

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

Aprobado Acta No. 23

Santafé de Bogotá, D.C., marzo Tres (3) de mil novecientos noventa y nueve. (1.999).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Luis Orlando Gutiérrez, contra la sentencia proferida el 5 de septiembre de 1.997 por el Tribunal Superior de Villavicencio, mediante la cual confirmó la que anticipadamente dictó el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, condenándolo a la pena principal 19 años y 4 meses de prisión, como autor de los delitos de homicidio y acceso carnal violento.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Estos tuvieron ocurrencia en la finca El Mantecal del Municipio de Puerto Carreño, Vichada, cuando el promediar las ocho de la noche del día 5 de diciembre de 1.993, Luis Orlando Gutiérrez, quien desde hacia 18 años convivía con la señora Paula Matilde Franco viuda de Díaz, habiéndose distanciado unos dos meses antes por desavenencias con los hijos de ésta, volvió a visitarla con el fin de reclamarle sobre las supuestas brujerías que creía le estaba haciendo para que no tuviera nuevas relaciones con otras mujeres, entabándose en un elemental cruce de palabras que inesperadamente interrumpió al coger la escopeta calibre 20 de propiedad de aquella, y que comúnmente permanecía en

esa residencia, para cargarla y dispararle a la altura del hemicráneo derecho, a consecuencia de cuya lesión falleció en el hospital San José de Bogotá el 14 del mismo mes y año, a donde fue trasladada de urgencia.

Como esa noche la señora Paula Matilde estaba acompañada de su nieta de 15 años de edad, Querly Johana Díaz Rojas, quien presenció todo lo sucedido, sin escrúpulo alguno, el ahora procesado, obligó con dicha arma a la menor a que se desnudara accediéndola carnalmente, además de someterla durante toda esa noche a múltiples y anormales prácticas sexuales, amenazándola con quitarle la vida si daba cuenta de lo sucedido a las autoridades.

Finalmente, y cuando promediaban las cuatro y media de la mañana, luego de pisotear el cuerpo moribundo de su amante clamando porque se muriera pronto, abandonó el lugar el hoy procesado para dirigirse hasta donde un hermano y presentarse ante las autoridades del DAS de dicha localidad manifestando que “a eso de las 9 de la noche (del día anterior) le pegó un tiro en la cabeza a la señora MATILDE FRANCO con una escopeta calibre 20”, siendo inmediatamente privado de la libertad. Entre tanto, a las cinco de la madrugada, salió Querly Johana a avisar lo ocurrido a una vecina y luego a su familia, quienes acudieron a prestarle los primeros auxilios a Paula Matilde, pues aún daba señales de vida.

Recepcionada el mismo día versión libre al aprehendido, asistido por un ciudadano honorable, reconoció ante los funcionarios del DAS ser el autor del referido disparo a su amante, por cuanto al hacerle “una pregunta sobre algo que yo tenía que preguntarle a ella, entonces ella me contestó que ella no había hecho eso, pero que ahora si iba a saber quién era ella”, motivo por el cual, “me dio ira y fue cuando hice el tiro, ella cayó al suelo y yo me acosté a dormir” porque estaba embriagado; asimismo, se le recibió a la menor Querly Johana declaración, sindicando directamente a Luis Orlando Gutiérrez como la persona que acababa de dispararle en la cabeza a su abuelita, haciendo claridad en el

sentido de que realmente no existió discusión alguna entre este individuo y doña Paula Matilde, sino que al entrar y manifestarle: “nosotros no hemos terminado de hablar”, requiriéndola para que saliera de la habitación y responderle ésta que mejor hablaran allí, sin ningún otro intercambio de palabras se dirigió a tomar la referida escopeta disparándole mientras le decía que “hasta aquí llega lo de nosotros dos”, haciendo caso omiso a las súplicas de la menor para que no la matara, dándole patadas al cuerpo moribundo mientras clamaba porque “se muriera rápido”, procediendo, acto seguido y sin el menor escrúpulo, a amenazar a la menor con la misma arma para que se desvistiera, sometiéndole toda la noche a cuanta clase de aberraciones sexuales se le ocurrió, accediéndola carnalmente.

Iniciada la investigación por la Fiscalía Treinta y Uno de la Unidad de Fiscalía de Puerto Carreño el 6 de diciembre de 1.993, una vez se allegó la pericia médico legal dispuesta para probar la materialidad del acceso carnal violento al que fue sometida Querly Johana Díaz Rojas, en el que además se dio cuenta del maltrato físico al que fue sometida y de la crisis depresiva en que se encontraba, que sería necesario manejar con “tratamiento psicológico”, al igual que el correspondiente registro civil en el que consta que esta menor nació el 17 de febrero de 1.978, se recepcionó la consiguiente indagatoria al imputado, en la cual se mantuvo esencialmente en su versión inicial, al igual que lo hizo la ofendida sexualmente en el testimonio recibido por la Fiscalía, resolviéndosele la situación con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin excarcelación como presunto autor de los delitos de homicidio y acceso carnal violento.

Recibidas las declaraciones de los agentes del DAS que conocieron de los hechos y de las demás personas que, en una u otra forma tuvieron relación con los mismos, como la dueña de la tienda donde dijo el sindicado había ingerido licor, quien confirmó la versión, pero aclarando que no lo notó embriagado, al igual que lo corroboró el amigo que estaba con él, se continuó con la investigación, solicitando el inculcado ampliación de indagatoria “con el fin de aportar nuevos hechos de vital importancia para la investigación”, a lo que se

accedió librándose el correspondiente despacho comisorio a las fiscalías de Villavicencio sin que obre su diligenciamiento en el proceso, no obstante que al haber insistido el instructor en su respuesta se informó su oportuna devolución.

En este estado el instructivo, impetró el sindicado, mediante escrito, el proferimiento de sentencia anticipada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, a lo cual se accedió designándole defensor de oficio para la diligencia de formulación y aceptación de cargos que se llevó a efecto el 7 de marzo de 1.994, imputándole el Fiscal los mismos delitos atribuidos en la resolución definitiva de la situación jurídica, esto es, el homicidio simple previsto en el artículo 323 del Código Penal, modificado por la Ley 40 de 1.993, suprimiéndole la agravante del numeral 7º. del artículo 324 del mismo Estatuto por considerar que no concurría el aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima y sí la circunstancia genérica de agravación punitiva del numeral 2º del artículo 66 “por las relaciones sociales y de familia existentes entre el homicida y la occisa”, al igual que la del numeral 3º de la misma norma por “permitir los padecimientos de la víctima quien duró en estado agónico desde el momento que la impactó hasta las horas de la madrugada mientras que el homicida se dedicaba, prácticamente encima de ella, a ultrajar sexualmente a la menor Querly Johana Díaz Rojas, indicando una mayor insensibilidad moral, lo mismo que observar con posterioridad al hecho una conducta que indica mayor perversidad”, en concurso con el de acceso carnal violento descrito y punido por el artículo 298 del Código Penal agravado por el artículo 306, a los que el proceso manifestó su aceptación plena, manifestando el personero y defensor que nada tenían que objetar al respecto.

Pasado el diligenciamiento al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Villavicencio para el proferimiento del fallo respectivo, éste funcionario decidió no acoger la acusación en cuanto se refiere al delito de homicidio por considerar que concurría la agravante del numeral 7º del artículo 324 del Código Penal, haciéndolo únicamente por el delito de acceso carnal violento, siendo apelado por el Fiscal y el defensor con el fin de que el

Tribunal dispusiera que el a quo dictara sentencia igualmente por el delito de homicidio en los términos de la acusación, a lo cual se accedió, dictándose la ya reseñada sentencia de primer grado, también apelada, esta vez por el propio procesado, para que aplicándose correctamente los artículos 64 y 67 del Código Penal se le reconocieran “las circunstancias de atenuación de los numerales 1º, 3º, 6º Y 8º del C.P. aplicables al caso”, al igual que su confesión sobre el homicidio, pues “no sólo opté por avisar sino que a la vez, en forma muy clara y sincera me atribuí toda la responsabilidad que conlleva las dos infracciones desde su misma consumación”.

Discrepando el Tribunal de las aspiraciones del procesado, confirmó el fallo de primer grado, enfatizando la improcedencia de la reducción punitiva del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 38 de la Ley 81 de 1.993, “porque no fue su versión fundamento de la sentencia, pues basta examinar su contenido para concluir que ella no comporta una asunción plena de su responsabilidad frente a los ilícitos cometidos pues en relación con el homicidio de quien fuera su compañera marital Paula Matilde Franco vda. de Díaz quiso hacer creer a la justicia que al momento de su ejecución se encontraba embriagado, cuando sus compañeros de juerga lo desmienten al señalar que si bien ingirió licor sus condiciones eran normales para el momento del delito y por tanto pudo determinarse y comprender la ilicitud de su comportamiento, no obstante ello quiso sustraerse a su responsabilidad planteando los hechos de esa manera, y en cuanto al acceso carnal violento realizado en la menor Querly Johana Díaz Rojas al ser indagado sobre el particular manifestó no recordar haber obrado así, lo que contrasta con la imputación surgida respecto del agravio contra la libertad y el pudor sexuales, quien además expresó que su agresor estaba en pleno uso de sus facultades mentales. Luego si no existió un verdadero ánimo en el procesado de contribuir a la administración de justicia en el esclarecimiento de los hechos, sino por el contrario intentó confundir su labor, lo que implicó mayor esfuerzo en la investigación surgiendo en su transcurso pruebas concretas directas y evidentes de su responsabilidad penal, mal

podría entonces ser premiado con una importante rebaja de pena como la que otorga la figura de la confesión cuando no se cumplen las condiciones exigidas para que opere con la trascendencia que se persigue.”.

Designado un defensor público para que sustentara el recurso extraordinario que el procesado interpuso contra la sentencia del ad quem, así ha procedido mediante la presentación de la demanda que ahora decide la Corte.

#### LA DEMANDA:

Con amparo en las causales tercera y primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, tres cargos dice formular el demandante contra la sentencia de segunda instancia objeto de esta impugnación extraordinaria, presentando el primero por nulidad originada en desconocimiento al debido proceso y al derecho de defensa, el segundo como subsidiario del anterior, que dice es el principal, también lo hace por nulidad por violación al derecho de defensa, y el tercero, subsidiario de los anteriores, por violación directa de la ley sustancial.

Las dos primeras censuras sustentadas en la causal tercera de casación, inusitadamente las presenta el demandante como cargos separados, pues corresponden exactamente al mismo texto, denotándose como única diferencia literal los derechos violados en el sentido de que mientras en el primer cargo manifiesta que se vulneró el debido proceso y el derecho a la defensa, en el segundo, solo refiere éste último, lo cual desde luego en ninguna forma lo convierte en un reproche independiente; de ahí que sin hesitación alguna deba colegirse, que sólo se trata de dos cargos, resultando, por tanto, verdaderamente inoficioso resumir doble vez el mismo texto.

#### Primer cargo

Para el censor el Tribunal “ha violentado el debido proceso, desconociéndose en perjuicio

de mí representado el derecho a la defensa y de contera el contenido del artículo 29 de la Carta Política Nacional en armonía con el artículo primero del Código de Procedimiento Penal” y el numeral 3º del artículo 304 de este último Estatuto.

Estos derechos los estima violados, por cuanto al entonces imputado, Luis Orlando Gutiérrez, se lo indagó por un delito de lesiones personales, “por decirlo de alguna forma”, pues no se sabe de qué se lo acusaba en cuanto se refiere a la agresión causada a la señora Matilde Franco viuda de Díaz, ya que si los hechos sucedieron el 6 de diciembre de 1.993, es lo cierto que para ese día aún no había fallecido, pues al ser traída a Bogotá fue en esta ciudad donde murió, allegándose el protocolo de necropsia al expediente sólo hasta el 3 de agosto de 1.994, razón por la cual no existía prueba en el proceso como para que se lo hubiese interrogado por el delito de homicidio.

En estas condiciones, estima el censor que se desconoció el debido proceso y el derecho de defensa, por cuanto el Fiscal omitió interrogar en la diligencia de indagatoria a su defendido en la forma como lo dispone la Ley Procesal Penal para que pudiese ejercer a plenitud el derecho a defenderse.

Trastocada, así, la carga de la prueba, desconocido el principio de investigación integral y originando lo que el demandante califica de “un caos procesal”, pues no se sabe qué podrá suceder en la hipótesis de que la hoy occisa pudiese estar viva una vez proferida la sentencia por homicidio, ejemplo éste que considera oportuno traerlo a colación para evidenciar la razón que le asiste en su reclamo, estima que es necesario se estudie la naturaleza, contenido y efectos de la indagatoria, pues, si bien es cierto que corresponde a un tema “poco o nada estudiado entre nosotros”, ello no impide que se haga en este caso y se decrete la nulidad que impetra.

Este vicio, agrega, se torna más trascendente cuando se observa que se incurrió en otra irregularidad sustancial en el proceso al no haberse practicado un examen psiquiátrico al

incriminado, ya que si bien recordó lo sucedido respecto al homicidio, no ocurrió lo propio con el acceso carnal violento de que fue víctima la nieta de la hoy occisa, y este hecho unido al estado de embriaguez en que dijo en su injurada se encontraba esa noche, hasta el punto que una vez disparó la escopeta se acostó a dormir, de suyo imponían establecer si se trataba de un inimputable.

