Rafael Robayo, Alquimedes Pabón y Nubia Esther Flórez nunca excluyeron el forcejeo, la riña imprevista, ni el estado de embriaguez y que a pesar de ello, el juzgador les hace decir que Bohórquez disparó directamente contra Orlando Pérez.

Evidentemente es un argumento que no corresponde al tipo de error que se pregona por cuanto, el falso juicio de identidad se estructura al modificar el contenido de la prueba; si es un testimonio, ocurre cuando se atribuye al declarante una afirmación que él no emitió o un sentido diverso al de la verdadera manifestación expresada. No es lo que manifiesta el casacionista, quien ve distorsión entre la deducción que él mismo extrae de varias versiones sobre la concurrencia de ciertas incidencias que rodearon la ejecución del hecho y la conclusión judicial según la cual el procesado disparó directamente hacia la víctima.

En consecuencia, es manifiesto que la inconformidad se centra en el análisis probatorio cumplido en las instancias, porque las conclusiones de los funcionarios no concuerdan con sus propias hipótesis; método inhábil para formular un

cargo en esta sede, por cuanto el resultado de la valoración de los elementos de convicción, no es forzado; por el contrario, surge de apreciación racional, pero personal que construye el administrador de justicia, sin que de esa decantación mental se derive una transgresión a la normatividad. Por lo demás, si existiera una base normativa susceptible de ser transgredida, que no es el caso de nuestra legislación, esa disonancia correspondería a un error de derecho por falso juicio de convicción.

La misma falla técnica comete el recurrente cuando pretende presentar el falso juicio de identidad cometido con el dictamen siquiátrico, porque intenta demostrarlo censurando las conclusiones que de él obtuvo el juez, en contra de lo que la defensa hubiera querido que se concluyera, esto es que el delito cometido fue un homicidio culposo y no doloso.

Finalmente, el censor acusa al sentenciador de segundo grado por el error de hecho por falso juicio de existencia que para él se estructuró porque calló sobre la declaración de Luis Alberto Cruz y el texto de la inspección judicial que excluyen el homicidio doloso. Y también porque encontró razonable la experticia de Medicina Legal que señaló a PABLO ANTONIO BOHORQUEZ como persona que sabía lo que hacía, a pesar de que no había prueba de los elementos del dolo, ni prueba de guantelete y que no se ordenó compulsar copias contra los testigos Cruz, Aguirre, González, o Nubia Flórez.

La sola presentación del reproche, deja al descubierto que el demandante volvió a incurrir en la equivocación de intentar la demostración de falsos juicios de existencia con base en criterios personales de valoración probatoria, pues en ningún momento llegó a establecer que el sentenciador ignoró alguna prueba obrante en el proceso que, de haber sido evaluada, habría cambiado la fundamentación de la condena, como era deber del casacionista.



Antes de concluir este pronunciamiento la Sala considera necesario advertir que una demanda de casación, verdaderamente jurídica, no contiene más que lo que se requiere para demostrar la causal que se alega. Todos los comentarios marginales, los sarcasmos, las glosas a jurisprudencias impertinentes al caso planteado, la transcripción de piezas procesales no objetadas, las censuras a providencias no involucradas en la incursión del error denunciado, son un remanente inútil. Una demanda seria debe referirse, concreta, estricta y fundadamente a la causal que se invoca y se trata de demostrar, porque así lo exige la ley en el artículo 225 del C.P.P..

Lejos de concretarse a la causal y el motivo demandados, aquí el censor se pierde en afirmaciones cuando no indefinidas, muy alejado del contenido del proceso, y como en ello abandona lo que constituía su deber de censurar, es claro que, los cargos no prosperan.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

No hay firma

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

YESID RAMIREZ BASTIDAS

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria