

Proceso No 12958

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta No. 58

Bogotá, D.C., treinta de mayo de dos mil dos.

VISTOS

Revisa la Corte en sede de casación la sentencia de segundo grado del 15 de agosto de 1996, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual confirmó integralmente el fallo dictado por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad el 14 de mayo del mismo año, en el que condenó a NELSON ENRIQUE PRECIADO y HENRY CUERVO PIZZA a la pena principal de 25 años de prisión como autores responsables del delito de homicidio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Hacia las diez y treinta de la noche del 15 de febrero de 1995, en la transversal 44 No. 52-40 sur del barrio Fátima de la ciudad de Bogotá, Luis García Amaya fue ultimado a tiros por HENRY CUERVO, apoyado en la acción por NELSON PRECIADO UÑATE, quien

sostenía de los hombros a la víctima. Previamente, al decir de las acompañantes del último, Luz Ángela Zubieta Vanegas y Alba Lucía López, los agresores le habían preguntado por el paradero de César, a quien le imputaban el hurto de una escopeta.

Informadas las autoridades del hecho -funcionarios de la Fiscalía y miembros de la Sijin-, y gracias a que las acompañantes de García Amaya espontáneamente manifestaron al instructor tener conocimiento sobre los autores del crimen, se inició con los testigos un recorrido por el sector hasta lograr la captura de HENRY CUERVO PIZZA y NELSON PRECIADO UÑATE, cuando se disponían a ingresar en la casa paterna del primero.

Formalmente abierta la instrucción en la misma fecha de los hechos, se escuchó en indagatoria a los procesados y se resolvió su situación jurídica con detención preventiva por el delito de homicidio. Posteriormente la Fiscalía 45 Seccional de la Unidad Cuarta de Vida de Bogotá calificó el mérito de la instrucción el 22 de junio de 1995 profiriéndose resolución de acusación contra los procesados HENRY CUERVO PIZZA y NELSON PRECIADO UÑATE, como coautores del delito de homicidio, decisión que impugnada fue objeto de confirmación integral en providencia del 11 de agosto del mismo año proferida por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Una vez celebrada la vista pública, el 14 de mayo de 1996 el Juez de conocimiento condenó a los procesados a la pena principal de 25 años de prisión como autores responsables del delito de homicidio, decisión que al ser impugnada revisó y confirmó en todas sus partes el Tribunal Superior de esta ciudad el 15 de agosto del mismo año.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. Demanda a nombre del procesado HENRY CUERVO PIZZA.

Dos cargos en acápites separados se formulan contra la sentencia de segundo grado, el primero al amparo de la causal tercera por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, y el segundo, al amparo de la causal primera cuerpo segundo por error de hecho generado por la tergiversación del contenido fáctico de las pruebas.

1.1. Primer cargo. Causal tercera.

Afirma el recurrente que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa (artículo 304, numerales 2º y 3º del anterior Código de Procedimiento Penal), pues sin identificar legalmente a los acusados se les condenó.

Al proceso fueron vinculados mediante indagatoria los sujetos que dijeron llamarse HENRY CUERVO PIZZA y NELSON ENRIQUE PRECIADO UÑATE. El primero, su defendido, manifestó que se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 19.418.542 de Bogotá, hecho que no fue corroborado en el proceso por cuanto no se acopiaron las pruebas idóneas para ello, entre ellas la cartilla decadáctilar expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Y en cuanto al procesado PRECIADO UÑATE, no se confrontaron sus impresiones dactilares ante la Registraduría Nacional, pues este procesado manifestó en el curso del proceso ser indocumentado, “situación que en ningún momento se verificó”, no obstante que el D.A.S. informó que el procesado en cita no se encontraba registrado en sus archivos y remitió las impresiones dactilares a la Registraduría.

Agrega que una de las finalidades de la instrucción y el juicio es precisamente recaudar las pruebas necesarias encaminadas a la individualización o identidad de los autores o partícipes del hecho, evento que en el presente caso no se cumplió “por negligencia del instructor y del juez de la causa... hasta el punto de que desconocemos la verdadera identidad e individualización de los condenados”.

Además, al momento de indagar a HENRY CUERVO PIZZA no se le preguntó por el lugar de nacimiento, por sus documentos de identidad y su origen, lugar o establecimientos donde ha trabajado con indicación de las épocas respectivas, si es casado o hace vida marital, si tiene hijos, la edad de los mismos y su ocupación. Tampoco se dejó constancia sobre las características morfológicas del indagado. Por consiguiente, en opinión del demandante se vulneró la previsión contenida en los artículos 180 y 359 del anterior Código de Procedimiento Penal, todo lo cual conlleva a que “no sabemos efectivamente a quién se ha condenado”.

Así las cosas, se falta a la verdad en el fallo de primer grado cuando se afirma que se ha identificado a HENRY CUERVO PIZZA con la cédula de ciudadanía No. 19.542.418 de Bogotá.

Como se incumplió con el requisito de identidad o individualización del procesado, se ha generado un vicio que sólo puede subsanarse mediante la nulidad, “para retrotraer la investigación” y cumplir con dicha condición.

De otro lado, también se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, porque no se garantizó la libertad de los procesados, pues no obstante haberseles decretado la libertad provisional, no se hizo efectiva por el reprochable proceder del Fiscal 45 que la decretó, quien a su vez impidió “de manera ilegal el derecho adquirido por parte de su defendido HENRY CUERVO PIZZA”, obstaculizando ilegalmente su liberación, primero al no resolver oportunamente la petición, y luego, impidiendo que la libertad concedida no se materializara hasta que calificara el mérito del sumario, en cuya decisión revocó el beneficio.

Para el censor, el procesado liberado provisionalmente durante la etapa instructiva, gozará de mayores oportunidades de defensa “por cuanto puede acudir por sus propios medios a los lugares del teatro de los hechos, con la finalidad de buscar allegar al proceso

hechos y pruebas, que posiblemente al estar privado físicamente de su libertad, no le es posible”.

Según el censor, el 16 de junio de 1996 se debió liberar a los procesados pues el 14 del mismo mes y año estos habían cumplido 120 días efectivos de detención física, generándose la causal de excarcelación prevista en el numeral 4º del artículo 415 del anterior estatuto procesal penal. No obstante, sólo hasta el 20 de junio siguiente se profirió la decisión liberatoria bajo caución de cinco (5) salarios mínimos mensuales, que fue otorgada el 21 siguiente en horas de la mañana, pero no se procedió a la liberación inmediata porque “mal intencionalmente” se dilató con una constancia secretarial y una nota sobre la imposibilidad de notificarle a los detenidos porque a las 11:50 de la mañana los detenidos no contestaron en el patio el llamado del notificador, por lo cual resolvieron notificar por la tarde.

Pero el Fiscal, en lugar de cumplir con el envío de las órdenes de libertad con la mayor brevedad posible, ese mismo día 21 de junio, emite un auto en el que expone que las diligencias las recibió en su despacho pasadas las 2:40 p.m., hora en que los notificadores de la unidad ya se habían marchado a sus quehaceres y como la Fiscalía no podía trasladarse esa tarde al centro de reclusión para suscribir la diligencia de compromiso porque debía recibirse una ampliación de indagatoria, la diligencia se posponía para el día siguiente.

Pero en lugar de que a primera hora del 22 se procediera a cumplir lo ordenado, y no obstante haberse librado las boletas de libertad, el Fiscal procede a dictar en esa fecha la resolución de acusación, la cual se notifica a última hora, comunicando al Director de la cárcel que en la fecha se había revocado la libertad provisional concedida a los procesados, librando las correspondientes órdenes de detención.

Agrega que si bien el 21 se notificó el auto que concedía la libertad provisional, no se llevó

al centro penitenciario ni el acta compromisorio ni las boletas de libertad.

Por lo anterior concluye el recurrente que la violación al derecho de defensa y al debido proceso es evidente y en consecuencia se debe decretar la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la indagatoria de los procesados.

1.2. Cargo segundo. Causal primera.

Según el demandante, el sentenciador tergiversó el contenido fáctico de las pruebas, hasta el punto de “forzar sus razones o argumentos para imponer una sentencia de carácter condenatorio, desechando la duda por no aceptarse su existencia”. Precisa que la violación proviene de errores de hecho trascendentes y manifiestos en la valoración probatoria, en cuanto al factor culpabilidad que formula en tres aspectos:

Error de hecho “por apreciación errónea de las circunstancias” que mediaron en la captura de los procesados, porque el fallador le otorga credibilidad a las testigos Luz Ángela Zubieta Vanegas y Alba Lucía López, quienes señalaron a las autoridades como responsables del homicidio a dos individuos que se disponían a ingresar a una vivienda a dos cuadras del lugar de los hechos, apreciación fáctica que resulta inconcebible “ya que las circunstancias, acerca de la credibilidad de las testigos (...) son declaraciones que no ofrecen esa buena fama, no proceden de personas en un estado normal”, lo cual no se puede desconocer por el hecho de que el funcionario instructor no haya dejado constancia en el acta de las “condiciones visuales en que se apreciaban dichas testigos”.

Además, agrega, estas mismas testigos “desmienten una y otra vez su dicho inicial y todo ello en búsqueda de que fueran dejadas en libertad la noche del 15 de febrero de 1995”, según lo infiere el censor de las manifestaciones expuestas en la diligencia de audiencia pública, postura entendible en su criterio, pues la opinión pública conoce los actos arbitrarios e injustos en que incurren las autoridades policivas, sin que se

respete la edad, el sexo o condición de las personas. Por consiguiente, “mal puede edificarse con dichos presupuestos probatorios la sentencia condenatoria”.

Asevera que los testigos no se ofrecieron para colaborar con la captura, sino que fueron “coaccionadas, amenazadas, amedrentadas, obligadas, para poder lograr su liberación”. En su criterio, no es factible que los homicidas luego del ilícito no hubieran podido superar en una hora (de 10:30 a 11:30 p.m.) las dos escasas cuadras en que se les capturó y que no hayan podido ingresar a la vivienda del progenitor de CUERVO PIZZA para evitar su aprehensión en caso de ser responsables.

Un segundo error de hecho se presenta por “apreciación errónea de la circunstancia de que en el momento de ser lesionado mortalmente Luis Francisco García Amaya, quien lo hiciera es HENRY CUERVO, quien procedió a dispararle en tres oportunidades”, cuando de acuerdo con otras pruebas el procesado en cita no se encontraba en el lugar de los hechos, pues al decir de Elizabeth Mancipe y Juan Calderón, los procesados se hallaban en su establecimiento en un avanzado estado de embriaguez, circunstancia confirmada con los dictámenes médico legales en los cuales se da cuenta que CUERVO PIZZA presentaba un segundo grado de embriaguez y PRECIADO UÑATE un primer grado.

Como si lo anterior fuese poco, agrega, tampoco puede asegurarse que el occiso presentaba tres impactos, “porque de acuerdo a la diligencia de inspección del cadáver visible a los folios 3 al 5 del C/o No. 1, no intervino un médico legista y para mayor gravedad, en el proceso no milita el acta de necropsia”.

El tercer error de hecho, porque el juzgador le otorgó credibilidad a las “declaraciones primigeniamente rendidas por Luz Ángela Zubieta y Alba Lucía López”, pese a su posterior retractación.

La credibilidad que en grado sumo les ha otorgado el ad-quem es “equivocada, errónea, distorsionada, apartada de toda realidad procesal”, pues las demás pruebas en el

proceso las desvirtúan y las contradicen, al punto que las exculpaciones vertidas por los procesados en el curso de la audiencia pública encuentran verificación en el proceso con los dictámenes médicos sobre el grado de embriaguez, la ausencia del acta de necropsia y los testimonios de Juan Calderón y Elizabeth Mancipe, quienes desmienten las declaraciones iniciales de las testigos de cargo respecto del tiempo y lugar en que se encontraban los acusados para el momento del hecho.

Para el recurrente las declaraciones posteriores de Ángela Zubieta y Lucía López sí tienen “respaldo probatorio y lógica, contrario sensu, a lo manifestado por el Ad-Quem, por lo que no es lógico que habiendo tenido tanto tiempo los condenados, en gracia de discusión que hubiesen sido los autores del hecho, se hubiesen encontrado a escasas dos cuadras del lugar y en la vía pública, y no transportándose en ningún vehículo Renault 4 verde sin placas y mucho menos que portaran arma de fuego alguna y además obra en el proceso diligencias donde consta de los allanamientos que se practicaron a sus residencias, sin haberse encontrado señal, huella o elemento alguno que pudiese comprometer la responsabilidad de los condenados”.

El error que se propone afecta de manera indirecta la ley sustancial porque al desconocerse la existencia del in dubio pro reo (artículo 445 del anterior Código de Procedimiento Penal), se aplicó indebidamente el artículo 323 del Código Penal de 1980, modificado por la ley 40 de 1993.

La duda planteada, que surge ante la falta de prueba para eliminarla y del contexto fáctico, conlleva a predicar la falta de certeza para imponer una condena, lo cual no puede desconocerse en perjuicio del reo.

Se violó también el artículo 36 del anterior Código Penal que define la culpabilidad dolosa, a cuyo título se atribuyó el delito al procesado. Igualmente cita como normas violadas los artículos 5º idem, 247 del anterior estatuto procesal y 29 de la

Constitución Política.

Concluye solicitando que se case la sentencia impugnada y en su lugar se profiera el fallo de reemplazo absolviendo al procesado HENRY CUERVO PIZZA.

2. Demanda a nombre del procesado NELSON PRECIADO UÑATE.

Al amparo de la causal primera de casación, se formulan dos cargos contra la sentencia del Tribunal:

2.1. Primer cargo.

Considera el recurrente que el fallador incurrió en error de hecho porque las pruebas testimoniales “se desfiguraron dándoles un contenido inexistente, o sea, alcances que tales pruebas no tenían”.

De cara al desarrollo de la censura y bajo lo que titula “primer error” esgrime el defensor que se equivocó el juzgador en ambas instancias cuando aduce una misma motivación en el delito para ambos procesados, cuando insistentemente se ha sostenido que el problema tuvo su génesis porque al parecer Cesar N. Había sustraído una escopeta de propiedad de la familia CUERVO PIZZA y que estos le reclamaban al hoy occiso indicara el paradero del hurtador.

De allí que no se puede tener conjuntamente para ambos procesados el mismo motivo que llevó a HENRY CUERVO PIZZA a cometer el homicidio, porque NELSON PRECIADO OÑATE no tuvo nada que ver con el problema suscitado por el hurto de la escopeta a la familia CUERVO PIZZA, además de que PRECIADO ni siquiera se conocía con el hoy occiso y con las testigos de cargo.

En criterio del censor, es un error manifiesto del juzgador extraer de la declaración de Luz Ángela Zubieta Vanegas y Alba Lucía López, “la motivación que tuvo su defendido para supuestamente colaborar con el crimen, puesto que ellas en ninguna parte lo aducen o de sus deposiciones de manera alguna se puede inferir tal hecho”.

El segundo error cometido por el juzgador se concreta en la apreciación del testimonio de Luz Ángela Zubieta, porque equívocamente extrae de su dicho que la participación de PRECIADO OÑATE en el homicidio juzgado se dio cuando tomó por los hombros a la víctima, restándole de esta manera cualquier posibilidad de defensa, asegurando el ataque y por ende el éxito de la operación.

Pero no se tuvo en cuenta que la versión de esta declarante “está lejos de ser suficiente para endilgar responsabilidad en el crimen a su patrocinado, puesto que ésta no es nada clara” y como el testimonio no se amplió, no se pudo determinar cómo fue en verdad la intervención de PRECIADO en el hecho, pues en la declaración obrante no se expresa “en qué forma fue que supuestamente NELSON ENRIQUE PRECIADO tomó de los hombros al hoy occiso, si fue para hacerle algún reclamo, y no es claro en qué forma lo pudo tomar de los hombros si HENRY CUERVO lo tenía asido del cuello”.

Además debe tenerse en cuenta que Alba Lucía López no observó en ningún momento que PRECIADO UÑATE realmente hubiera colaborado con el crimen sujetando a Francisco García.

Se aduce también que el fallador incurrió en error al estimar que los procesados habían planeado el homicidio, cuando lo cierto es que del testimonio de Luz Ángela Zubieta se infiere que la comisión del ilícito no fue así, ni que los procesados llegaron al lugar en que se encontraba la víctima exclusivamente a segarle la vida. Porque si así hubiera sido, desde el primer momento ellos habrían actuado en orden a producir el resultado, pero la citada declarante dijo que Luis Francisco fue abordado por los procesados

en dos oportunidades. En la primera preguntaron por el paradero de Cesar N. y como la víctima desconocía su ubicación se despidieron cordialmente de él, para luego regresar y sin mediar palabra HENRY procedió a acribillar a su novio.

Además, agrega, la testigo en cita fue clara en expresar que el hoy occiso “se soltó cuando HENRY CUERVO le tomó el cuello y mi representado lo tenía asido por los hombros y salió a correr, procediendo el primeramente nombrado a dispararle en repetidas ocasiones cegándole (sic) la vida”, de donde concluye que no fue eficaz la colaboración que se pregonaba del procesado PRECIADO UÑATE.

Precisamente esta última razón sirvió de base al Ministerio Público ante el Tribunal para solicitar la absolución de su defendido, criterio que condensa lo que ha querido resaltar en esta demanda en cuanto al error del ad-quem, puesto que nada claro puede extraerse de la versión de Luz Ángela sobre el comportamiento de PRECIADO.

Señala como normas sustanciales violadas indirectamente por aplicación indebida los artículos 5º y 23 del Código Penal de 1980 y de orden instrumental los artículos 247 y 445 del anterior Código de Procedimiento Penal.

Concluye el cargo solicitando que se case la sentencia impugnada, y en su lugar se absuelva a NELSON PRECIADO UÑATE.

2.2. Segundo cargo.

Con base en la misma causal primera de casación, el demandante acusa la sentencia de ser violatoria de una norma sustancial por inaplicación indebida del artículo 23 del Código Penal de 1980, porque adjudicó erróneamente las consecuencias jurídicas derivadas de la apreciación del testimonio de Luz Ángela Zubieta Vanegas, única prueba de cargo, al considerar que PRECIADO UÑATE actuó como coautor en el homicidio, cuando su participación fue de cómplice, si se tiene en cuenta que la declarante expresó: “...se

bajaron del carro, HENRY lo cogió del cuello y otro muchacho que está detenido también lo cogió de los hombros y en el momento que lo tenían agarrado, le dispararon al corazón y él se alcanzó a soltar, dio como cuatro pasos y le dispararon más...”.

De la anterior manifestación, deduce el censor que la testigo no expresó “que la colaboración de NELSON ENRIQUE PRECIADO fue concluyente e indispensable para la consumación del crimen, sino que inclusive, sin la intervención de este procesado, podemos inferir que de todas maneras el punible se hubiere realizado...Tan es así, que inclusive el hoy occiso alcanzó a escapar del asedio de HENRY CUERVO y éste le alcanzó y ultimó a balazos, ya sin participación alguna de PRECIADO UÑATE”.

En la fundamentación del cargo se remite a consideraciones doctrinarias sobre la distinción entre autoría y complicidad, siendo la primera de carácter autónomo y la segunda accesoria, al punto que “el autor puede actuar solo y su conducta tiene plena relevancia jurídica (a menos que el tipo exija la presencia de una pluralidad de actores); el cómplice jamás podrá hacerlo sin un autor a quien le preste colaboración”.

Solicita en consecuencia que se case la sentencia, para que se condene a PRECIADO OÑATE como cómplice y se redosifique la pena.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Sobre la causal tercera de la demanda a nombre de HENRY CUERVO PIZZA.

Para el Procurador Primero Delegado en lo Penal, ninguna duda surgió a lo largo del proceso en relación con los sujetos sobre los cuales se hace recaer el fallo de condena, porque tal como lo determinó esta Corporación en sentencia de febrero 7 de 1996, “poco y nada interesa que el sujeto pasivo de la acción penal se presente con una pluralidad de nombres o de documentos de identidad, lugares o fechas de nacimiento, mecanismos fraudulentos que ninguna duda alcanzan a generar cuando se tiene la

certeza respecto del individuo único y concreto sobre el cual recae la acción punitiva del Estado”.

En efecto, HENRY CUERVO PIZZA, desde el momento de su captura se identificó con la cédula de ciudadanía No. 19.418.542 de Bogotá, aspecto que ratificó en su indagatoria, y con el mismo documento se identificó al suscribir los poderes que otorgó a sus defensores.

Y en cuanto a NELSON PRECIADO UÑATE si bien en un comienzo manifestó ser indocumentado, al suscribir los poderes a dos de sus defensores se identificó con la cédula de ciudadanía No. 79.804.956 de Bogotá, tal como consta a los folios 59 del cuaderno 1 y 12 del cuaderno 2.

Pero de todas maneras, agrega, los acusados fueron identificados e individualizados, tal como se afirmó en las sentencias de primer y segundo grado según los textos que cita. Además en las indagatorias de cada uno de los procesados se consignaron las características físicas de los mismos.

La prueba recopilada en torno de la responsabilidad por la muerte de Luis García Amaya no remite a dudas, en tanto se dirige toda hacia los sujetos capturados la noche de los hechos, esto es HENRY CUERVO PIZZA y NELSON ENRIQUE PRECIADO UÑATE. No existe el riesgo que pregona el censor de que personas distintas y obviamente inocentes vayan a purgar las penas impuestas a los procesados en este proceso, dado que ellos han sido debidamente individualizados.

Contrario a la opinión del recurrente, encuentra el Procurador que no caben equivocaciones en relación con las personas responsables del ilícito, pues se sabe con certeza de la existencia física de unas personas que se relacionan con los nombres de los procesados y, lo más importante, “que se corresponden con los datos fisonómicos suministrados por las declarantes del hecho, deponentes que se ratificaron en sus dichos

en la diligencia de reconocimiento de los procesados”.

Aunque no se puede desconocer la importancia que la cartilla decadactilar tiene en el proceso para la comprobación de la identidad plena de una persona, éste no es el único medio idóneo para lograrlo, como parece entenderlo el censor. Los registros personales que el documento extrañado contiene pueden ser obtenidos a través de otros elementos de prueba si se tiene en cuenta el principio de libertad probatoria.

En consecuencia, concluye, los cargos en este tópico resultan inatendibles.

De otro lado, tampoco le asiste razón al recurrente cuando asevera que se ha incurrido en violación al debido proceso y al derecho de defensa porque el instructor “obstaculizó ilegalmente” la libertad provisional decretada a favor de los procesados al darse la causal de excarcelación prevista en el numeral 4º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal vigente a la sazón.

Del estudio del proceso, no se evidencia irregularidad sustancial en el trámite de la libertad provisional, porque el fiscal instructor atendió en tiempo la solicitud y si bien a los procesados no se les efectivizó su liberación, ello no le es imputable al funcionario, pues lo cierto es que cuando los procesados suscribieron el acta de caución prendaria, para la misma fecha -junio 22 de 1995- ya se había proferido la resolución de acusación por el delito de homicidio y en ella se les negaba la libertad provisional, razón por la cual la excarcelación decretada el 20 de junio no se pudo hacer efectiva y los acusados debieron continuar detenidos.

No obstante, el Procurador llama la atención sobre la omisión en que incurrió la Fiscalía al no elaborar el acta de caución prendaria que debían suscribir los procesados en forma concomitante con la notificación de la providencia que les otorgaba la libertad, la que sólo procedió a efectuar el 22 de junio siguiente, cuando desde el día anterior se había notificado y se contaba con la caución impuesta. Dicha actuación podría generar una

sanción de orden disciplinario, la cual sugiere a la Sala.

Agrega que en la hipótesis de la supuesta irregularidad, su existencia tampoco conllevaría la invalidación de la actuación, porque en un momento dado sólo se podría considerar como viciado el trámite “ilegal” dado a la solicitud de libertad, sin que la falla trascienda a la estructura del proceso, de manera que no es necesario retrotraer la actuación para repetir el trámite, ya que no es presupuesto procesal de ninguna actuación o decisión posterior.

Bajo tales consideraciones, el cargo se debe desechar.

Causal primera. Violación indirecta

Como aclaración previa, aduce el Procurador que teniendo en cuenta que el cargo único que formula el recurrente a través de esta vía, concuerda en términos generales con el sentido y fundamentación de los dos aspectos del primer cargo que desarrolla el defensor de NELSON PRECIADO UÑATE, es pertinente la contestación conjunta de los reproches, pues al decir de ambos recurrentes los testimonios de Luz Zubieta Vanegas y Alba Lucía López, “se desfiguraron dándoles un contenido inexistente, o sea, alcances que tales pruebas no tenían”, lo cual llevó al fallador a proferir condena en contra de los procesados cuando lo procedente era su absolución.

Para el Ministerio Público, los recurrentes incurren en desaciertos técnico-conceptuales que imposibilitan la prosperidad de sus pretensiones, pues no demuestran que el Tribunal hubiese trastocado el sentido fáctico de tales pruebas o que al apreciarlas lo hubiera hecho con desconocimiento de la ciencia, la lógica, el sentido común o de la experiencia, esto es las pautas de la sana crítica.

Así, de las discordancias entre lo que anuncian los recurrentes como motivos de reproche y lo que al respecto desarrollan las demandas, claramente se observa el

propósito de los censores en cuestionar las deducciones que de dichos asertos hizo el Tribunal, convirtiendo la postura en un simple desacuerdo con la valoración de las pruebas, extraño por completo a la demostración de algún error en su apreciación por parte del fallador.

Las críticas expuestas en las demandas son la réplica de los fundamentos de inconformidad en las instancias y que en su oportunidad fueran despachados desfavorablemente por los juzgadores en forma acertada. Los recurrentes pretenden sin éxito desconocer el análisis y valoración del fallador.

Pero por fuera de las fallas técnicas, tampoco les asiste razón en sus alegaciones, porque no es cierto que los funcionarios judiciales hayan tergiversado los citados testimonios.

En cuanto a la retractación de los testigos de cargo, cabe advertir que la jurisprudencia ha reiterado que ésta no es por sí misma causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico para establecer en cuál de sus opuestas versiones comunicaron las declarantes la verdad, porque quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, que debe ser escudriñado por el juez.

En el presente caso, según Amparo Amaya Amaya, madre del occiso, las deponentes de cargo fueron amenazadas tal como se lo comunicaron las mismas testigos, por lo cual se vio precisada a solicitar la protección debida.

Y esto fue lo que reconocieron los juzgadores, quienes no hallaron que las retractaciones estuviesen motivadas en un ulterior propósito de imponer la verdad, sino dirigidas por razones distintas a tratar de favorecer a los acusados.

Tampoco existió duda alguna en el fallador sobre la sanidad mental de las deponentes, pues como lo anotara el a-quo, las testigos no podían estar bajo el influjo del alcohol o la droga, porque si esto hubiera sido así, la Fiscal que conoció y adelantó las diligencias preliminares la noche de los hechos, y quien autorizó a los agentes del orden comisionados, para que se desplazaran con ellas en busca de los sindicatos, habría dispuesto el examen médico-legista correspondiente, como sí lo ordenó para los procesados en quienes se dictaminó primer y segundo grado de embriaguez. Además los agentes hubieran resaltado el hecho, pero no fue así.

Frente a la inconformidad del defensor de PRECIADO UÑATE en torno a que de la prueba testimonial de cargo no se puede inferir la existencia del móvil delictual en cabeza de su defendido, encuentra que en verdad éste no disparó contra la víctima, pero sí participó en la comisión del homicidio a título de cómplice como se verá en la contestación del ataque subsidiario por violación directa. Si bien no existe manifestación alguna de los procesados en el sentido de que sus intenciones iban dirigidas directamente a causar la muerte de la víctima, ello no es óbice para que los demás medios de prueba señalen que esa fue la verdadera finalidad de los agentes, tal como sucede en este caso.

Así, se cuenta con los testimonios de cargo que demuestran que HENRY CUERVO PIZZA disparó en repetidas ocasiones contra Luis García Amaya, hasta darle muerte, porque éste no dio razón del paradero de Cesar N., por quien se le había indagado antes, según las deponentes, y quien supuestamente había hurtado una escopeta recortada a los CUERVO PIZZA.

Y de acuerdo al dicho de las declarantes Luz Zubieta Vanegas y Alba Lucía López, NELSON PRECIADO UÑATE participó en el homicidio, pues en principio cogió por los hombros al hoy occiso, en tanto HENRY lo tomó por el cuello y le disparó al corazón, momento en el cual la víctima se soltó y alcanzó a dar cuatro pasos antes de ser rematado por CUERVO PIZZA.

Agrega, que procurar cimentar un “querer distinto” de causar la muerte a Francisco García, como lo pretende el defensor de PRECIADO UÑATE, apoyado en la supuesta duda de su participación y responsabilidad, no tiene asidero probatorio alguno ante la contundencia de las pruebas recaudadas.

No sobra advertir que el móvil es parte integrante del injusto penal, pero su demostración no es necesaria siempre y cuando se acredite, su realización consciente y voluntaria.

La conclusión de las instancias es adecuada a lo que muestra la reconstrucción histórica de los hechos, y sobre ello no cabe discusión alguna, lo que implica, necesariamente, que no existe duda alguna sobre la participación y responsabilidad de PRECIADO UÑATE en el homicidio.

Por lo anterior, los cargos se deben desechar.

Sobre el cargo por violación directa contenido en la demanda a nombre de NELSON ENRIQUE PRECIADO UÑATE.

El Procurador se muestra partidario de la tesis esgrimida por el defensor de PRECIADO UÑATE, de acuerdo con el cual la intervención de éste en el homicidio de Francisco García debe ser considerada a título de cómplice, que no de coautor como lo consideraron los juzgadores, por las siguientes razones:

La coautoría es, subjetivamente, comunidad de ánimo, y objetivamente, división de tareas e importancia de los aportes. En ella el dominio del hecho es funcional, pero aquél no lo ejerce sólo uno, sino todos, mediante una realización mancomunada y recíproca, pues todos, por acuerdo, dominan en parte y en todo la realización del injusto, siempre que el hecho de cada uno constituya contribución de importancia.

Si bien en la comisión del ilícito HENRY CUERVO PIZZA y NELSON PRECIADO UÑATE actuaron en comunidad de ánimo, de reparto de trabajo, la importancia de los aportes por parte del segundo fue secundario.

Si de acuerdo con el testimonio de Luz Zubieta Vanegas, PRECIADO UÑATE no disparó, sólo cogió por los hombros al hoy occiso en tanto HENRY lo tomaba por el cuello y procedía a dispararle al corazón. Si cuando aquél tenía por los hombros a la víctima y ésta se soltó y dio cuatro pasos, con ello se demuestra “que PRECIADO en verdad colaboró pero no en forma eficaz para estimarse que sin su ayuda el autor no hubiera podido lograr el cometido muerte. No, porque si se sustrajera su aporte, de todos modos el objetivo se habría logrado, pues HENRY disparó en repetidas ocasiones contra García Amaya”, quien según la inspección del cadáver presentó tres impactos.

De acuerdo al acopio probatorio, ni hipotéticamente se puede considerar a PRECIADO como instigador o autor intelectual del homicidio, porque en orden lógico no tenía interés en la recuperación de la escopeta hurtada a la familia CUERVO PIZZA, delito del cual se responsabiliza a Cesar N., sujeto conocido por HENRY, el occiso y las testigos de cargo, menos por el procesado PRECIADO. En conclusión, este último sólo acompañó y colaboró en orden accesorio al autor del homicidio.

El conjunto de la prueba permite inferir en forma legítima que fue solidario en el quehacer delictivo y que tras su acuerdo voluntario con el autor material, “su aporte fue por completo accesorio” a tal punto que haciendo abstracción de su contribución la ilicitud habría sido cometida sin su compañía.

Para arribar a la coautoría, no es suficiente, en criterio del Procurador, “el común propósito y el reparto del trabajo, pues si la ayuda objetiva no constituye un apreciable grado de importancia material y funcional, en la medida que suprimiéndola mentalmente no haría desaparecer el funcionamiento del hecho en el mundo de lo

social, sin fórmulas sustitutivas, dadas las circunstancias, no habrá entonces coautoría en la conducta del interviniente sino participación estricta (instigador o cómplice)".

Así las cosas, considera que NELSON PRECIADO UÑATE sólo fue y es un cómplice, razón por la cual se muestra partidario de la casación parcial de la sentencia impugnada en este sentido, con la correspondiente dosificación punitiva.

En todo lo demás solicita no casar el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Demanda a nombre del procesado HENRY CUERVO PIZZA

1. Cargo primero. Causal tercera

1.1. Primer motivo de nulidad.

Sugiere el censor que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa, pues sin identificar e individualizar legalmente a los acusados, se les condenó.

Lo primero que debe resaltarse es que si las nulidades procesales pueden ser parciales, en vista de la vigencia de la regla de su carácter de remedio extremo y alternativo (C. P. P., art. 310-5), en principio un sujeto procesal, concretamente el defensor, carece de interés para reclamar por los vicios que aparentemente afectan a otro sujeto procesal de cometidos diferentes a los suyos dentro del proceso penal o a un procesado que no es su defendido.

En el presente caso, el libelista carece de interés para postular cualquier reproche con relación al procesado NELSON PRECIADO OÑATE, de quien no es defensor.

En segundo lugar, observa la Sala que el demandante confunde los conceptos de debido proceso y derecho de defensa, puesto que si bien en ambos casos es la nulidad la solución que el ordenamiento ofrece en el evento de encontrarse transgredida cualquiera de estas dos garantías de rango constitucional, también lo es que cada cual obedece a fundamentos de distinta naturaleza, poseen diverso alcance, y por tanto ameritan postulación, desarrollo y demostración autónoma en sede de casación, en punto a estar contempladas en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal vigente a la sazón (hoy artículo 306 de la ley 600 de 2000) como motivos de invalidación distintos.

No obstante estas falencias técnicas, la Corte procederá al estudio de fondo de la censura, por cuanto de su contexto general se advierte cuál es la inconformidad frente al yerro denunciado.

De conformidad con la preceptiva contenida en el numeral 2º del artículo 180 del anterior Código de Procedimiento Penal, reproducida en el mismo numeral del artículo 170 del nuevo estatuto procesal, el procesado debe estar individualizado o identificado para el momento de la sentencia, exigencia que se justifica porque la responsabilidad penal y sus consecuencias son personales del autor y del partícipe, de donde debe existir certeza sobre la persona respecto de quien se formula el juicio de responsabilidad. Pero lo importante para el juicio de reproche es la determinación física del procesado, esto es, que aquél ha intervenido en la realización de un ilícito y es posible distinguirlo de los demás individuos.

La mencionada normatividad instituye así la suficiencia de la individualización para proferir sentencia, de tal manera que el proceso puede ser tramitado sin necesidad de que el sindicado aparezca plenamente identificado, pero sí individualizado.

En el presente caso la prueba recopilada en torno de la autoría del homicidio de Luis García Amaya no remite a dudas, en tanto se dirige de manera contundente a los sujetos capturados momentos después de los acontecimientos y quienes se identificaron como HENRY CUERVO PIZZA y NELSON ENRIQUE PRECIADO UÑATE. Así se reconoció en la sentencia de primera instancia cuando se afirma que:

“...las testigos Luz Zubieta Vanegas y Alba Lucía López en la declaración rendida el 16 de febrero de 1995, empieza su incriminación haciendo una certera descripción de los acusados, señalando sin vacilación ni titubeos como rasgos físicos, que HENRY CUERVO PIZZA es de aproximadamente 1.68 de estatura, contextura mediana, como calvo, y de NELSON ENRIQUE PRECIADO que tiene cabello liso, medio moreno, delgado, y sin bigote, características especiales que señalan para la individualización de los acusados” (fl. 159 cd. 1).

Y en la sentencia del Tribunal, se expuso:

“Aquí cabe destacar cómo la testigo (Luz Zubieta Vanegas), además de identificar a los autores del atentado criminal, hizo una descripción pormenorizada de las características físicas de los mismos, que coinciden en forma exacta con las de los encausados” (fl. 49 cd. Tribunal).

Así las cosas, la individualidad de los procesados fue establecida desde el primer momento, permitiendo diferenciarlos de cualquier otra persona, para determinar que fueron ellos y no otros los autores del hecho punible imputado.

Además, el procesado CUERVO PIZZA desde el momento de su captura dijo identificarse con la cédula de ciudadanía No. 19.418.542 de Bogotá, aspecto que ratificó en el curso de su indagatoria y lo dejó plasmado en los diferentes poderes que otorgó a sus defensores obrantes a los folios 66 y 134 del acuerdo No. 1. De otro lado, en el curso de su indagatoria se consignó que se trata de un “hombre de 1.70 mts, edad 35 años, nacido

en Bogotá, contextura regular, cabello negro lacio corto, ondulado, calvicie frontal, frente amplia, nariz mediana, cejas oblicuas semipobladas, ojos medianos saltones, iris castaño, boca mediana, barba rasurada, tez trigueña”. Igualmente, el mismo dijo ser hijo de Henry y Ana, de profesión fotomecánico, con estudios hasta 4º grado de bachillerato.

La apreciación del demandante, en el sentido de que el proceso de individualización e identificación del imputado, debe apoyarse en su cartilla decodactilar, porque es allí donde aparecen registrados los rasgos y características físicas de la persona, es equivocada.

La normatividad procesal penal no hace esta clase de exigencias. En esta materia rige el principio de libertad probatoria, de acuerdo con el cual cualquier medio de prueba es apto para la demostración de los diferentes aspectos de la investigación, salvo que la ley expresamente requiera uno especial.

El cargo no prospera.

1.2. Segundo motivo de nulidad.

Tampoco le asiste razón al demandante cuando asevera que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa porque no se garantizó la libertad de los procesados, al no hacerse efectiva la concedida provisionalmente por la Fiscalía 45 Delegada en resolución del 20 de junio de 1995 con base en la causal del numeral 4º del artículo 415 del anterior Código de Procedimiento Penal.

Sea lo primero advertir que la pretendida irregularidad, así realmente tuviese respaldo fáctico y legal, en ningún momento podría ser constitutiva de un vicio de tales características como para generar la afectación de la estructura fundamental del proceso y tenerla como motivo de su invalidación, menos aún cuando se trataría de un hecho consolidado en el tiempo sin ninguna significancia en esta etapa del proceso, máxime cuando la referida causal de excarcelación perdió su eficacia desde el momento mismo en que se profirió la resolución acusatoria que puso fin al término transcurrido en detención preventiva sin calificación del mérito del sumario.

Pero además, tampoco le asiste razón alguna al actor cuando afirma que el Fiscal instructor en concurso con el Secretario de la Unidad “obstaculizó ilegalmente” la libertad provisional de los procesados. En efecto, de acuerdo con las constancias procesales, las solicitudes de libertad impetradas por los defensores de CUERVO PIZZA y PRECIADO UÑATE se formularon el 13 y 14 de junio de 1995, pero los escritos fueron pasados por secretaría al despacho del Fiscal a las 5:15 p.m. del último día (fl. 26 cd. 2), o sea que los tres días hábiles de que disponía el funcionario para resolver vencían el 20 de junio, en razón de que el 17, 18 y 19 fueron inhábiles.

Dentro del término, esto es el 20 de junio, se decidió otorgar la libertad a los procesados, previo el pago de una caución prendaria y la suscripción de una diligencia de compromiso. Esta determinación fue notificada a los acusados el 21 siguiente, el mismo día en que la Fiscalía recibiera los respectivos títulos judiciales correspondientes a las cauciones impuestas.

Sin embargo, como la libertad se condicionó a la suscripción de la diligencia de caución, y ésta no se pudo realizar el 21 de junio toda vez que las diligencias fueron recibidas por el fiscal “a las 2:40 p.m., hora en que los notificadores adscritos a la

Unidad ya se habían ausentado de la sede” y la fiscalía no podía trasladarse al centro carcelario en el curso de la tarde por cuanto “estaba evacuando para esa hora diligencia de ampliación de indagatoria dentro del proceso 162409 con preso”, se dispuso que la diligencia de compromiso se sentara el 22 de junio, para lo cual se trasladaría el despacho instructor a la Cárcel Distrital, según consta en el auto del folio 47 del cuaderno No. 2.

La circunstancia de que ese 22 de junio siguiente se había calificado el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de ambos procesados y consecuentemente se dispuso la revocatoria de la libertad provisional otorgada al desaparecer la causal que la sustentaba, dando lugar a que los acusados continuaran detenidos, no constituye a juicio de la Sala vulneración al debido proceso. La situación presentada, lejos de vulnerar las garantías de los procesados, obedece a la labor diligente de la Fiscalía, que para el cumplimiento de su deber no podía esperar que los procesados fueran puestos en libertad para informar que la orden había sido revocada, con inminente riesgo de propiciar la impunidad.

Esto hace que el cargo, además de infundado, resulte intrascendente, por carecer de idoneidad para concitar las consecuencias jurídicas invalidatorias que el demandante reclama.

2. Cargo segundo. Causal primera.

Aduce el demandante que el juzgador tergiversó el contenido fáctico de las pruebas, especificando tres supuestos errores de hecho:

El primero, “por apreciación errónea de las circunstancias” que mediaron en la captura de los procesados, porque el fallador le otorgó plena credibilidad a lo vertido por las testigos Luz Zubieta Vanegas y Alba Lucía López, cuando las mismas se hallaban en imposibilidad síquica de declarar; el segundo, “por apreciación errónea de la

circunstancia de que en el momento de ser lesionado mortalmente Luis Francisco García Amaya, quien lo hiciera es HENRY CUERVO, quien procedió a dispararle en tres oportunidades” porque en el momento de los hechos los procesados se hallaban en lugar distinto al de su ocurrencia; y, el tercero, porque el juzgador le otorgó credibilidad a las primeras declaraciones de las mismas testigos de cargo Zubieta y López, pese a que ellas se retractaron de sus iniciales manifestaciones, lo que riñe con la lógica.

Sin embargo, como lo recuerda el Procurador, el censor incurre en ostensibles desaciertos técnicos que imposibilitan la prosperidad de sus pretensiones.

En primer lugar, aunque se alegan “errores de hecho” en la apreciación de las pruebas, se omite el señalamiento específico de la clase de yerros, omisión frente a la cual debe reiterarse que cuando se alegan errores fácticos en que haya podido incurrir el fallador al momento de analizar las pruebas allegadas al proceso, además de individualizar cada uno de los elementos de convicción y la clase de desatino manifiesto en ellos, resulta absolutamente imprescindible señalar la trascendencia que el mismo ha tenido en la composición de la decisión impugnada, esto es que de no haber concurrido, ésta habría determinado una situación más favorable a los intereses de quien lo invoca.

Pero además, el desarrollo de las censuras se orienta a atacar la credibilidad otorgada por el sentenciador a los testimonios de cargo rendidos por Luz Zubieta Vanegas y Alba Lucía López, sin acatar, como lo ha reiterado la Sala, que no es posible demandar en esta sede el grado de valoración otorgado o negado por el sentenciador a los medios de convicción, toda vez que en nuestro sistema procesal, como norma general, no rige el sistema de la tarifa legal para la apreciación probatoria, sino el de la sana crítica o persuasión racional, en la que el juzgador goza de libertad para determinar el

mérito que le asigna a los elementos de juicio, sólo limitada por los principios de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, cuya vulneración debe demostrarse por la vía del error de hecho por falso raciocinio.

El casacionista cuestiona el mérito que los fallos otorgaron al relato de las dos testigos citadas, con base en dos argumentos principales: a) Que la síquis de las mismas se encontraba alterada por el consumo de licor y estupefacientes, y b) Que sus afirmaciones iniciales sobre el señalamiento de los procesados fue desvirtuado posteriormente cuando se retractaron de sus dichos.

El planteamiento del demandante no constituye una propuesta de ataque objetiva a la apreciación que los juzgadores hicieron de la prueba testimonial, pues el primer argumento no consulta la realidad probatoria, y el segundo, aparece alejado de los principios que rigen la apreciación racional de la prueba, fundamentalmente los que enseñan que la evaluación de un determinado medio debe hacerse en confrontación con los demás elementos de convicción, porque sólo de esta manera puede obtenerse una aproximación a su verdadero alcance.

La primera inconsistencia del reparo radica en dar por sentado que la síquis de Luz Ángela Zubieta Vanegas y Alba Lucía López se encontraba alterada, sin haber logrado desvirtuar previamente las afirmaciones que en sentido contrario se hacen en el fallo de primera instancia, según las cuales aquéllas no pudieron estar bajo el influjo del alcohol o droga alucinógena, pues “de haberse evidenciado, el Fiscal que realizó la diligencia de levantamiento hubiere tomado las medidas pertinentes para establecer a través de un dictamen técnico el estado ánimo de estas testigos, pues sus dichos en que acusaban a unas personas de cometer un grave atentado contra la vida así lo ameritaba, y, como ese pretendido cuadro de irregularidad en la personalidad no lo presentaban las jóvenes

no había la necesidad de disponer la evaluación”, razonamiento que por demás resulta completamente lógico a la luz de la sana crítica.

Y en cuanto a la retractación de las dos testigos de cargo, cabe advertir que la Sala ha reiterado que ésta no es por sí misma razón para desvirtuar la credibilidad de un testimonio, pues el juzgador goza de un prudente arbitrio para sopesar, con base en las reglas de la sana crítica, las versiones encontradas y acoger la que le parezca digna de credibilidad procurando desentrañar el verdadero motivo de la retractación.

“En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación solo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso” (Cfr. Casación de abril 21/55 y noviembre 9/93, entre otras).

En el caso a estudio, el juzgador de primera instancia analizó ampliamente las versiones antagónicas de las testigos, y con criterio razonado, desestimó sus retractaciones al encontrar que las mismas no estuvieron motivadas en el ulterior propósito de imponer la verdad, sino que tuvo como fuente “las amenazas de que fueron objeto por parte de los familiares de los acusados”, como en efecto lo declaró la progenitora del occiso.

El anterior aserto fue avalado por el Tribunal, que en relación con este específico aspecto sostuvo:

“En el caso que ocupa nuestra atención, como atrás se dijo, después de que Luz Angela y Alba Lucía rindieron sus iniciales versiones, en acto libre, espontáneo y sincero, las que el estudio detallado del proceso permite pregonar se encuentran en completa armonía y concatenación con todos los medios de prueba que reflejan una verdad procesal, posteriormente, muchos días después, resolvieron cambiar su versión, aduciendo como causa que en aquella oportunidad se vieron avocadas a declarar contra los sindicatos, presionadas por la autoridad policial que actuó en las primeras diligencias investigativas, pero sin que, en momento alguno, en respaldo de su dicho, trajeran elemento de juicio digno de credibilidad que reforzara tal afirmación. Por esta circunstancia el a quo con toda razón y dentro de la autonomía de que disfruta en la apreciación de la prueba dentro del sistema de la sana crítica, que como ya dijimos impera en nuestro derecho penal colombiano, no consideró la retractación como inspirada en el deseo de hacer prevalecer la verdad, sino como dirigida por razones diversas a favorecer a los encausados”.

De otro lado, pretende igualmente el censor enervar la solvencia persuasiva reconocida por los juzgadores de instancia a las iniciales versiones de Luz Angela y Alba Lucía, contraponiendo su contenido a la coartada esgrimida por los procesados según los cuales no pudieron cometer el homicidio porque se encontraban bebiendo en el establecimiento de Elizabeth Mancipe y Juan Calderón, quienes en la diligencia de audiencia pública aseveraron que aquéllos permanecieron en el sitio hasta altas horas de la noche.

El reparo así presentado, no sólo carece de fundamentación al no explicar por qué motivos, frente a las reglas de la sana crítica, habría de acogerse la versión suministrada por los últimos deponentes, y desestimarse la presentada por las tantas veces referidas testigos de cargo, sino que además omite considerar las reflexiones que frente a este aspecto hizo el juzgador en los siguientes términos:

“La diferencia de horario entre los testigos (Mancipe y Calderón) y los agentes del orden, es equivocada por parte de los comerciantes, pues es elemental que la atención a quienes concurren en busca de diversión no les permitía que estuvieran pendientes exclusivamente en conocer concretamente la hora de entrada o de salida de los implicados como lo han pretendido sostener Elizabeth Mancipe y Juan Alberto Calderón; y no resulta razonable admitirles como creíble sus afirmaciones respecto de la hora, porque así ocurriría entonces con todos los clientes que concurren al lugar, máxime cuando hasta antes de retirarse no se conocían los trágicos acontecimientos; por manera que el discurrir cotidiano de diversión en el citado establecimiento alejaba la preocupación de los citados declarantes en conocer con exactitud el tiempo de permanencia como la hora de retirada de los procesados” (página 26 sentencia del primera instancia).

En síntesis, el casacionista no logra demostrar la existencia de los errores de apreciación probatoria denunciados.

Se desestima la censura.

Demanda a nombre del procesado NELSON ENRIQUE PRECIADO UÑATE

1. Cargo primero. Violación indirecta

Al amparo de esta causal alega el defensor de PRECIADO UÑATE que el fallador incurrió en error de hecho porque a las pruebas testimoniales se les dio un “contenido inexistente, o sea, alcances que tales pruebas no tenían”.

Circunscribe los supuestos errores de hecho a las conclusiones extraídas de los testimonios vertidos por Luz Ángela Zubieta Vanegas y Alba Lucía López, de los cuales, según el censor, no podía deducirse la “motivación que tuvo su defendido para

supuestamente colaborar con el crimen, puesto que ellas en ninguna parte lo aducen o de sus deposiciones de manera alguna se puede inferir tal hecho". Como tampoco de la información "lacónica" de la primera de las declarantes podía extraerse la responsabilidad de PRECIADO UÑATE a título de coautor, porque no explicó "en qué forma fue que supuestamente NELSON PRECIADO tomó por los hombros al hoy occiso".

En el desarrollo de la censura incurre el libelista en los mismos desaciertos técnicos atribuidos a la demanda que se acaba de examinar, pues igualmente omite el señalamiento específico de la clase de yerros cometidos. Y aunque cuando alega que el juzgador le dio a la prueba testimonial de cargo un "contenido inexistente", podría pensarse que lo que se pretende es un error de hecho por falso juicio de identidad, pero no se intenta en forma alguna una controversia seria encaminada a mostrar que se distorsionó el contenido material de la prueba. La demostración de este yerro imponía contrastar el contenido material de la prueba con la aprehensión fáctica que de ella hacen los fallos de instancia, para ver de comprobar su falta de correspondencia.

El recurso extraordinario de casación admite el ataque de las sentencias por errores consumados en la apreciación de las pruebas, pero no se trata de mostrar la lógica de las apreciaciones del demandante sobre los distintos medios de convicción, sino de establecer que las deducciones o inferencias del sentenciador resultan absurdas, precisamente porque lo atacado son los juicios de valor de un fallo de segundo grado que, si no están viciados por error de hecho o de derecho trascendente, permanece incólume la presunción de acierto y de legalidad de que están investidos.

Las alegaciones del censor se encaminan a señalar que los testimonios rendidos por Luz Ángela Zubieta Vanegas y Alba Lucía López, no tenían la fuerza necesaria para concluir en la participación y responsabilidad del procesado NELSON PRECIADO UÑATE en el homicidio investigado, pero orienta su discurso hacia un análisis personal de la

prueba, desconociendo que por la vía escogida -violación indirecta- le era ineludible demostrar la presencia del error protuberante o manifiesto, valga decir, de aquél que asoma a simple vista y sin necesidad de elaborados y complejos esfuerzos de dialéctica.

Como en la forma debida nada de esto plantea y menos demuestra la demanda, el cargo no prospera.

1. Cargo segundo. Violación directa

Bajo los parámetros de la violación directa de la ley sustancial, acusa al sentenciador de haber aplicado de manera indebida el artículo 23 del Código Penal de 1980, al concluir que el grado de participación del procesado fue a título de coautor, cuando en su criterio, su comportamiento se enmarca dentro del terreno de la complicidad.

Para el Procurador, que se muestra de acuerdo con esta tesis, el aporte de NELSON PRECIADO UÑATE en la comisión del homicidio fue secundario, pues según Luz Ángela Zubieta Vanegas, aquél no disparó contra el hoy occiso sino que se limitó a cogerlo por los hombros en tanto HENRY CUERVO lo tomaba por el cuello y procedía a dispararle al corazón. Pero como la víctima logró soltarse y dio cuatro pasos, momento en el cual HENRY le disparó en repetidas ocasiones, concluye que en verdad PRECIADO no colaboró en forma eficaz como para estimar que sin su ayuda el autor no hubiera podido lograr el cometido muerte.

De manera amplia los juzgadores dedicaron muchos argumentos a explicar cómo, por las circunstancias que rodearon los hechos y la actividad desplegada por el procesado NELSON PRECIADO UÑATE, su intervención debía calificarse a título de coautor, que no de cómplice como insistentemente se alegó por la defensa en el curso del proceso. Así, en la

sentencia de primera instancia se dijo:

“No puede decirse que la intervención que hiciera NELSON PRECIADO tuvo trascendencia alguna, pues en verdad fue de vital importancia para la comisión del hecho ilegal, el cual estaba previamente planeado, por cuanto que al observar lo dicho por las testigos Luz Ángela Zubieta Vanegas y Alba Lucía López, en tanto que HENRY CUERVO tomó por el cuello a Luis Francisco, PRECIADO lo sujetó por los hombros, y fue en ese instante cuando se produjo el primer disparo, reaccionando Luis Francisco pudiéndose safar (sic) momentáneamente de sus aprehensores, y cuando herido de muerte trataba de alejarse del lugar buscando refugio HENRY CUERVO volvió a dispararle.

“Entonces, es incuestionable que NELSON PRECIADO tenía conocimiento del fin delictivo y prestó su colaboración conducente a conseguir el resultado, así, hubo coparticipación criminal en razón a que la conducta de acción de los distintos socii sceleris, conectada material y moralmente constituía un conjunto de fuerzas que se dirigían a un fin común, o unidad de intención criminal, y las diferentes actividades estaban determinadas por esa voluntad de cooperar al hecho constitutivo como delito”.

Y el Tribunal al estudiar el punto, reflexionó así:

“En el caso de autos resulta claro del proceso que la persona que accionó el arma de fuego en contra de la humanidad del joven Luis Francisco García Amaya, fue el señor HENRY CUERVO PIZZA. Sobre esto no hay duda alguna; el elenco probatorio así lo demuestra y el Tribunal así lo acepta. Pero igualmente resulta meridiano que en el momento crucial de los acontecimientos de sangre, no solamente actuó el citado procesado, sino que, también tuvo participación, aun cuando de otra clase, su compañero de causa, señor NELSON PRECIADO UÑATE.

“Y cuál fue la participación efectiva de PRECIADO UÑATE en el hecho? Pues nada mas ni nada menos que el haber sostenido a la víctima por los hombros, restándole en esta forma cualquier posibilidad de defensa y a contrario sensu, dándole mayor efectividad y seguridad al ataque y por ende al atacante CUERVO PIZZA, quien en forma libre pudo asegurar el éxito de la operación delictiva.

(...)

“Así las cosas, cabe afirmar que la intervención que en los hechos investigados tuvo el señor PRECIADO UÑATE, lo compromete penalmente como coautor en la muerte de García Amaya, tal como acertadamente se sostuvo en la resolución acusatoria y se reafirmó en el fallo materia de apelación”.

Para la Sala, resulta apenas lógico que la realización mancomunada de un hecho delictivo compromete la responsabilidad de los partícipes como si cada uno hubiese realizado la totalidad del hecho. Precisamente, la Corte interpretando el precepto que contenía el artículo 23 del Código Penal de 1980, bajo cuya vigencia se falló este caso, sostuvo que:

“... Son coautores aquellos autores materiales que conjuntamente realizan un mismo hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata sucesividad, idéntica conducta típica... ora porque realizan una misma y compleja operación delictiva con división del trabajo, de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común...” (Sentencia de casación de septiembre 9 de 1980, M. P. Alfonso Reyes Echandía).

Más adelante, en la sentencia de casación de fecha abril 6 de 1995, se reafirma que son coautores “todos aquellos que toman parte en la ejecución del delito, codominando el hecho, ejecutando la parte que les corresponde en la división del trabajo para obtener el resultado criminal, o sea que mancomunadamente ejecutan el hecho punible” (Rad. No. 8951, M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

Este concepto jurisprudencial se recoge ahora en el artículo 29 del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), al definir que “son coautores los que, mediante un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

Con base en tales definiciones, bien puede afirmarse que la intervención que en los hechos investigados tuvo NELSON PRECIADO UÑATE lo compromete penalmente como coautor en la muerte de Luis Francisco García Amaya, pues aunque es cierto que el referido procesado no disparó contra aquél, sí participó en el hecho con voluntad y acción sujetando a la víctima por los hombros con la clara intención de inmovilizarla mientras su compañero de causa le disparaba al corazón. El que la víctima, después de recibir el primer disparo en semejantes condiciones de desventaja, hubiera logrado zafarse de su sujetador, fue un hecho completamente ajeno a la voluntad del procesado PRECIADO, que de ninguna manera puede llevar a degradar su participación en el crimen.

La acción típica se realizó conjuntamente como lo entendieron los falladores de instancia y es indudable que la intensidad de la voluntad y la magnitud del aporte al hecho comprometen penalmente como coautor a NELSON PRECIADO en el resultado querido y finalmente obtenido por el trabajo conjunto de los dos procesados, siendo indiferente cuál de aquéllos a quienes animaba el mismo propósito, fue el autor directo de las lesiones mortales.

No es un aporte “accesorio” o “secundario”, como lo predica el Procurador, sujetar a una persona para facilitar que otro le dispare certeramente, procurando así darle mayor seguridad al ataque. Fue un acto esencial para la realización del delito, razón por la cual su conducta quedó debidamente enmarcada en los parámetros de la coautoría.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Al margen debe anotarse que el nuevo Código Penal ofrece una situación de abierta favorabilidad para los procesados, en cuanto el artículo 103 prevé una pena de prisión entre 13 y 25 años de prisión para el delito de homicidio, mientras que la misma conducta delictiva estaba conminada con sanción de 25 a 40 años de prisión en el artículo 323 del desaparecido estatuto penal. Sin embargo, como en este caso no hay lugar a la casación y, por ende, se le tributará ejecutoria a la sentencia, cualquier decisión sobre la favorabilidad deberá adoptarla el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, conforme con la facultad prevista en el numeral 7° del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

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

R E S U E L V E

No casar la sentencia recurrida.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR NILSON PINILLA PINILLA

Teresa Ruíz Núñez

Secretaria