En estas condiciones, y siendo que la aceptación de los cargos que le fueran formulados a su defendido en la diligencia previa al proferimiento de la sentencia anticipada no puede convalidar la irregularidad en que incurrió el Fiscal instructor al recepcionar la indagatoria, para que aún habiéndose desconocido las referidas garantías fundamentales necesariamente tuviese que fallarse, solicita de la Corte, se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que resolvió la situación jurídica y se conceda al procesado "la libertad provisional conforme a lo normado en el numeral 4 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal", aplicándose previamente la excepción de inconstitucionalidad respecto del numeral 4º del artículo 37B del referido Estatuto por desconocer el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 4º de la Carta Política, pues precisamente por la limitación del ad quem para que solo se pueda pronunciar sobre los temas allí regulados, no lo hizo en relación con la inimputabilidad del procesado, como el caso se lo imponía.

#### Segundo cargo

Con fundamento en la causal primera de casación por vía de la violación directa acusa el demandante la sentencia del Tribunal, por haberse incurrido en ella en "indebida aplicación del artículo 323 del Código Penal, lo cual condujo a dejar de aplicar el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 60 y los numerales 1, 3, 7 y 8 del artículo 64 del Código Penal".

Para el censor, el ad quem no tuvo en cuenta que el original artículo 299 en cita fue

derogado por el artículo 38 de la Ley 81 de 1.993, y que por tanto, la exigencia que hacía aquella disposición en el sentido de condicionar la aplicación de esta reducción punitiva a la no captura en situación de flagrancia y al hecho de que la confesión hubiese sido fundamento de la sentencia, ya no operan en esta forma concurrente, sino que solo se puede negar por la flagrancia, pero ya no exige la Ley Procesal una tal motivación en el fallo.

Así, al estar probado en el proceso que Luis Orlando Gutiérrez una vez realizó la conducta homicida se presentó ante las autoridades del DAS y puso en conocimiento los hechos reconociendo su autoría, en forma igual a la que hizo cuando rindió la indagatoria, no es posible afirmar que no exista confesión ni que haya sido capturado en flagrancia, ni desconocer la autoacusación para uno de los delitos imputados porque no recordó lo relacionado con el acceso carnal violento, pues por el contrario, este hecho unido a la situación sentimental que atravezaba el sindicado implican considerar que le “pudieron causar un verdadero trastorno en su actividad psíquica” entendido como una alteración que le originó un estado de ira que se impone reconocerle de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal.

Por tanto, solicita se case parcialmente la sentencia recurrida “reduciendo la pena impuesta a mí representando conforme a lo establecido en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo establecido en el artículo 64 del Código Penal y los numerales 1, 3, 7 y 8 de la misma obra, concediendo en su beneficio la ejecución condicional de la penal, pues la misma no excede de cuatro años”.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL:

Primer cargo

Unificando los dos primeros cargos por nulidad, quizá entendiéndolo, como en efecto sucede, que se trata de uno solo, y habida cuenta de que bajo este contexto la censura

se contrae a un presunta vulneración al debido proceso y al derecho de defensa por no haberse interrogado al imputado por el delito de homicidio, inicia el Representante del Ministerio Público por precisar cómo el hecho de que la indagatoria constituya un medio de defensa no está significando que las explicaciones requeridas para cumplir con ese fin lo sean respecto de un determinado tipo penal, que deba precisarse hasta con las más estrictas exigencias técnicas de la dogmática, pues ese no es su objeto, siendo lo requerido por la Ley Procesal Penal que el interrogatorio se contraiga a los hechos objeto de la investigación, pues es respecto de ellos que el Estado reclama la consiguiente versión por quien en principio es sujeto de la atribuibilidad penal.

Bajo este supuesto, observa el Delegado cómo en este caso no se han vulnerado los derechos referidos por el censor, habida cuenta que al inculcado se lo interrogó sobre lo sucedido la noche de los hechos, habiendo confesado que fue él quien disparó la escopeta contra su amante, y esto se hizo precisándole las circunstancias de que daba cuenta la investigación, cumpliéndose en esta forma con la exigencia legal para esos efectos, sin que pueda afirmarse que por no haberse utilizado la expresión homicidio se vulnerara el derecho que le asistía al indagado para defenderse, ni menos que así haya sucedido porque hasta ese momento la víctima aún estaba con vida, pues esa fue la acción homicida y por ella se interrogó.

Además, agrega el Procurador, que esto resulta tan cierto que el demandante se ve en la necesidad de desconocer la realidad del interrogatorio propuesto por el fiscal instructor en la injurada para sustentar el cargo, ya que no es verdad que al procesado se le hubiese indagado por el delito de lesiones personales, siendo cosa distinta que se le preguntare por la conducta objeto de la imputación, y que hoy la occisa hubiese quedado con vida después del disparo, pues fue esa acción la que causó la muerte de doña Paula Matilde y de la cual debía responder y brindar una explicación el imputado.

De otra parte, explica, que si bien la historia clínica de la víctima y el acta de necropsia

se allegaron al proceso después de la indagatoria y antes de resolverse la situación jurídica al sindicado, no se imponía su ampliación, ya que lo necesario era interrogarlo sobre la acción y no respecto del resultado, y ello ya se había cumplido, más aún cuando ninguna duda existe respecto a que la señora Paula Matilde Franco viuda de Díaz murió como consecuencia única del disparo propinado por Luis Orlando Gutiérrez, quien terminó aceptando los cargos que le fueron formulados al proferírsele la medida de aseguramiento, admitiendo como suya la acción a la que se contrajo el interrogatorio formulado por el fiscal en la injurada, con lo cual queda demostrado que en ninguna forma fue sorprendido con el hecho objeto de la sindicación, que ya en el juicio jurídico vino a tipificarse como homicidio.

Desde otro ángulo y como el censor también se refiere en este cargo a una presunta nulidad por no haberse practicado dictamen psiquiátrico al procesado a pesar de que éste afirmase en su indagatoria que se encontraba embriagado, precisa el Delegado cómo esta prueba se tornaba innecesaria, pues habría que justificarla únicamente respecto al delito de acceso carnal violento, ya que el homicidio lo confesó y manifestó haberle realizado esta conducta con lucidez mental, y en estas condiciones es claro el proceso en el sentido de que el hecho de no haber reconocido su autoría y por el contrario negarla, no se debió a ningún trastorno mental sino a una posición defensiva, de suyo respetable.

En punto de la inusitada aplicación de la excepción de inconstitucionalidad que solicita el libelista respecto del numeral 4º. del artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal, explica el Delegado con apoyo en un fallo de la Corte Constitucional sobre el contenido y alcance del derecho a la igualdad, cómo en este caso no procede, “porque se presentan situaciones de hecho diferentes a las que les corresponden consecuencias jurídicas diferentes”.

En este mismo cargo y no obstante que el demandante se refiere a la ira en el que sería el segundo, el Procurador Delegado lo aprovecha para ocuparse de él, desechando la censura, por cuanto, de una parte, no era posible exigir que se ahondara investigativamente sobre una tal disminuyente punitiva si se tiene en cuenta que nunca fue alegada y de otra, porque la actitud de la víctima no tenía la entidad de constituir un comportamiento injusto, y por ende, no podía exigírsele al juzgador un pronunciamiento al respecto.

En estas condiciones, solicita de la Corte, se rechace este cargo.

#### Segundo cargo

En cuanto se refiere a esta segunda censura, que como se vio, el demandante la presenta como tercera, reprocha el Delegado su formulación, haciendo ver que si se estima correctamente aplicado el artículo 323 del Código Penal no puede afirmarse una falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal por indebida aplicación de aquél, más aún, cuando esta última norma sí fue aplicada por el Tribunal, razón por la que ha debido dirigirse el ataque por errónea interpretación de la norma que consagra la rebaja punitiva por confesión.

De todas formas, y bajo el entendido que la censura se orienta a cuestionar la no aplicación del referido artículo 299 de la Ley Procesal, observa cómo en este caso la situación de flagrancia no permitía su reconocimiento, pues si bien el procesado no fue capturado al momento en que cometía los delitos objeto de reproche, es lo cierto que fue sorprendido cuando ejecutaba estas conductas, siendo individualizado e identificado como su autor por la menor Querly Johana Díaz Rojas, motivo por el cual, le es atribuible la situación de flagrancia necesaria para no beneficiarlo con dicha rebaja de pena, pues una tal concepción corresponde a la exigida por el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto, al igual que en el cargo anterior, también solicita de la Corte su rechazo.

#### CONSIDERACIONES:

##### Primer cargo

1. Como se precisó en el acápite correspondiente a la demanda, e igualmente lo hace el señor Procurador Delegado en su concepto, es un solo cargo el que propone el demandante en los que él inexplicablemente separa como primero y segundo, como que es la misma causal la escogida para sustentar las censuras, la de nulidad, idénticos derechos son los que considera vulnerados por el Tribuna, debido proceso y defensa, como igual la argumentación que presenta para demostrar uno y otro, por lo que pareciera que el censor cree, desconociendo la independencia de los cargos, que al repetirlos tiene mayor posibilidad de éxito, lo cual por supuesto sólo puede comprenderse como una aguda confusión conceptual sobre este extraordinario recurso, siendo lo procedente, en consecuencia, estudiarlos como uno solo, como en efecto se hará.
2. Con esta claridad, se tiene que el reproche amparado en la causal tercera por atribuirle a la sentencia de segunda instancia un vicio de nulidad al haberse proferido en un proceso ilegal y violándose el derecho de defensa del sindicado, incuestionablemente está llamado a su improsperidad, no sólo por la falta de claridad y precisión fácilmente observable en la ya anotada confusión al formular doblemente el mismo cargo, sino porque ella se torna más evidente cuando con pleno desconocimiento de la independencia de las censuras ha recurrido a entremezclar dos motivos que carecen de relación intrínseca, tanto en su naturaleza jurídica como en sus efectos y por tanto, en sus contenidos, pues el pretendido yerro en el interrogatorio formulado a su defendido en la diligencia de indagatoria ninguna relación tiene con la falta de la prueba psiquiátrica que también argumenta como vicio procesal,

incurriendo, no obstante, por esta forma de demostrar el cargo en una curiosa contradicción, como es que si la injurada está viciada de nulidad no parece lo lógico ni jurídico que, acto seguido, y en el mismo cargo, se dé por válida para reclamar dicha prueba científica, ya que para que pudiere practicarse necesariamente el sindicado debe estar legalmente vinculado al proceso, esto es, que la indagatoria debería tener plena validez.

3. No le interesa, por tanto al casacionista, que el proceso pudiese estar afectado de nulidad, lo que le importa en verdad es que en alguna forma su defendido pueda obtener la libertad, y éste, desde luego, no es el fin de este recurso extraordinario, que exige precisión en el objeto de la censura para reclamar su legalidad, para lo cual es imperativo su demostración respetando la exigencia propia del recurso, que precisamente por su carácter extraordinario implica el ceñimiento a los parámetros que la misma Ley de Procedimiento determina y que la jurisprudencia de la Corte ha desarrollado. Por tanto, no se trata ni de crear idealísticamente un yerro in iudicando o un vicio in procedendo, sino que realmente exista en el proceso; de ahí que la función de la Corte sea esencialmente la de declararlo si considera que la argumentación propuesta en efecto logra demostrarlo, imponiéndose recuperar la legalidad del proceso en toda su dimensión.

4. Aquí, deja de lado el actor estas exigencias acudiendo a una formulación libre del ataque dentro de la cual se hacen más ostensibles las irregularidades que argüye, máxime cuando actúa no en calidad de defensor de confianza del procesado sino contratado por la Defensoría Pública para presentar esta demanda, lo que en todo caso le impone a la Sala dejar en claro que estos pretendidos vicios procesales no concurren, tal y como en forma acertada lo colige el Procurador Delegado.

En efecto, nuestra Ley de Procedimiento Penal no exige que al imputado se lo interrogue en términos técnicos de la dogmática jurídica ni siquiera por el *nomem juris*

de la conducta que se le atribuya y respecto de la cual el Estado espera una explicación para el esclarecimiento de los hechos en desarrollo de la garantía del pleno ejercicio de la defensa, sino que como lo dispone en el artículo 360, una vez cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 369, “el funcionario judicial interrogará al imputado en relación con los hechos que originaron su vinculación”, esto es, sobre lo sucedido, sobre lo fáctico, valga decir, lo que él hizo, para que precisamente con base en ello pueda establecerse la relevancia jurídica de lo acontecido; de ahí precisamente el por qué, como lo ha sostenido desde antiguo la Corte, esta clase de interrogatorios no pueden estar sometidos al empleo de expresiones o frases sacramentales cuya omisión implique fatalmente una irregularidad, pues el proceso de valoración de la conducta en punto de determinar su trascendencia como injusto penal no va dirigida al destinatario de la ley punitiva, entendido como quien está bajo el imperio de su cumplimiento, sino del funcionario que el Estado ha delegado para su aplicación, debiéndose tener como sustento precisamente los hechos, siendo ya de su función el sentido y alcance que les dé a los mismos frente a los supuestos legales, orientando a partir de allí la proyección jurídica que de ellos emane.

5. En este caso, a Luis Orlando Gutiérrez se lo interrogó para que explicara lo que había sucedido en el lugar de los hechos la noche de autos, y así procedió exponiendo voluntariamente lo que a bien tuvo limitándose a manifestar lo relacionado con el disparo que le propinó “en la frente” a la señora Paula Matilde Franco viuda de Díaz con la escopeta de propiedad de la víctima, expresando no recordar nada respecto al acceso carnal violento a que sometió a la nieta de ésta, Querly Johana Díaz Rojas, pues sostuvo haberse acostado a dormir una vez ejecutó el disparo, despertándose a eso de las tres de la mañana, cuando retoma el relato de lo sucedido se ubica ya en el momento en que se presentó ante las autoridades del DAS, en donde en términos similares narró lo ocurrido, habiendo permanecido durante ese lapso con vida su víctima, inclusive hasta cuando fue indagado el día 7 de diciembre de 1.993, falleciendo el 14 del mismo

mes

y año.

6. En estas condiciones, entonces, es artificioso el argumento del casacionista, en el sentido de que el interrogatorio hecho al procesado lo habría sido por un delito de lesiones personales, básicamente por cuanto, como bien lo resalta el Delegado, no es cierto que el instructor formuló tal clase de cargo al imputado en la diligencia de indagatoria, en la medida en que el cuestionario estuvo básicamente dirigido a establecer el decurso de los acontecimientos sin darles ninguna connotación jurídica o calificativo legal, pero además, en razón a que si bien para dicho momento la víctima Matilde Franco viuda de Díaz se hallaba con vida, el Fiscal preguntó fue por el hecho capaz de trascender como conducta reprochada por el derecho penal, pero no por su entidad o denominación típica y menos aún por el resultado vinculante del mismo, es decir, que en ningún momento, como lo sostiene el demandante, la pesquisa lo fue por el precepto legal que recogía la conducta como lesiones personales.

7. Es claro al respecto que no pueden confundirse los hechos, entendidos penalmente como los acontecimientos que tienen trascendencia para el derecho y el efecto que de ellos se puede derivar, razón por la cual no puede válidamente exigirse que para el momento de la indagatoria Luis Orlando Gutiérrez fuese preguntado por cosa distinta que el comportamiento por él realizado, sin que esto implique desde luego poder desconocer el nexo de causalidad existente entre éste y el resultado muerte que posteriormente se produjo, más aún cuando el contenido de la indagatoria fue la confesión del procesado, reconociendo haber ejecutado la acción homicida, -pues como ya se anotó- el fallecimiento de la víctima no tuvo causa distinta.

8. En el caso que se analiza, es evidente que el funcionario instructor se pronunció por primera vez sobre el contenido penal de los hechos y la tipicidad de los mismos, cuando por mandato legal le correspondía, esto es, al momento de resolverle la situación jurídica a Luis Orlando Gutiérrez, que lo fue mediante resolución del 15 de diciembre de 1.993,

adoptando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio consumado y acceso carnal violento, sin que esta decisión hubiese sido impugnada y más aún, cuando con posterioridad solicitó la formulación de cargos con miras a la terminación anticipada del proceso que en efecto se produjo, bajo el incuestionable entendimiento de que se lo acusaba por esos delitos, como después lo corroboró en el escrito en que solicitó ante el Tribunal se ordenara el proferimiento de la consiguiente sentencia anticipada, sin que ninguna de los sujetos procesales que intervinieron en el proceso se hubiesen visto sorprendidos en este sentido.

9. Ahora, en lo atinente con la presunta falta de la práctica del examen psiquiátrico al procesado, que se habría omitido por parte de los investigadores, además de ser su alegación inconexa y por completo aislada con el objeto central del motivo de nulidad propuesto, para desecharlo basta con precisar que en ningún momento se presentó la menor dubitación sobre la realización de las reprochables conductas, Luis Orlando Gutiérrez gozara del dominio de sus actos al comprender su ilicitud y que obrara en plena conformidad con dicho entendimiento, y el único argumento que al respecto se aduce, relacionado con el hecho de haber consumido bebidas embriagantes es del todo deleznable pues, los testigos que sobre el particular declararon aseveran que el consumo de bebidas alcohólicas fue solamente de unas pocas cervezas, lo que tuvo plena corroboración en el dicho de la menor Querly Johana Díaz Rojas, para quien aquél no se hallaba en estado de ebriedad, elementos de convicción todos que niegan categóricamente el supuesto apremio que aduce el demandante existía en ordenar la valoración psiquiátrica de su defendido.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

1. Al formularlo el actor por la vía de la violación directa, afirmando la aplicación

indebida del artículo 323 del Código Penal y la consiguiente falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal y 60 del Código Penal”, incurre nuevamente en evidentes desaciertos técnicos en la presentación del cargo, como que resulta un contrasentido alegar la aplicación indebida del artículo 323 cuando no se discute la correcta tipificación de la conducta, pues si lo pretendido es la atenuación de la pena, debe darse por descontado que la norma fundamento de la tipicidad fue correctamente escogida por el fallador, en lo cual debe compartir la Sala el cuestionamiento que el Delegado hace al censor, más no en cuanto se refiere al descarte del ataque bajo el argumento de que lo correcto hubiese sido alegar la interpretación errónea del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, ya que es “lo cierto que el Tribunal sí la aplicó”, pues lo que se observa en el fallo impugnado es precisamente lo opuesto, esto es, que no la aplicó, pues si bien la refirió, lo hizo fue para afirmar su no procedencia al caso concreto. Además, con pleno desconocimiento de la autonomía de las causales, vuelve a entremezclar en un mismo cargo censuras que por su propia naturaleza deben ser formuladas en forma independiente, así si el ataque lo es por falta de aplicación del referido artículo 299 de la Ley Procesal Penal, carece de cualquier relación el reclamo por el estado de ira en el mismo marco de la censura.

2. Sin embargo, y aún dejando de lado este tecnicismo en la medida en que la mixtura que hace lo sería desde un punto de vista eminentemente formal, como que en principio no se opondrían en sus contenidos materiales, se torna imperativo desechar de entrada los reproches formulados en punto de la ira, habida cuenta de que el casacionista carece de interés para recurrir sobre este tópico, ya que en tratándose de un proceso terminado mediante el proferimiento de sentencia anticipada, una tal censura se sale del marco fijado por el artículo 37B, numeral 4º. del Código de Procedimiento Penal que posibilita la impugnación de esta clase de fallos únicamente en lo relacionado con la dosificación de la pena, el subrogado de la ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes, pues lo contrario equivaldría no sólo a tener que admitirse una inusitada

retractación sobre lo aceptado por el procesado, sino a desconocer su propia manifestación de voluntad en aquél acto procesal supuesto de la posterior sentencia, como insistentemente lo viene afirmando la Sala al interpretar dicha disposición procesal.

3. En estas condiciones, y en cuanto se refiere a la falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, que en criterio del demandante no aplicó el Tribunal al exigir que la confesión debía ser fundamento de la sentencia para que procediera esta rebaja punitiva, es igualmente claro que no le asiste la razón, pues si bien es cierto que el anterior Código de Procedimiento, Decreto 050 de 1.987 hacía esta exigencia en la literalidad del artículo 301 y que el actual Decreto 2700 de 1.991 al regular esta diminuyente de la pena en el referido artículo 299 no hace la misma, “Para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (art. 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es entendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra. Interpretarlo de otra forma, sería otorgar un beneficio gratuito, sólo porque se confesó cuando ello no era necesario, pues obraban otras pruebas, distintas de la confesión, que permitían afirmar, sin dudas, la responsabilidad del procesado”. Además, no puede desconocerse, que es “Por esta misma razón, inutilidad de la confesión, que el legislador pone como exigencia para el otorgamiento para la rebaja de pena que no se trate de ‘casos de flagrancia’, porque precisamente en estos eventos, ante el conocimiento que del hecho y de su autor tienen las personas que lo han presenciado, la confesión es de casi ninguna utilidad para la investigación, porque de antemano el instructor ya conoce lo que a través de éste se le ha comunicado”, como lo afirmó la Sala en casación del 29 de septiembre de 1.993, con ponencia del Magistrado, doctor Guillermo Duque Ruiz y lo continúa reiterando.

4. Por tanto, acertó el Tribunal al negar la aplicación del mencionado artículo 299, más aún cuando tampoco le asiste razón al libelista al afirmar que, además, esta disposición era aplicable por no haber sido capturado el procesado en estado de

flagrancia, ya que como también lo ha expuesto la Sala por decisión mayoritaria, es necesario distinguir a la hora de interpretar el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, la captura en flagrancia y la flagrancia como sorprendimiento del delincuente al momento de la realización del hecho punible, que es lo que sucedió en este caso, en el cual durante todo el desarrollo del iter criminis estuvo presente como testigo de excepción del homicidio y víctima del acceso carnal violento, la menor Querly Johana Díaz Rojas, concurriendo así las exigencias de actualidad e identificación de Luis Orlando Gutiérrez como autor de estos delitos.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE E. CORDOBA POVEDA CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria