

INDAGATORIA / INTERROGATORIO-Preguntas técnicas

Es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 360 del C.P.P. al imputado debe interrogársele “en relación con los hechos que originaron su vinculación”, pero no como lo entiende el demandante, sobre los tipos penales concretos que se consideren infringidos por parte del instructor, pues además de que la disposición en cita en ninguna forma posibilita esa interesada hermenéutica no resulta lógica ni menos comprensible ante la realidad y dinámica de la investigación penal, toda vez que la explicación que el Estado requiere del imputado es sobre su conducta entendida dentro del contexto fáctico, que es lo que a la postre posibilita el correspondiente análisis jurídico positivo, conforme sucedió en este caso.

Esto no significa, por tanto, que al imputado no se le deba interrogar sobre todos los cargos que obren en su contra, sino que la ley no exige la precisión técnico jurídica de la estructura analítica del delito para que el indagado explique su actuar dentro de tan elevado y complejo marco conceptual.

La investigación como tal no permite limitar su cometido a unas determinadas y exclusivas hipótesis delictivas, puesto que la misma se inicia, bien oficiosamente, ora por la noticia criminis allegada al funcionario mediante denuncia, pero dependiendo de su marcha y de las pruebas que en su discurrir se logren, lo que en principio fue la razón de ser de la iniciación de la correspondiente averiguación, puede variar. Así, entonces, ya no será solo un hecho delictivo el investigado, sino que, perfectamente, podrán existir otros y en la medida en que se dé el fenómeno de la conexidad de las conductas delictivas, se tramitará el asunto bajo una misma cuerda o se separarán en obediencia al principio de la unidad procesal.

No constituye, por tanto, irregularidad alguna, la circunstancia de que la situación jurídica de un procesado se resuelva atendiendo unos presuntos hechos punibles que,

probatoriamente, ameritan su definición, en tanto que otros, aún no establecidos con suficiencia como para una estimativa razonable sobre procedencia o no de medida de aseguramiento, se dejen para que, en el proseguir del averiguatorio, adquieran una mejor definición o negación.

Lo importante está, desde luego, en que la situación jurídica se resuelva con base en lo demostrado en autos, y que si se dispuso orden de detención, sea porque lo actuado, inequívocamente, impone tal determinación.

PROCESO No. 9789

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 78

Santafé de Bogotá D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1.998).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JAIRO ANTONIO GUTIERREZ LOPEZ contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, D.C., el 10 de marzo de 1.994., mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado 29 Penal del Circuito el 11 de enero del mismo año, que lo condenó a la pena principal de 13 años y 6 meses de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio y hurto calificado y agravado, ambos en la modalidad de tentados,

en concurso con el de porte ilegal de armas de defensa personal.

HECHOS:

El trece 13 de febrero de 1.993, entre cuatro y cinco de la tarde, sujetos desconocidos penetraron al establecimiento comercial 'Discontinar Ltda.' ubicado en la carrera 13 No. 14-38 de esta ciudad capital de propiedad de la señora Astrid Lucero Ibarra de Moreno, intimidando con armas de fuego a empleados y clientes, forzándolos a trasladarse al interior del almacén, pretendiendo

apoderarse del dinero de la caja y de las pertenencias de las personas que allí se encontraban.

Uno de los dependientes del negocio logró escapar e informarle al agente de la policía Agustín Pardo Muñoz sobre lo que estaba sucediendo, quien rápidamente acudió al lugar de los hechos, momento en el cual trataba desesperadamente de huir uno de los asaltantes, que resultó ser el hoy procesado, quien disparó contra una de las personas que casualmente acudían al establecimiento, Alfonso Díaz Prieto, lesionándolo gravemente en la cabeza. Iniciada la persecución contra este individuo y con el fin de intimarle captura el agente del orden se vio precisado a dispararle, hiriéndolo en una rodilla, logrando su aprehensión e incautándole un revólver marca Ruger, calibre 38 largo que portaba sin permiso de autoridad competente. Los demás asaltantes lograron fugarse.

LA ACTUACION PROCESAL:

Denunciados estos hechos por la señora Astrid Lucero Ibarra y puesto a disposición de La Unidad de Fiscalía Especial Permanente el capturado, junto con el informe policivo, el

Juzgado Octavo Penal Municipal, al cual le fueron remitidas las diligencias por competencia, dispuso la apertura de investigación el 16 de febrero de 1.993, fecha en la que igualmente escuchó en indagatoria a JAIRO ANTONIO GUTIERREZ LOPEZ, quien se mostró por completo ajeno a los hechos.

El mismo día, y debido a que entre los ilícitos investigados se encontraba el de porte ilegal de armas, se dispuso remitir por competencia el expediente a las Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penales del Circuito, en donde la No. 240 de la Unidad Segunda de Delitos Varios le resolvió la situación jurídica al indagado con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, como presunto autor responsable de los punibles de porte ilegal de arma de fuego y hurto calificado y agravado.

Ejecutoriada la anterior decisión, la denunciante con asentimiento del procesado, desistió de la acción penal y civil por haber sido indemnizada y resarcida de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción investigada, manifestación esta que no fue aceptada por la Fiscalía instructora por cuanto, además de los delitos imputados en la resolución detentiva surgían el de lesiones personales “y hasta, por qué no decirlo, tentativa de homicidio, este último por determinar”.

Apelada esta determinación, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, precisó que efectivamente también concurría el delito de tentativa de homicidio, motivo por el cual la investigación debía continuarla la Unidad de Vida de la Fiscalía, a donde se envió el proceso, correspondiéndole a la No. 110.

Cerrada por este funcionario la investigación el 19 de mayo 1.993, el 10 de junio se profirió resolución de acusación contra JAIRO ANTONIO GUTIERREZ LOPEZ, por los delitos de homicidio en grado de tentativa, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas

de defensa personal, en concurso

Solicitada por el defensor la nulidad del cierre investigativo, lo cual hizo ante la Fiscalía 110, por cuanto al procesado no se le había indagado ni resuelto su situación jurídica por el punible de tentativa de homicidio, el juzgado 29 Penal del Circuito a donde se remitieron las diligencias por encontrarse ejecutoriada la acusación y haber perdido competencia la Fiscalía, negó dicha petición, siendo confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor.

Adelantado el juicio y celebrada la audiencia pública, oportunamente se profirieron los fallos de primera y segunda instancia en los términos reseñados en los vistos de esta sentencia.

LA DEMANDA:

Con fundamento en la causal tercera del artículo 220 del C. de P.P., tres cargos presenta el recurrente contra la sentencia impugnada, así:

Causal Tercera

Primer cargo

Acusa el demandante la vulneración del debido proceso y el derecho a la defensa porque al procesado GUTIERREZ LOPEZ, se le acusó, entre otros, por el delito de homicidio tentado, no obstante que al resolverse la situación jurídica se le impuso la medida detentiva por los delitos de “hurto calificado, hurto agravado y porte ilegal de armas”, sin que se hiciera referencia al ilícito de lesiones personales, a pesar de que en el respectivo informe policivo se aludía a ellas, siendo únicamente hasta el proferimiento de la resolución por medio de la cual la Fiscalía de segunda instancia desató la apelación de la que, en primera no aceptó el desistimiento del denunciante y

concomitantemente negó una petición de libertad impetrada por la defensa, cuando se consideró que existía también una tentativa de homicidio, disponiendo la remisión de las diligencias a la Fiscalía correspondiente, la cual acusó al procesado por dicho atentado contra la vida, en concurso con los punibles contra el patrimonio económico y la seguridad pública.

Lo lógico, concluye el demandante, hubiera sido ampliar la indagatoria por el referido hecho punible, una vez se ordenó que las diligencias fueran a la Unidad de Vida.

Segundo cargo

Reiterando la argumentación expuesta en la censura anterior, insiste el libelista en que se vulneró el derecho de defensa por no haberse indagado al procesado GUTIERREZ LOPEZ por el delito de tentativa de homicidio ni habersele resuelto la situación jurídica por el mismo ilícito, ya que solo se viene “a radicar al procesado como infractor de este punible cuando se le profiere resolución de acusación”.

Se impidió, así, la posibilidad de contradecir la imputación, puesto que nadie puede defenderse de cargos desconocidos, abstractos, gaseosos, que deben formularse en forma concreta en la indagatoria o en la declaratoria de ‘reo ausente’.

Tercer cargo

Bajo una nueva reiteración de los planteamientos anteriores, vuelve a aducir la violación de las formas propias del juicio incurriéndose en una nulidad supralegal o constitucional (art. 29 Constitución Política), al no indagar al procesado por cargos concretos referidos al homicidio en grado de tentativa, no resolverle su situación jurídica por este hecho punible, pero dictarle sí resolución de acusación por el mismo. Como así se vulneraron los artículos 385 y 438 del C. de P.P., lo indicado es, dice,

declarar la nulidad a partir del auto que cerró la investigación, para que se indague por ese ilícito, se le resuelva la situación jurídica por el mismo y, ahí sí, se califique el mérito sumarial.

Causal Primera

Unico Cargo

Con fundamento en el artículo 220 del C.P.P., numeral 1o., inciso 2o., el censor propone “un error de hecho por errónea apreciación de la prueba”, aduciendo inconexamente y en orden a demostrar el cargo, que la intervención de la policía y la reacción de los delincuentes no obedeció a la presencia casual de Alfonso Díaz Prieto en el establecimiento comercial donde se perpetró el asalto, razón por la cual las lesiones causadas a ésta persona no fueron intencionales y por ende, no podía acusarse al procesado por el homicidio imperfecto dadas las lesiones de aquél.

Tampoco, agrega, ni siquiera existió dolo eventual porque los disparos que se hicieron no lo fueron para matar a persona alguna, sino para facilitar la retirada de los delincuentes. La intención de matar que dio por demostrada el Tribunal por no dirigirse el disparo a una parte menos vulnerable del cuerpo humano como la cabeza, es creación del juzgador porque resulta imposible exigir que se guarde puntería cuando los disparos van y vienen, además de que no existe la prueba fundamental que determine que GUTIERREZ LOPEZ disparó y causó lesiones a Díaz Prieto, cuya versión fue apreciada erróneamente por el Tribunal ya que la misma es contradictoria al afirmar que le hicieron 10, cuando se demostró que no fueron más de 3 los realizados con el arma decomisada, pues en su tambor con capacidad de 6 solo se le encontraron 3 vainillas y 3 ‘tiros completos’, sin que existiera posibilidad “por la premura del tiempo y lo rápido en que ocurrieron los hechos”, de recargar el arma.

Para el recurrente el Tribunal erró al apreciar la declaración de Díaz Prieto, ya

que “demostrada está la exageración y manera extravagante de distorsionar las cosas y los hechos”, razón por la que el mismo “no se puede valorar conforme a la sana crítica del testimonio”.

Cuestiona igualmente, que no se allegara al diligenciamiento la incapacidad de Díaz Prieto ni el dictamen médico que estableciera plenamente su estado de salud ni la prueba de balística que determinara que el arma incautada fue la misma que causó las lesiones de aquél y que no se averiguara por el otro lesionado, Luis Alberto Tovar Giraldo .“Todas estas circunstancias -concluye- son analizadas erróneamente, incurriéndose en causal de nulidad ”.

Agrega finalmente, que las últimas argumentaciones lo son como petición subsidiaria, en el sentido de que se modifique la sentencia en cuanto a la participación de GUTIERREZ LOPEZ, para condenarlo solo por los delitos de hurto tentado y porte ilegal de armas, en el evento de no prosperar la petición principal de absolución con base en el in dubio pro reo.

Como normas violadas señala la indebida aplicación de los artículos 22 y 323 del Código Penal, por falta de aplicación de los artículos 2o., 294 y 445 del C. de P.P. .

ALEGATO DEL NO RECORRENTE:

La Procuradora Trece en lo Judicial Penal solicita de la Corte la casación parcial de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal de Santafé de Bogotá, para que se disminuya la pena impuesta en la proporción que corresponda, acusándola de violación directa de los artículos 29, inciso 2o. y 230 de la [Constitución Política](#); 1o. del C.P.; 1o. C.P.P; 43 de la ley 153/87; y 52 del Código de Régimen Político y Municipal.

Argumenta la Representante del Ministerio Público que el homicidio en grado de tentativa ocurrió el 13 de febrero de 1.993, fecha para la cual no se encontraba vigente

la Ley 40 de 1.993 porque, aun cuando ya se había promulgado en el Diario Oficial el 20 de enero de 1.993, el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal claramente establece que la observancia de la ley se impone dos meses después de promulgada. Concreta, además, que en la ley de que se trata, nunca se señaló que regiría a partir de su publicación.

Así las cosas considera que la Ley 40 era aplicable a partir del 20 de marzo de 1.993 y, por lo tanto, el caso concreto no podía juzgarse con base en ella, ocurrido el 13 del mismo mes y año, lo que obliga a la reducción de la pena, para someterla al imperio de los artículos 22 y 323 del Código Penal.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL:

Causal Tercera.

Por considerar que los tres cargos formulados al amparo de esta causal de casación, están íntimamente relacionados, el Delegado responde a ellos 'con un solo conjunto argumental'.

En este orden de ideas, señala que la circunstancia de que no se hubiera interrogado al procesado sobre el delito de tentativa de homicidio constituye un cargo infundado, bastando para esta conclusión leer los apartes que transcribe de la injurada de JAIRO ANTONIO GUTIERREZ LOPEZ y recordar que la Fiscalía en sus pronunciamientos contempló la posibilidad de tal hecho punible.

Explica entonces, que si bien en la indagatoria no se hizo adecuación de la acción desarrollada por el procesado a ninguno de los tipos penales que luego fundamentaron la acusación, no puede afirmarse que se haya sorprendido a GUTIERREZ LOPEZ con el cargo. Ello porque en tal diligencia no existe obligación alguna para el funcionario de calificar los hechos que investiga y, antes bien, los interrogantes deben dirigirse sobre los

hechos, como así se hizo, no sobre su adecuación típica, en tanto que se trata de inquirir el conocimiento que el inculpado tiene de ellos en cuanto realidad, permitiéndole de esta forma un correcto entendimiento de los cargos.

De otro lado, la resolución de la situación jurídica, siendo como es una decisión intermedia del proceso, no resuelve los extremos de la relación jurídico procesal en forma definitiva, y por ello el hecho de que no contemple alguno de los delitos investigados, no vicia el procedimiento posterior.

Además, agrega, debe tenerse en cuenta que si bien el Fiscal que resolvió la situación jurídica no concretó medida de aseguramiento para GUTIERREZ LOPEZ por el homicidio en grado de tentativa, no fue por inexistencia del hecho o atipicidad del comportamiento, sino por cuanto encontró dificultades probatorias para la correcta adecuación típica, por eso en un aparte de su proveído se refiere a las “lesiones personales o tentativa de homicidio por establecer”.

Por último, en lo que tiene que ver con la acusación del censor en el sentido de afirmar que hubo irregularidad en el procedimiento por no haberse resuelto la situación jurídica de GUTIERREZ LOPEZ en relación con el delito de homicidio tentado, procediéndose a calificar el proceso por este punible sin cumplir tal exigencia procesal conforme lo dispone el artículo 438 del C.P.P., de conformidad con el cual “En ningún caso podrá cerrarse la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del procesado.”, precisa el Procurador que el alcance que debe darse a dicha norma, es el de motivar al Fiscal, antes de la calificación, a hacer un examen sobre las pruebas hasta entonces recaudadas a fin de determinar si el inculpado debe o no ser afectado con una medida de aseguramiento.

Lo importante, sostiene el Delegado, es que en los casos de delitos que se juzgan bajo una misma cuerda se haya resuelto la situación jurídica dentro de los términos y sobre la

base del material probatorio recaudado, sin que interese que después varíen las cosas por la aparición de nuevos elementos de juicio, pues siendo la resolución de la situación jurídica una medida provisional, no se requiere que guarde consonancia con la resolución de acusación o la sentencia.

Los cargos, pues no deben prosperar.

Causal primera

Para el Procurador, esta censura, al igual que las formuladas al amparo de la causal tercera, presenta falencias técnicas en cuanto a su claridad y precisión, puesto que la argumentación del demandante se reduce a enfrentar su criterio con el del Tribunal, pues no obstante proponer en principio un error de hecho, se desvía hacia el error de derecho al atacar los juicios de valor probatorio del fallador, generando un obstáculo insalvable para la Corte, ante la imposibilidad que tiene de escoger cualquiera de los caminos propuestos porque significaría suplir las deficiencias del libelo.

No obstante, aún bajo estas condiciones, en la demostración del reproche se hace más evidente el desconocimiento técnico del recurso por parte del demandante y hasta del contenido de la sentencia, al proponer una versión diferente sobre los hechos, sosteniendo que Díaz Prieto fue un ocasional transeúnte que resultó herido por azar, mientras que en el fallo se afirma que el procesado apuntó a la cabeza de su víctima y accionó el arma intencionalmente, pues en estas condiciones era su obligación analizar el testimonio de la víctima, precisando en qué el juzgador lo distorsionó y de qué manera ese yerro valorativo determinó una conclusión equivocada sobre la forma de culpabilidad.

En cuanto se refiere a la falta del dictamen médico-legal que acreditara el real estado de salud de Díaz Prieto, al igual que la pericia balística, advierte que una tal omisión no constituye un yerro trascendente y manifiesto como para afectar la sentencia, siendo que ésta se produjo por tentativa de homicidio y no de lesiones personales. De otra parte, el

asunto se plantea como una simple objeción de instancia, sin ningún desarrollo, lo que impide su análisis.

Finalmente y en relación con el alegato presentado por el Ministerio Público en su calidad de no recurrente, recuerda la posición jurisprudencial según la cual su intervención queda limitada a la expresión de razones de apoyo o de oposición a la impugnación que formule el demandante, concluyendo que ante la intervención de la Procuradora 13 en lo Judicial Penal, lo que debía era haber actuado como recurrente, para no quedar atada a los límites propuestos en el libelo, tornando inoficiosa su intervención.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Causal Tercera

Por cuanto los tres cargos formulados con base en el numeral tercero del artículo 220 del C. de P.P., esto es, por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, corresponden, como bien lo sostiene el Delegado, a uno solo, pues inexplicablemente el demandante repite la misma censura y argumentación en todos ellos, se procederá a responder como tal.

Estrictamente es por el hecho de no haberse indagado al procesado por el delito de homicidio en el grado de tentativa ni estar comprendido en la resolución de la situación jurídica, y en estas condiciones proferirse resolución acusatoria por este punible, el objeto de invalidez que reclama el censor, pues un tal proceder lo considera violatorio de los artículos 385 y 438 del C.P.P. y en esa medida, del debido proceso y el derecho a la defensa, siendo evidente la falta de razón que le asiste en esta censura.

En efecto, es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 360 del C.P.P. al imputado debe interrogársele “en relación con los hechos que originaron su vinculación”,

pero no como lo entiende el demandante, sobre los tipos penales concretos que se consideren infringidos por parte del instructor, pues además de que la disposición en cita en ninguna forma posibilita esa interesada hermenéutica no resulta lógica ni menos comprensible ante la realidad y dinámica de la investigación penal, toda vez que la explicación que el Estado requiere del imputado es sobre su conducta entendida dentro del contexto fáctico, que es lo que a la postre posibilita el correspondiente análisis jurídico positivo, conforme sucedió en este caso.

Esto no significa, por tanto, que al imputado no se le deba interrogar sobre todos los cargos que obren en su contra, sino que la ley no exige la precisión técnico jurídica de la estructura analítica del delito para que el indagado explique su actuar dentro de tan elevado y complejo marco conceptual; de ahí que resulte realmente infundado el cargo frente al caso concreto, pues resulta evidente que al procesado JAIRO ANTONIO GUTIERREZ LOPEZ se le preguntó sobre los hechos constitutivos del atentado contra la vida e integridad personal, Así, el instructor lo interrogó: “Se enteró usted si como consecuencia de la balacera que mencionó resultó alguna otra persona herida?”, contestando el imputado: “Cuando estaba sentado ahí en el andén escuché que bajaron a un señor de una buseta que estaba herido, no sé más ni lo ví.”. Y si alguna duda pudiese quedar respecto de esta pregunta en cuanto que con ella se estaba impetrando al sindicado una explicación sobre el atentado contra la vida de la que fue objeto Díaz Prieto, acto seguido, le formuló el siguiente interrogante: “Se dice, igualmente, en estas diligencias que la persona capturada o sea usted cuando pretendió salir del almacén disparando hirió a un peatón que pasaba por el lugar, qué tiene que decir con respecto a ésto?”, respondiendo que: “no sé no quien (sic) es el herido ni los heridos porque así como me encuentro yo pues cuando está nulo que no sabe lo que pasó simplemente me encuentro herido también y no sé quién me hirió.”

Inusitado entonces es este reproche al fallo, ya que ante tanta claridad del interrogatorio sobre el hecho que ahora cuestiona el censor, cualquier explicación adicional por parte

de la Corte resulta inoficiosa, pues aspecto bien distinto es que el imputado haya evadido suministrar las explicaciones que el instructor le solicitó al respecto, a que ahora se argüya un desconocimiento del cargo.

Ahora, en cuanto se refiere al hecho de que la resolución de situación jurídica no se hubiera pronunciado sobre esta imputación, necesario es también, precisar, que la investigación como tal no permite limitar su cometido a unas determinadas y exclusivas hipótesis delictivas, puesto que la misma se inicia, bien oficiosamente, ora por la noticia criminis allegada al funcionario mediante denuncia, pero dependiendo de su marcha y de las pruebas que en su discurrir se logren, lo que en principio fue la razón de ser de la iniciación de la correspondiente averiguación, puede variar. Así, entonces, ya no será solo un hecho delictivo el investigado, sino que, perfectamente, podrán existir otros y en la medida en que se dé el fenómeno de la conexidad de las conductas delictivas, se tramitará el asunto bajo una misma cuerda o se separarán en obediencia al principio de la unidad procesal.

No constituye, por tanto, irregularidad alguna, la circunstancia de que la situación jurídica de un procesado se resuelva atendiendo unos presuntos hechos punibles que, probatoriamente, ameritan su definición, en tanto que otros, aún no establecidos con suficiencia como para una estimativa razonable sobre procedencia o no de medida de aseguramiento, se dejen para que, en el proseguir del averiguatorio, adquieran una mejor definición o negación.

Lo importante está, desde luego, en que la situación jurídica se resuelva con base en lo demostrado en autos, y que si se dispuso orden de detención, sea porque lo actuado, inequívocamente, impone tal determinación. Para el caso, esta medida se ordenó por los delitos de hurto calificado y agravado y porte de armas de defensa personal que, incuestionablemente, la ameritaban.

Tampoco es atinada la censura del demandante en el sentido de que al procesado se le sorprendió en la resolución de acusación con el delito de tentativa de homicidio, sin que previamente se le hubiera resuelto su situación jurídica por tal infracción. La verdad es que, inclusive, en esta última decisión se hizo referencia a que uno de los punibles investigados era el de lesiones personales o una tentativa de homicidio, lo que debería establecerse en el transcurso de la investigación, pues no puede olvidarse que en la decisión del 13 de abril de 1993, por medio de la cual el Fiscal 240 de la Unidad de Delitos Varios, denegó una petición de libertad para GUTIERREZ GOMEZ, afirmó que los hechos investigados constituían un concurso de porte ilegal de armas, hurto calificado y agravado, “y hasta por qué no decirlo, tentativa de homicidio, este último por determinar”. Impugnada esta decisión, un Fiscal Delegado ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, la confirmó precisando que la medida de aseguramiento dispuesta en contra de GUTIERREZ LOPEZ comprendía también el presunto punible de tentativa de homicidio, “pues no otra cosa puede pensarse teniendo como base que el arma la apuntó el implicado hacia vitales puntos de la integridad física de su víctima, como fue precisamente en la cabeza”.

De ahí que al fijar el alcance interpretativo del artículo 438 del C.P.P., en decisión del 30 de julio de 1997, con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel, afirmó la Sala:

“Así las cosas, independientemente de que en la definición de la situación jurídica se haya impuesto o no medida de aseguramiento, el número de delitos allí endilgados, y de la denominación jurídica que se le hubiere dado, es en la resolución de acusación donde se definen los cargos, por lo tanto creer que entre las dos providencias debe existir congruencia es darle al primer pronunciamiento un alcance que no tiene, y desconocer lo obvio, esto es, que si después de definir la situación jurídica se puede seguir investigando, es de esperar que las nuevas pruebas puedan dar lugar a que lo consignado en ese proveído sufra profundas modificaciones. Incluso podrían presentarse

cambios sin que surjan nuevas pruebas, simplemente porque al momento de calificar ya se tenga una mejor comprensión de lo ocurrido y un más informado criterio para decidir”.

“En síntesis, concluyó la Corte, lo que se califica a continuación del cierre de la instrucción son los hechos que fueron objeto de la misma, y sobre los cuales se indagó al sindicado, y para hacerlo el criterio que se hubiere expuesto en la definición de la situación jurídica no constituye ninguna limitante, todo lo contrario, si en ese pronunciamiento se hubiere cometido algún error, es la oportunidad para subsanarlo. Dicho de otra manera, si bien la definición de la situación jurídica es un requisito procesal para poder cerrar la investigación, su contenido no limita el de la calificación.”.

Luego, se repite, ningún sorprendimiento se presentó para el procesado ni para la defensa cuando se dictó la resolución de acusación en la forma vista. No ha existido, entonces, vulneración al debido proceso ni al derecho de defensa.

Los cargos no prosperan.

Causal Primera

Desconociendo el principio de precisión y claridad que caracteriza este recurso y el de la autonomía de las causales de casación, anuncia el demandante que este cargo lo formula al amparo de la causal primera y, más concretamente, que se trata de un error de hecho por errónea apreciación del testimonio de Díaz Prieto, persona que resultó seriamente lesionada en el desarrollo de los hechos, proponiendo indistintamente y bajo la misma argumentación nulidad para el evento de que la petición principal de absolución con base en el in dubio pro reo no prospere. Además, y desconociendo que el ataque dice centrarlo en la imputación por el delito de tentativa de homicidio, sin ocuparse en lo absoluto de los de hurto calificado y agravado y el de porte ilegal de armas, inusitadamente aspira a que su alegato conduzca a la absolución por todos los delitos

objeto de la condena.

Esta verdadera confusión conceptual que le asiste al demandante sobre la técnica casacional, se agudiza más, cuando en punto del pretendido error de hecho que dice proponer, procede a la manera de un alegato de instancia a cuestionar indistintamente la credibilidad del testigo mencionado, calificando su versión sobre los hechos como exagerada porque afirmó que le hicieron como 10 disparos, cuando en realidad el arma hallada en poder del procesado solo tenía tres vainillas percutidas, como también lo hace con la declaración rendida por el agente de la policía que capturó al procesado, llegando hasta admitir en algunos apartes la autoría de su defendido respecto de la tentativa de homicidio mientras en otras la niega, incluyendo indistintamente argumentaciones referidas a la culpabilidad y específicamente al dolo eventual desconociendo el contenido de la sentencia, en fin, trátase de un escrito que lejos se encuentra de constituir una verdadera y seria censura contra la sentencia impugnada, respecto del cual no es factible saber cuál es la verdadera pretensión del demandante.

Además, el censor termina introduciendo en este mismo cargo otro de nulidad, o, lo que es igualmente defectuoso, hace derivar el ataque hacia esta causal, por la duda que según él existen en materia de autoría, ignorando que la alegación del in dubio pro reo debe hacerse por la vía del error de hecho, y que el ataque solo prosperará en la medida en que surja con claridad de un estudio realista del material probatorio, no cuando ella es sólo el producto de una manera muy personal del demandante de interpretar la prueba, sin perjuicio de que, cuando el sentenciador, que no es el caso, ha reconocido la existencia de dudas sobre la responsabilidad o sobre la materialidad de la infracción y, empero, condena, la impugnación debe verificarse por la vía directa.

El cargo no prospera.

ALEGATO DEL NO RECORRENTE:

Como se expusiera en precedencia, la Procuradora Trece en lo Judicial Penal, en su calidad de no recurrente aduce una violación directa del inciso segundo del artículo 29 y 230 de la Carta Política, 1º del C.P., 1º del C.P.P., 43 de la Ley 153 de 1.887 y 52 del C.

R.P.M., por cuanto en su criterio para la época de los hechos no se encontraba vigente la Ley 40 de 1.993, solicitando de la Corte la sentencia recurrida para que en la de reemplazo se tase la pena a imponer al procesado, con base en los límites punitivos previstos por los 22 y 323 del Decreto 100 de 1.980.

Desconoce así la representante del Ministerio Público, el propio texto del artículo 228 del C. de P.P., que impone, como límite para el pronunciamiento de la Corte, exceptuando los casos de nulidad, los cargos formulados por el demandante, los cuales constituyen el marco de la intervención de los sujetos procesales no recurrentes, restringiéndose su intervención única y exclusivamente a la oposición o coadyuvancia de las censuras propuestas por el impugnante, sin que pueda por este medio, atribuirse funciones propias del recurrente, como lo hace ahora la procuradora judicial.

No obstante, y con el fin de que no quede duda en el proceso respecto a la vigencia de la ley aplicada por el Tribunal para efectos de tasar la punibilidad del procesado en relación con el delito de homicidio tentado, suficiente es recordar que esta Sala en casación del 22 de octubre de 1.997, con ponencia del Magistrado, Jorge A. Gómez Gallego, reiterada en decisión del 3 de febrero del presente año, con ponencia del Magistrado Carlos E. Mejía Escobar, precisó que esta ley empezó a regir “a partir de su promulgación y al ser insertada en el diario oficial 40.726, de fecha 20 de enero de 1.993, es claro que comenzó a regir al empezar el 21”, pues como se afirmó en la última providencia citada por mandato del artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, siendo exigible su observancia dos meses después, salvo que la propia ley fije la fecha en que deba empezar a regir, como lo dispone el numeral 1º del artículo 53 del mismo estatuto.

Así las cosas y siendo que en el artículo final de la Ley 40 de 1.993, se estipuló que la misma empezaría a regir a partir de la fecha de su promulgación y esta se entiende consumada en la del número en que termine su inserción en el diario oficial, necesario es concluir que como esto se cumplió el 20 de enero de 1.993, como se dijo en la jurisprudencia citada, empezó a regir el día 21 del mismo año.

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.

cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria