

NULIDAD/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ DEBIDO PROCESO

PROCESO : 9755

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

Aprobado Acta No. 148 (16-10-96)

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).

VISTOS

Mediante sentencia calendada el veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), el Juzgado 5º. Penal del Circuito de Florencia, Caquetá, condenó a ANIBAL STERLING VARGAS como autor responsable de los delitos de tentativa de homicidio agravado en concurso con hurto calificado y agravado en la persona de Leonardo Martínez Uribe a la pena principal de cien (100) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, imponiéndole además la correspondiente condena al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción que se tasó en 100 gramos oro por el homicidio tentado y \$80.000,00 por el hurto. Esta determinación fue impugnada por el defensor de STERLING y el Tribunal, al desatar la alzada, la confirmó íntegramente. Contra la sentencia de esa Corporación se interpuso el recurso de casación que, cumplido el trámite de ley, ahora se desata.

HECHOS

En la madrugada del cuatro (4) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), en la cancha de tejo de las residencias 'Sinaruco' de la localidad de Florencia, se desarrolló una partida de ese juego en el que de una parte competía Leonardo Martínez Uribe y de la otra Samuel Quiroga Cuéllar, acordándose como apuesta la suma de cincuenta mil pesos (50.000,00), suma que se le dio al garitero. ANIBAL STERLING VARGAS, hizo compañía con el primero de los mencionados y aportó veinte mil pesos (\$20.000,00). En desarrollo del encuentro, la apuesta se aumentó en veinte mil pesos (20.000,00) . Terminó como vencedor Martínez Uribe. Y , transcurrido algún tiempo, STERLING requirió al ganador para que le devolviera el dinero que había perdido y éste optó por regalarle diez mil pesos (\$10.000,00), pero cuando intentó sacarlos recibió una puñalada en su brazo derecho, logrando defenderse de otra que el aquí condenado también le lanzó. Huyó, pero fue perseguido por el agresor y, alcanzado, fué víctima de otras graves heridas, hasta quedar tendido en el suelo, sin fuerzas, circunstancia aprovechada por el victimario para despojarlo de ochenta mil pesos (80.000,00) y huir de inmediato.

ACTUACION PROCESAL

Con base en la actuación adelantada por la Sijin el Juzgado Segundo Penal Municipal de Florencia dispuso la iniciación de diligencias preliminares a partir de las cuales ordenó formal apertura de instrucción .

Posteriormente y en razón a la naturaleza del delito se ordenó remitir la actuación a la Fiscalía, la cual luego de avocar el conocimiento, vinculó mediante declaratoria de persona ausente a ANIBAL STERLING VARGAS a quien le resolvió situación jurídica con detención preventiva por los delitos de tentativa de homicidio en concurso con hurto calificado y agravado.

Llegado el momento procesal oportuno, se declaró cerrada la etapa instructiva y al calificar el mérito del sumario la Fiscalía Tercera de Florencia dictó resolución de acusación en contra de ANIBAL STERLING VARGAS como autor de los delitos de tentativa de homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

En la etapa del juicio el Juzgado Octavo Penal del Circuito declaró la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, pues en su criterio no se tipificaba el delito de tentativa de homicidio sino el de lesiones personales, decisión que fue apelada por el Fiscal siendo revocada integralmente por el Tribunal.

En virtud del impedimento manifestado por la juez del conocimiento el juzgado Quinto Penal del Circuito continuó con el trámite y fijó fecha para audiencia pública, surtida la cual profirió sentencia condenatoria, que apelada por el defensor del procesado fue confirmada en su integridad por el Tribunal.

LA DEMANDA

Causal Primera: Se acusa la sentencia por violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 323 y 324, numerales 2 y 7, en armonía con el artículo 22 del Código Penal ya que los hechos probados por el sentenciador descartaban la existencia de una tentativa de homicidio agravada, configurándose en cambio un hipotético delito de lesiones personales (art. 333, inciso 2º. del C.P.).

Se sostiene que la riña se originó no porque el condenado hubiera perdido la apuesta, sino porque Martínez Uribe le propinó un puntapié en parte noble. Además, la tentativa para que cobre eficacia requiere que el agente dé inicio a la ejecución del hecho, mediante la realización de los actos necesarios y que finalmente aquel no se logre por circunstancias ajenas a su voluntad,. Y, en el presente caso, STERLING VARGAS nunca realizó acto inequívoco de querer causar la muerte de su rival y libremente cesó en su intención de causarle heridas, sin que mediara otra razón. Si hubiera querido

eliminarlo hubiera persistido en su acción, resultándole, ‘teóricamente fácil lograr su cometido’.

Se aduce también que el Tribunal incurrió en errónea apreciación de la única prueba (la versión de Martínez Uribe) en que se afirmó el fallo de responsabilidad.

Ha de concluirse, según el censor, que se está ante unas lesiones personales y que existió aplicación indebida de la ley.

Causal Tercera: Con fundamento en el numeral 3º. del artículo 220 del C.P., se demanda la declaratoria de nulidad por la negación injusta de las pruebas pedidas por la defensa. A continuación se afirma que desde el comienzo de la investigación se mencionó a José Ricardo Muñoz, alias ‘Richard’ como la persona que lesionó a Martínez Uribe, siendo de importancia suma la recepción de este testimonio a efectos de esclarecer debidamente los hechos, y no obstante haber sido solicitada la prueba, fue negada por improcedencia. Sostiene el censor que era indudable lo fundamental de la probanza, pues con ella se habría establecido, “sin equívocos: Cómo y quién fue la persona iniciadora de la riña, sus motivos, quien fue la persona que lesionó a Martínez Uribe, por qué se desistió de terminar con la vida, qué factores influyeron, qué comentarios le hizo, si fue verdad que él esperó al procesado”.

Y agrega que en la búsqueda de la verdad material el Juez debe recurrir a todos los medios procesales para lograr dicho fin, pues de lo contrario se estaría cambiando el principio de presunción de inocencia por el de culpabilidad, inaplicable en los estados de derecho.

No es suficiente – prosigue el actor – con vincular a una persona a la investigación mediante indagatoria, sino que se requiere, so pena de anulación del proceso en determinados casos art. 29 de la [Constitución Política](#) -, constatar las citas que en el transcurso de la investigación se presenten para clarificar los hechos.

Se asegura, entonces, que se vulneró el derecho de defensa, finalizando el libelo con la solicitud de que se case la sentencia recurrida.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

En cuanto al único cargo formulado con base en la causal tercera, señala que el mismo presenta fallas técnicas, tales como no demostrar el carácter sustancial de la nulidad y la consecuencia de ello, o el desconocimiento de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento (art. 308-2 C.P.P.).

Entra luego la Delegada a transcribir los apartes pertinentes de las dos declaraciones de Jardín Triana Mesias Díaz, única persona que nombra a José Ricardo Muñoz, para concluir que la referencia que de éste hizo aquél fue solo en el sentido de que podía tener conocimiento del paradero de STERLING VARGAS.

De otra parte, el argumento del censor acerca de la capacidad probatoria de la declaración de 'Richard', no tiene fundamento por cuanto éste no estuvo en el teatro de los acontecimientos.

El cargo debe rechazarse.

Y, en cuanto al cargo formulado con base en la causal primera, por violación directa de la ley sustancial, incurre el casacionista en falla técnica al partir del presupuesto de que las conclusiones del Tribunal son equivocadas, pues como es bien sabido cuando se alega aquel tipo de vulneración se hace imperativo para el recurrente aceptar los hechos y las pruebas tal y como fueron plasmados en la sentencia.

Pretende el recurrente anteponer sus conclusiones a las dadas por el Tribunal respecto al móvil delictivo y frente a la versión de la víctima. De otro lado, el censor no hace ningún esfuerzo por demostrar que STERLING VARGAS no tuvo la intención de matar a su rival y

que por ello fue que cesó en su ataque a Martínez Uribe, limitándose a afirmarlos y desconociendo que el Tribunal sí señaló cuáles eran las circunstancias ajenas que impidieron la consumación del homicidio.

En tales condiciones el cargo no debe prosperar.

LA CORTE

1.- Se dará respuesta, primeramente, al cargo referido a la nulidad porque como reiterativamente lo ha señalado esta Corporación su prosperidad haría inane el análisis de las demás censuras ya que se derrumbaría la sentencia que es, precisamente, el objeto del recurso extraordinario de casación.

La formulación de cargos con base en la causal tercera, no es libre ni caprichosa. Igual que acontece con la otras razones de casación, cuando se acude a ella se está en el deber de fundamentar y demostrar el respectivo cargo. Y, desde luego, existe la obligación de comprobar de qué manera el vicio es trascendental, esto es que, efectivamente, afecta garantías o desconoce las bases sustanciales de la instrucción o el juzgamiento.

En el evento sub-exámine el actor no solo no comprueba nada, sino que, yendo contra la realidad procesal, caprichosamente asegura que a José Ricardo Nuñez se le incriminó como responsable de las lesiones padecidas por Martínez Uribe, y que con su testimonio se habrían logrado establecer, sin equívocos, todas las circunstancias que desencadenaron los hechos y el desenvolvimiento de estos mismos, inclusive la razón del desistimiento de la acción de terminar con la vida de la víctima del ilícito.

El censor no cumplió con su deber de precisar cuáles las pruebas con las que demostraba sus asertos sobre la importancia real de la probanza que echa de menos. Y la Corte - igualmente la Delegada- con el estudio del proceso, encuentra cosa bien distinta. No es

cierto que a José Ricardo Muñoz lo mencionen todos los testigos que desfilan por el expediente, pues que la única persona que lo nombra es Jardín Triana Mesias y ésta, en su primera declaración, al respecto dijo:

“Yo lo que quiero es dar con el paradero de la persona que hirió al agente Martínez Uribe Leonardo, por lo tanto hay un compañero del agresor que debe saber dónde está o para dónde salió el que hirió al agente de policía; mejor dicho ya había visto al señor JUVENAL STERLING, quien se cree que fue el agresor en compañía del señor que lo llaman Richar , el señor Richar, dónde puede estar o se puede localizar a JUVENAL , que se cree que fue el agresor porque ellos siempre andaban juntos’ (fl. 94).

Y, cuando declaró por segunda ocasión, expuso:

“Yo siempre lo he visto con un muchacho Richar refiriéndose a STERLING VARGAS- en el momento que entré no lo miré, dicen que estaba allí, eso me dijo un muchacho que llama Gonzaga Vargas”. (fl. 27).

No solo se aparta de la verdad el demandante cuando dice que todos aún en el proceso hacen referencia a José Ricardo Muñoz, sino que tergiversa el sentido de la prueba, pues cuando ésta solo refiere que Gonzaga Vargas puede informar sobre el paradero del condenado, por ser su amigo el actor erróneamente desprende de allí el carácter de prueba de cargo en el sentido de que el autor del ataque a Martínez Uribe fué Gonzaga V. .

Ahora bien: el mismo Luis Gonzaga Vargas Ardila manifiesta que él no se encontraba en el teatro de los acontecimientos, por cuanto para cuando éstos sucedieron, ‘ya me había ido’. “Él -Martínez Uribe- quedó jugando con Samuel Quiroga y el otro muchacho que se llama ANIBAL STERLING quedó sentado ahí e (sic) unos asientos que hay dentro de la cancha, quedó mirándolos jugar, ANIBAL también estaba tomado, Leonardo y Samuel , tomaban.”

Nadie ha dicho tampoco que José Ricardo Muñoz , hubiera estado presente para el momento de la ocurrencia de los hechos. Y de ahí que -así lo conceptúa igualmente el Ministerio Público- razón le asistió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito al denegar la práctica de la prueba que ahora el impugnante eleva a atentado contra el derecho de defensa, alegando lo ya indicado y la imposibilidad de aportar algo importante para la investigación y recordando, además, que su citación lo fue solo para que reportara el paradero del procesado ANIBAL STERLING VARGAS. Recuérdese, para abundar, que el auto que negó la práctica de la prueba, no fue apelado por el defensor, con lo que estaba manifestando su conformidad con la decisión asumida.

Falla, pues, por todos sus diversos enfoques el censor. El testigo Muñoz ni es citado por todos los declarantes, ni se le presenta como posible autor de las heridas, ni estuvo en el lugar de los hechos, ni puede de alguna manera aportar datos de importancia al proceso y menos como para variar la responsabilidad que la sentencia ubicó en cabeza de STERLING VARGAS. Impetrar, entonces, la nulidad por la no práctica de una declaración de trascendencia sesgada y relativa en cuanto acreditaría el paradero del procesado, constituye solo una utopía de la defensa, a la par que enorme desacierto. No se aprecia pues el agravio, razón de ser del recurso.

2.- Con base en la causal primera, como se recordará, el censor manifiesta que el ataque lo va a formular por violación directa de la ley sustancial y por aplicación indebida. Pues bien, reiterada y pacíficamente se ha sostenido que cuando se desarrolla un debate probatorio que se pretende que la Corte también asuma, no es dable invocar la violación directa, ya que en esta clase de censura las valoraciones fácticas o de los hechos, se respetan tal y como vienen dados por el Tribunal, debiéndose concretar el debate en la faz jurídica del asunto, “ya porque la norma no tiene existencia jurídica, o tiene plena vigencia jurídica pero se la desconoce, o cuando se deja de aplicar el precepto que corresponde porque objetiva o subjetivamente se ignora, no se sabe o no se quiere saber de su existencia (aspecto de la falta de aplicación o exclusión evidente) o porque existe

equivocación en el proceso de selección de la norma aplicable al caso en examen por no ser la que lo contempla o subsume. Hay un error de 'diagnósis jurídica' . Se deja de aplicar la norma adecuada para utilizar la que no corresponde al caso juzgado, pero que tiene existencia (aplicación indebida). ... En la interpretación errónea hay simplemente un error de 'sentido' de hermenéutica porque el juzgador acierta en la selección de la norma sustancial aplicable, pero le da un sentido y alcance equivocados, contrarios a la voluntad del legislador. ...". (M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas. Cas., septiembre 26/89).

Así las cosas, erró de entrada el casacionista ya que empezó discutiendo la cuestión probatoria y de ahí que sostenga que los hechos no tuvieron origen en la circunstancia de que el condenado hubiera perdido la apuesta de marras, sino en el puntapie que en las partes nobles le propinó Martínez Uribe a STERLING VARGAS.

Pero al margen de esta observación sobre el ámbito dentro del cual opera la causal primera de casación cuando se alega la infracción directa de la ley, debe decirse que el cuestionamiento debió apuntar al motivo consagrado en la CAUSAL 3ª- de CASACION, por violación del debido proceso, toda vez que el error alegado entraña una equivocada calificación jurídica de la infracción como quiera que se seleccionó la conducta prevista en el título XIII Capítulo Primero del C.P. y no alguna de las indicadas en el capítulo Segundo del mismo título.

Ese error, que como se sabe es un típico error de selección, recibe sanción de nulidad por la circunstancia de que la sentencia, a efectos de conservar su congruencia, debe resolver la imputación dentro del marco jurídico que le señalan la ley y el enjuiciamiento¹. En consecuencia, únicamente invalidando la acusación y reemplazándola por una que imputara hecho punible de lesiones, era posible proferir fallo por dicha ilicitud.

Ahora bien, como es deber de la Corte declarar de oficio las nulidades que encuentre, al asumir en casación el análisis del proceso, examinará la Sala la cuestión planteada a efectos de señalar cómo, tampoco en el fondo asiste razón al recurrente.

En efecto, el actor sostiene que como voluntariamente STERLING VARGAS cesó en su actividad agresora, no tuvo la intención de matar a Martínez Uribe, y ello hace que no pueda predicarse la existencia de tentativa de homicidio por no aparecer que se hubiera desistido de la consumación de este ilícito por 'circunstancias ajenas a la voluntad del agente'.

A este interrogante respondió el Tribunal así:

“Se pregunta el jurista apelante: cuáles son las circunstancias ajenas que pudieron impedir la consumación del homicidio?. La presencia de la gente próxima al lugar donde cae Martínez Uribe (fls. 33 y 34), que con sus gritos y movimientos precipitaron la huida de ANIBAL , comportamiento que lo determinó a interrumpir la agresión. La creencia que estaba muerto por su lamentable estado”.

Desde luego que a la defensa no puede bastarle -como sucede en este caso- con decir que mal puede existir tentativa de homicidio porque el victimario, libremente, dejó de causarle heridas a la víctima. Eso de libre, voluntariamente, tiene que ser de manera cabal demostrado, porque de lo contrario se caería en los extremos que de alguna manera propugna la tesis del censor de que debe entenderse que mientras la muerte no se produzca fue porque, sin motivación extraña, se desistió de este delito. Y, para el caso, a un aserto de este tenor se opone lo real de la presencia de gente con cercanía al lugar donde cayó Martínez y la gravedad de las heridas ocasionadas que sin duda permiten afirmar que era la muerte de aquél lo que STERLING quería, para lo cual desarrolló todos los actos propios, sin que el hecho deseado se produjera, exactamente, por causas ajenas a la voluntad del victimario.

Quiere la Corte transcribir el aparte de la sentencia que refiere el testimonio de Martínez Uribe, así:

“En las varias exposiciones dadas por el ofendido Leonardo Martínez Uribe , manifiesta que acabado de jugar el chico de tejo del cual él salió vencedor, por parte del canchero le fue entregado el dinero que había apostado con su contrincante, inclusive los veinte mil pesos que perdió uno de los dos sujetos que solamente habían quedado en la barra, verificando que había recibido en su totalidad los ciento cuarenta mil pesos a que subió el monto del desafío; luego de lo anterior, se retiraron todos e inclusive uno de los que estaban en la barra, el otro o sea el que perdió los veinte mil pesos se quedó y lo llamó hacia los tanques, como no sospechaba nada, aceptó, éste le exigía que le devolviera la citada suma, pese a haber ganado limpiamente resolvió darle diez mil pesos o sea la mitad, sólo para evitar problemas, pero cuando se disponía a sacar la plata fue sorprendido al recibir del citado individuo una lesión en el brazo derecho, en ese instante lo único que se le ocurrió fue salir corriendo esperando que las personas que estaban en el interior del establecimiento intervinieran a su favor pero no fue así, continuó entonces hacia la calle, en una esquina el sujeto lo alcanzó logrando herirlo también en la espalda y el abdomen, se sostenía con las manos las vísceras que se le salían y siguió corriendo hacia la décima, donde por el cansancio y pérdida de sangre se sintió mal, se acostó en la carretera, solicitó la colaboración de unas personas que estaban frente a un negocio y estando en ese estado su agresor le propinó las demás lesiones, unas en la cara y la cabeza, le metió la mano al bolsillo de la camisa de donde sacó unos ochenta mil pesos y huyó”.

“Agrega el denunciante...que por el trayecto que lo persiguió, la forma brutal como lo atacó y las partes donde le ocasionó las lesiones, sin atender sus súplicas, considera que el tipo quería matarlo, le sustrajo la plata creyendo que él estaba agonizando y debido también a que las personas que estaban cerca empezaron a gritar”. (7, 33 a 35 y 43 a 45).

La considerable gravedad de las lesiones la fijan los dictámenes médicos, los que también confirman las afirmaciones de la víctima sobre las diversas heridas que le fueron propinadas. Todo invita pues a que se esté ante una tentativa de homicidio y así lo reconocieron los sentenciadores en la evaluación probatoria y en su ubicación en el correspondiente dispositivo penal. Por parte alguna entonces aparece el error en la diagnóstico jurídica ya que la norma aplicada era la que, sin hesitación, recogía el caso sub-judice.

Los cargos no prosperan.

Por lo expuesto la CORTE SUPREMA administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

CUMPLASE.

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

NO FIRMO

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA EDUARDO TORRES ESCALLON

Conjuez

NO FIRMO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

1 El artículo 442 del C.PP., señala que la resolución de acusación debe contener la calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del C.P. y el artículo 220.2 establece como motivo de CASACION la inconsonancia del fallo con los cargos formulados en la resolución de acusación.