

Proceso No 12035

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 049

Bogotá D.C., dos (2) de mayo de dos mil tres (2003).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del ciudadano Silvio Díaz Urbano, contra la sentencia del 15 de marzo de 1996, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Juan de Pasto confirmó la condena que el Juzgado Penal del Circuito de La Unión (Nariño) le impuso, como responsable del delito de homicidio en Gerardo Estrella Cárdenas.

HECHOS

En horas de la noche del 10 de abril de 1993, Gerardo Estrella Cárdenas compartía con sus hermanos y varios amigos en la tienda de propiedad de Julio Cesar Martínez Moncayo, situada en la vereda San Rafael del municipio de San Lorenzo (Nariño), donde también se encontraba su vecino Silvio Díaz Urbano acompañado de su hermano Álvaro, de la novia de éste y de otras personas. Como Gerardo le brindó un trago de aguardiente a la novia de Álvaro Díaz, éste reaccionó de manera violenta e increpó a Gerardo Estrella, suscitándose una riña entre ellos, en el curso de la cual Gerardo

retrocedió y penetró a una de las habitaciones del inmueble en donde se encontraban, siendo perseguido por Álvaro Díaz. Tan pronto se enteró Silvio Díaz del incidente, se acercó al sitio donde se hallaban los contrincantes y disparó un arma de fuego varias veces en dirección de Gerardo Estrella, quien cayó mortalmente herido, produciéndose su deceso en forma instantánea como consecuencia de las lesiones ocasionadas por el impacto de un proyectil calibre .22 largo.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en las pruebas recaudadas durante la indagación preliminar, la Fiscalía Seccional del municipio de la Unión ordenó la apertura de instrucción el 30 de abril de 1993 y vinculó mediante declaración de persona ausente (fol. 79) a Silvio Díaz Urbano. Al definirle la situación jurídica, la Fiscalía 23 Seccional de la Unión le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto responsable del delito de homicidio, mediante decisión de octubre 14 de 1994 (fol. 82).

Cerrada la etapa instructiva, la Fiscalía calificó el mérito del sumario el 15 de mayo de 1995. Acusó a Silvio Díaz Urbano como autor del delito de homicidio en Gerardo Estrella Cárdenas.

El juicio le correspondió al Juzgado Penal del Circuito de la Unión, despacho que después de practicar varias pruebas, negar la solicitud de nulidad planteada por la defensa y realizar la vista pública, condenó el 29 de noviembre de 1995 a Silvio Díaz Urbano a la pena principal de 26 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de 10 años, al hallarlo responsable del delito de homicidio, de que trata el artículo 323 del Código Penal anterior. Al ser apelado este fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Pasto lo confirmó, mediante sentencia del 15 de marzo de 1996.

El defensor de Díaz Urbano interpuso el recurso extraordinario de casación,

presentó oportunamente la demanda, fue admitida y se recibió concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

LA DEMANDA

Dentro del marco de la causal primera de casación, cuerpo segundo, consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal anterior (Decreto 2700 de 1991) el casacionista formuló un único cargo. Acusó la sentencia del Tribunal Superior por violación indirecta de la ley sustancial, por haberse incurrido en un error de hecho por falso juicio de identidad.

Como demostración de la censura asegura que el Juzgador apreció en forma equivocada el dictamen pericial de balística visible al folio 61, porque, “se fue en su interpretación más allá de lo que el contiene”. Estima que, contrario a las conclusiones del fallador, y de acuerdo a las normas de balística es verdaderamente imposible que un proyectil calibre 22 largo pueda ser disparado por una pistola calibre .25 (centímetros de pulgada –sistema americano) o 6.35 (milímetros –sistema europeo). Agrega que el proyectil encontrado en el cadáver y analizado por el perito balístico presenta varias características que son incompatibles con un proyectil de una pistola .25, como son: a) el proyectil analizado es de plomo, y la munición de cualquier pistola no puede ser de plomo desnudo sino que debe tener un recubrimiento o blindaje de cobre, pues de lo contrario se corre un riesgo muy alto de que se trabe o encasquille; b) en el calibre .22 el diámetro es menor y la longitud mayor que en los proyectiles calibre .25, por lo cual la munición calibre .22 no puede ajustarse en el proveedor de la pistola calibre .25; c) mientras que el peso del proyectil examinado fue de 2.76 gramos, lo que permite concluir que se trata de un 22 extralargo, el calibre .25 tiene un peso de 3.2 gramos.

Concluye entonces que el proyectil encontrado en el cuerpo de Gerardo Estrella Cárdenas no fue disparado por el arma que accionó el procesado Silvio Díaz Urbano, a

quien se le debe creer cuando afirmó que él sí disparó por tres ocasiones pero “sólo para disolver la riña” . Insiste en que en virtud de las características del proyectil que causó la muerte de Gerardo Cárdenas, emerge insuperable la duda acerca de la responsabilidad del procesado, la cual se robustece aún más con las declaraciones de Gerardo Olmedo Estrella Moncayo y Teresa de Jesús Delgado Estrella, quienes señalaron que según los rumores de la gente de la vereda San Rafael, el autor del homicidio pudo haber sido Eder Estrella, hermano de la víctima.

Para apoyar su aserto de que el proyectil que causó la muerte no fue disparado por el arma de su defendido, asegura que ninguno de los testimonios en que se fundamenta el fallo impugnado ha señalado que aquél hubiera accionado un revólver calibre 22 extralargo, ni que sea posible o que en la vereda se acostumbre disparar municiones calibre 22 con una pistola .25; añade que la diligencia de levantamiento del cadáver y el dictamen de balística respaldan la versión del procesado acerca de los disparos que afirma haber realizado con su pistola calibre .25, pues todos los elementos que en la escena del crimen se encontraron, las vainillas y proyectiles corresponden al calibre del arma accionada por éste, y la ausencia de estrías en el proyectil encontrado en el cadáver, indica claramente que dicha munición pudo haber sido disparada por otra persona, con un revólver o un arma de fabricación artesanal.

Estima que se dejaron de aplicar los artículos 2, 245 (sic) y 247 del Código de Procedimiento Penal; 21 y 323 del Código Penal.

Pide a la Corte que se case el fallo y se absuelva al procesado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Señala el Procurador Delegado que si bien el cargo fue propuesto de manera correcta, en su desarrollo el casacionista no logró demostrar la desfiguración material de la prueba pericial a que hace alusión en la demanda y en cuyo análisis fundamenta

el falso juicio de identidad invocado.

Afirma que el recurrente se vio imposibilitado en comprobar tal circunstancia, toda vez que los falladores en manera alguna socavaron el contenido objetivo de dicha probanza, pues partieron de la base de que el proyectil encontrado en el cadáver de la víctima correspondía a calibre .22 largo, que fue percutido con un arma de fabricación artesanal en razón a que no presentaba marcas de estrías, como se indica en la experticia de balística.

Agrega que los falladores arribaron a la conclusión que suscita la inconformidad del demandante no sólo en virtud del estudio de la prueba pericial, sino del análisis en conjunto de todo el acervo probatorio, pues de la razonada evaluación de la prueba testimonial dedujeron que Díaz Urbano fue la única persona que accionó un arma de fuego la noche de los hechos y abandonó intempestivamente el lugar del crimen para sustraerse a la investigación, y al unísono se rechazan los rumores que pretenden imputarle la autoría de los disparos a Eder Estrella.

Expone como conclusión que el censor antes que demostrar el yerro apreciativo que le enrostra a la sentencia, termina por enfrentar su criterio a la valoración de la pericia efectuada por los juzgadores de instancia. Agrega que para el reconocimiento de la duda insalvable en favor del procesado no bastaba con el señalamiento objetivo del factor que la genera, sino que resultaba indispensable demostrar su carácter trascendente, esto es, que con base en el restante acopio probatorio no era posible superar dicho estado de incertidumbre. No hizo el libelista tal demostración, pues si bien individualizó la prueba pericial como factor generante de la duda, acudió para dichos efectos, en un plano netamente conjetural, a los rumores de que dan cuenta los testigos por él citados, según los cuales “en la región se murmuraba que el responsable del homicidio había sido un hermano de la víctima”.

Pide a la Sala desestimar la censura y no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Afirma el defensor que en la sentencia impugnada se violó indirectamente la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 2 y 245 (sic) del C. de P. P. derogado que tratan de la presunción de inocencia y del *In dubio pro reo*, así como por indebida aplicación del artículo 247, ibídem, por haberse incurrido en un error de hecho por falso juicio de identidad porque el juzgador “apreció, valoró equivocadamente el concepto pericial de balística forense (...), pues se fue en su interpretación más allá de lo que él contiene ...”. Asegura que de acuerdo con las normas y reglas de balística, es imposible, como erradamente lo asegura el Tribunal, que un proyectil calibre 22 largo pueda ser disparado por una pistola .25, pues las municiones de ésta son diferentes, en cuanto tienen que estar recubiertas para evitar que se encasquillen al ser disparadas, y su longitud es menor a las del calibre 22 , las cuales por ser más largas no podrían entrar en el proveedor de la pistola .25.

2. Como lo ha reiterado la Sala, el error de hecho por falso juicio de identidad se presenta cuando el juzgador, al apreciar una determinada prueba, falsea su contenido material, bien porque le hace agregados que no corresponden a su texto, porque le cercena u omite tener encuentra apartes importantes del mismo, o porque transmuta o modifica su tenor literal.

Para demostrar esta clase de desacierto lo primero que debe hacer el censor es precisar qué dice en concreto la prueba que se afirma tergiversada, y cuál el contenido que el juzgador le atribuyó, con el fin de poner en evidencia que entre una y otra existen discrepancias, y que por razón de éstas se le puso a decir lo que realmente no dice. Una vez comprobado el error a partir de la comparación o cotejo objetivo entre lo que dice el medio probatorio y lo que le hizo decir el fallador, se impone comprobar la

trascendencia del yerro, labor que implica realizar una valoración conjunta del acervo probatorio con el fin de mostrar que de no haberse presentado el yerro, el sentido del fallo habría sido distinto y favorable a los intereses del procesado.

3. Esta labor dialéctica no fue cumplida por el defensor. Como lo señala el Procurador Delegado, el recurrente se vio imposibilitado en demostrar que en la apreciación del dictamen de balística los falladores hubieran distorsionado en modo alguno su contenido material.

En efecto, en la experticia técnica (fol. 61) se indica que el proyectil encontrado en el cadáver de la víctima es de plomo, de color gris oscuro, 11 mm. de longitud, 6 mm. de diámetro, 2.76 gramos de peso, calibre .22 largo, con abolladuras frontales, y posiblemente disparado por un arma artesanal del mismo calibre del cartucho, ya que no se le halló ninguna estría (fol. 61).

El sentenciador de primer grado, al referirse a la tesis de la defensa, según la cual es imposible que un proyectil calibre .22 largo pueda ser disparado por un arma calibre .25, expresó:

“La balística enseña que el calibre .25 equivale en milímetros a 6.35 y que el calibre .22 equivale a 5.58 milímetros (Dato extractado de la obra de Balística Forense de Pedro Thelmo Echeverri G., Edit. Impresos Garcés, Edic. De 1993, pag. 134). Se tiene en consecuencia que el calibre .22 es inferior al calibre .25 en menos de un milímetro (exactamente en 0.77 mm.). Esta circunstancia permite que se utilicen en un arma de calibre .25 proyectiles de calibre .22, costumbre que está generalizada en los campos donde por la dificultad en la adquisición de proyectiles adecuados se apela a los que puedan servir para los propósitos que buscan nuestros campesinos.” (fol. 205).

Más adelante reiteró que el sindicato accionó en dirección de Gerardo Estrella un arma de fuego que correspondía al calibre .25 y que la víctima murió “como consecuencia de las lesiones que le fueron producidas por un proyectil de arma de fuego de calibre .22” (fol. 206).

El Tribunal, por su parte, señaló:

“ En el concepto pericial visible al fs. 61, (...) se dictamina que el proyectil recuperado en el cadáver del occiso es de calibre .22 largo, que posiblemente fue disparado por un arma artesanal del mismo calibre al del cartucho, ya que no se le halló ninguna estría (...)

Además, es acertada la conclusión a que llega el a quo sobre el uso generalizado del proyectil de calibre 22 en armas de calibre 25 como quiera que la diferencia en el diámetro es mínima ...” (fols. 261 y 262).

Por este motivo, el censor en lugar de precisar en forma concreta las presuntas adulteraciones del dictamen pericial como correspondía de conformidad con el cargo formulado, se limitó a cuestionar la valoración efectuada por los juzgadores al medio probatorio en comentario, censurándolos por haber concluido que la mínima diferencia existente entre las municiones de calibre .22 y .25, inferior a un milímetro (aproximadamente 0.77 milímetros), permite que se utilicen en un arma de calibre .25 proyectiles de calibre 22.

4. En otras palabras, el reproche inicialmente planteado como error de hecho por falso juicio de identidad se desvió hacia un yerro por falso raciocinio que tampoco encontró cabal desarrollo y demostración, pues, se reitera, el defensor se limitó a cuestionar la valoración probatoria efectuada por la judicatura sin indicar en modo alguno que en su apreciación los juzgadores se hubieran apartado de los postulados de la lógica, la ciencia o la experiencia, de qué manera lo hicieron ni cómo ese desatino los llevó a declarar una verdad fáctica distinta de la que revela el proceso.

De manera genérica y abstracta afirmó que tal posibilidad (que un arma calibre .25 pueda disparar proyectiles calibre .22 largo) es desvirtuada por “las reglas y normas de la balística”, pero omitió demostrar dicho aserto; no dijo cuáles son dichas normas, ni cuál la fuente de su conocimiento.

Por el contrario, encuentra la Sala que las afirmaciones que hacen los falladores sobre la escasez de la munición calibre .25 en nuestro medio y acerca de la posibilidad de que municiones para pistolas puedan ser disparadas por revólveres , y a la inversa, aunque sus calibres no sean totalmente exactos o coincidentes, encuentran pleno sustento en los tratados sobre balística¹.

5. A más de lo anterior, olvida el censor que los falladores de instancia adquirieron la certidumbre sobre la responsabilidad del procesado no de la experticia pericial aisladamente considerada, sino que arribaron a dicha conclusión con fundamento en el estudio global de todo el acervo probatorio recaudado: el dictamen pericial, la abundante prueba testimonial que indica que el procesado fue la única persona que disparó en el curso de la riña, que lo hizo en forma repetida en dirección de la víctima cuando ésta protagonizaba una pelea con su hermano, así como de la prueba indiciaria (indicios de presencia, oportunidad, de motivo para disparar en contra del occiso, de huida).

6. En efecto, los testigos Juanito Albeiro Martínez, Julio César Martínez, Ramiro Martínez Moncayo, Elman Martínez, Robira Lasso Martínez, y los hermanos Hernán, Arturo y Eder Estrella Cárdenas (fols. 22, 35, 28, 46, 69, 8y 30), son coincidentes en afirmar no sólo que el acusado fue la única persona que disparó un arma de fuego en el momento en que se desarrolla la pelea entre el hoy occiso y Álvaro Díaz, sino que en sus declaraciones algunos de ellos observaron importantes detalles sobre lo que acontecía, dada la proximidad en que se encontraban en relación con los rijosos.

Así por ejemplo, Ramiro Martínez vio que Silvio Díaz disparó “siempre bajito” hacia el sitio donde se encontraba la víctima (fol. 28); Julio César Martínez asegura que el occiso estaba a una distancia aproximada de dos metros desde donde el procesado disparaba el arma (fol. 35); Elman Martínez observó al inculcado “... echando bala allí y de frente a donde estaba Gerardo Estrella ...”, y que incluso él mismo alcanzó a ser rozado a la altura del pecho, sin mayores consecuencias, por uno de los disparos efectuados por el procesado (fol. 46); Elier Emiro Martínez observó al acusado cuando le disparaba de frente al occiso a una distancia de casi tres metros (fol. 37); el hermano de la víctima, quien se encontraba a su lado al interior de la habitación, tratando de impedir que Álvaro Díaz penetrara en ella en el momento en que Silvio Díaz se hizo presente y accionó el arma, asegura que éste disparó desde la puerta y directamente hacia su hermano, hiriéndolo en el corazón (fol.30).

Debe resaltarse, como lo hace el Tribunal, que los testigos, además de contar con suficientes condiciones de visibilidad, conocían al procesado como oriundo y residente en el mismo vecindario, lo cual impide suponer que lo hubieran confundido, máxime cuando el mismo enjuiciado ha aceptado que tuvo lugar la pelea entre su hermano Álvaro Díaz y el occiso Gerardo Estrella, y que cuando él se enteró corrió al lugar de la refriega y de inmediato hizo varios disparos con el arma que portaba (fol. 182).

7. No obstante que la certeza a la que arribaron los falladores sobre la responsabilidad del procesado se sustenta fundamentalmente en la prueba testimonial referida, al punto que el Tribunal consideró que era “indiferente para efectos de deducir su responsabilidad penal el conocer con precisión las características del arma que utilizó para consumar el delito” (fol. 261), el casacionista no desplegó absolutamente ningún esfuerzo argumentativo tendiente a demostrar que en su apreciación se hubiera

incurrido en falencia alguna. Simplemente, como si se tratara de un alegato de instancia, se limitó a contraponer a la valoración efectuada por los falladores sus propias conclusiones, pretendiendo que no se les dé credibilidad porque, contrario a lo afirmado por su representado, los testigos aseguran que éste disparó no hacía el aire sino en dirección a la víctima, y porque ninguno de los declarantes afirmó que el procesado hubiera accionado esa noche un revólver calibre .22 extralargo.

8. Pretende igualmente el censor desvirtuar la prueba testimonial con ayuda de varias personas que no sólo no presenciaron los hechos, sino que aseguran que por rumores, cuya fuente no atinan a identificar, se enteraron que “al parecer” el autor de la muerte había sido un hermano del occiso, quien supuestamente es propietario de un revólver calibre 32.

Es decir, los razonamientos dirigidos a cuestionar la valoración efectuada por el Tribunal de los distintos testimonios de cargo que sirvieron de fundamento a la declaración de responsabilidad del procesado, los fincó el censor no en la determinación de un error de hecho o de derecho, sino en la circunstancia de la credibilidad que les otorgó el juzgador. Ello traduce el desconocimiento de las reglas que rigen la casación. Olvida la defensa que el Juez goza de cierta libertad en la apreciación de las pruebas y que el corolario de ello es que las conclusiones que derive del examen de las mismas, en cuanto no se aparten de la sana crítica, son indiscutibles en casación. La crítica entonces a la valoración probatoria efectuada por los falladores debe basarse necesariamente en la demostración de un desbordamiento de la sana crítica, o error de hecho por falso raciocinio, que le impone al casacionista la obligación de señalar la regla transgredida (de ciencia, lógica o experiencia) y su trascendencia, es decir la diferente orientación de la sentencia de no haber tenido ocurrencia la irracionalidad objeto del planteamiento.

Nada de ello hizo el censor, pues, se reitera, se circunscribió a refutar la credibilidad otorgada por los falladores a los testigos, pretendiendo anteponer a las

conclusiones probatorias de la judicatura, su personal apreciación de los medios de convicción cuestionados, apoyándose para ello en algunos “rumores” y conjeturas carentes de fundamento.

Además, ninguna atención le mereció la prueba indiciaria construida por los jueces de instancia, no empece que está señalada igualmente como fundamento del fallo impugnado.

9. En tales circunstancias, “la situación de incertidumbre” que pretende inferir el defensor respecto de la responsabilidad de Silvio Díaz a partir del supuesto error de apreciación probatoria aludido, carece por completo de todo fundamento, pues el yerro a que hace alusión y con cuyo apoyo intenta desvirtuar el juicio de certeza a que arribaron los falladores, no aparece demostrado en modo alguno en la demanda de casación.

No tuvo en cuenta el libelista que, como lo ha reiterado la Sala², cuando se plantea violación indirecta de la ley sustancial, por desconocimiento del principio in dubio pro reo, no basta afirmar que la prueba es insuficiente para condenar, sino que es necesario demostrar que los juzgadores, en la apreciación que hicieron de ella, incurrieron en errores de hecho por falsos juicios de existencia, falsos juicios de identidad, o falso raciocinio; o de derecho por falsos juicios de legalidad o convicción, y que estos desaciertos los llevaron a declarar que existía certeza de la existencia del hecho o la responsabilidad del procesado, sin estar ella acreditada. También ha dicho que el casacionista no puede fraccionar a su arbitrio el acervo probatorio, como se ha hecho en el caso en estudio, marginando del ataque pruebas que sirvieron de soporte a la sentencia, ni recurrir a suposiciones, o afirmaciones emanadas de la propia subjetividad, en procura de darle consistencia a la censura, porque con ello lo único que puede obtener es su improsperidad.

El reproche, por consiguiente, se desestima.

CONSIDERACIÓN FINAL

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, surge la posibilidad de aplicar las disposiciones que este régimen contempla, por favorabilidad respecto de las anteriores, si a ello hubiere lugar. No obstante, como el cargo no prospera, la Sala no adquiere competencia para decidir al respecto. En cambio, al quedar ejecutoriada la sentencia, la competencia radica en el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, como lo dispone el numeral 7° del artículo 79 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), solución que se ajusta a derecho y que garantiza el principio de la doble instancia.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo motivo del recurso extraordinario.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARON

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 José Guillermo Zuluaga Hincapié. Manual de Balística. Ed. Librería del Profesional, Bogotá- 2000, Pág. 30. Pedro Thelmo Echeverry G. Balística Forense. 4ª. ed. Edit. Dike, Medellín 1990, Pág. 134.

2 Casación del 28 de febrero de 2002, Rad. 15.024, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll.