

Proceso No 14128

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 077

Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de CARLOS JULIO MORENO CAMACHO, contra la sentencia proferida el 8 de septiembre de 1997 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó integralmente la dictada en primera instancia por el Juzgado Trece Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual se condenó a dicho procesado a la pena principal de 13 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, y al pago de los perjuicios ocasionados, como determinador del delito de homicidio en grado de tentativa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

En horas del medio día del 16 de enero de 1994 en el barrio Betania de esta ciudad, en la carrera 44 A con calles 83 y 84, Daniel Augusto Villamarín Pinilla se encontraba desde temprano tomando licor en su casa en compañía de sus hermanos Iván y Gustavo, mientras veían un partido de fútbol, y hacia el medio día decidió ir a comprar una botella de vino a la tienda de Mariano Arévalo, ubicada a media cuadra de su casa.

Una vez allí, Augusto efectivamente adquirió el licor que buscaba y cuando se disponía a salir se presentó un incidente con CARLOS JULIO MORENO CAMACHO, quien se encontraba jugando cartas con Germán Ruiz, pues hubo un roce que desencadenó en mutuos insultos y golpes, situación que convocó la presencia de los otros hermanos del muchacho, obligando a CARLOS JULIO a abandonar el lugar, en compañía de su esposa y su hija menor, quienes también se hicieron presentes en el lugar para mediar en la situación. Sin embargo, los jóvenes lo siguieron armados de piedras y palos arremetiendo contra la entrada de la vivienda.

En medio de la gresca CARLOS le entregó a su hija de 14 años, Blanca Magnolia Moreno Triana un revólver diciéndole que lo usara como ella sabía hacerlo. De inmediato, la menor disparó en contra de Augusto Villamarín Pinilla, ocasionándole lesiones en el abdomen que le ocasionaron una incapacidad médico legal de 35 días, y deformidad física de carácter permanente consistente en perturbación funcional, transitoria, del órgano de la excreción fecal.

Los anteriores hechos fueron denunciados por Consuelo Villamarín Pinilla ante el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, de donde el 19 de enero de 1994 enviaron las diligencias a la justicia de Menores, en razón a la participación de la niña Blanca Magnolia Moreno Triana en la comisión del delito.

En auto del 24 de julio de 1994, mediante el cual el Juzgado Sexto de Menores impuso a Blanca Magnolia Moreno Camacho medida provisional consistente en libertad vigilada como autora del delito de homicidio en grado de tentativa, se dispuso también la expedición de copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se investigara lo pertinente a la participación de su padre CARLOS JULIO MORENO CAMACHO.

Las copias mencionadas, sirvieron de sustento a la Fiscalía Trescientos Treinta y Ocho

Seccional de Bogotá, a donde fue repartido el asunto, para disponer el 30 de noviembre de 1994 la apertura formal de la investigación, despacho que el siguiente 25 de febrero de 1995, envió la actuación a las Fiscalías Locales por estimar que los hechos denotan la consumación de un delito de lesiones personales.

Así, avocado el conocimiento por la Fiscalía 219 Local, se vinculó mediante indagatoria a CARLOS JULIO MORENO CAMACHO. Sin embargo, el 26 de septiembre del año en comento ese mismo despacho devolvió lo actuado a la Fiscalía Seccional por estimarlo procedente una vez se percató que la justicia de menores estaba adelantando investigación en contra de Blanca Magnolia Moreno Triana por el delito de homicidio en grado de tentativa.

Las diligencias le correspondieron por reparto, a la Fiscalía Cincuenta y Cuatro de la Unidad Quinta de Vida, despacho que el 20 de noviembre de 1995 definió la situación jurídica de CARLOS JULIO MORENO CAMACHO en el sentido de abstenerse de afectarlo con medida de aseguramiento.

Acopiada diversa prueba testimonial, el 29 de abril de 1996 se cerró el ciclo instructivo y el 5 de junio del mismo año se calificó el mérito probatorio del sumario, disponiendo, en primer lugar revocar la abstención de afectar al sindicado con medida de aseguramiento; y acusarlo como autor -determinador- del delito de homicidio, en grado de tentativa; decisión que al ser apelada por la defensa, el 13 de agosto siguiente recibió confirmación de una Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá.

En la etapa del juicio, se decretaron algunas pruebas de oficio y una vez rituada la audiencia pública se dictó el fallo de primer grado, que también fue apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal en los términos precedentemente expuestos.

LA DEMANDA:

Primer Cargo

Con sustento en la causal tercera de casación, acusa el demandante el fallo de segundo grado de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, por violación al debido proceso por desconocimiento del principio de investigación integral.

En el presente asunto, el Fiscal que conoció de la investigación y el Juez de la causa, omitieron la práctica de los testimonios de Iván Villamarín y su esposa, Jacqueline Miranda, Gustavo Villamarín, Jorge y Anita Gómez, Policarpo Munar, Blanca Triana de Moreno, Sonia Restrepo, Estella Cruz y Julio Aragón, personas citadas en las fotocopias remitidas por el Juez Sexto de Menores y con base en las cuales se ordenó la apertura de la investigación, como presenciales de los hechos.

A renglón seguido, agregó, que la procedencia de la práctica de dichas declaraciones resultaba evidente, “no solamente por el aspecto físico de su borrosa y poco legible fotocopia, sino porque jamás tuvieron la calidad de prueba aportada formalmente al proceso, por consiguiente no era válido ni de derecho que los juristas instanciales las tomaran como tales, como pruebas, y sobre ellas construyeran los juicios de valor con que apuntalaron los fallos cuestionados”.

Hubo errores “in procedendo e in iudicando”, que redundaron en desconocimiento del debido proceso y el derecho de defensa, pues solo se acogieron “las versiones parcializadas, inscritas en la mentira, todas afanosas de comprometer a mi defendido en el reato”. Tanto, que el propio sentenciador de segundo grado se apartó de sus versiones en cuanto a la posición de cada uno de los protagonistas “para acomodar los hechos” sosteniendo que la víctima no fue lesionada frente a la tienda de Mariano Arévalo, sino de la residencia del sindicato, momentos en que lanzaban contra su casa piedras y palos. Sin embargo les creyó lo manifestado en el sentido de que fue MORENO CAMACHO el que le dio a su hija la orden de disparar.

También, se acopiaron testimonios como el de Mariano Arévalo, dueño de la tienda donde comenzó la trifulca, quien no presenció el momento en que se produjo el disparo causante de la lesión mortal, y con base en prueba como ésta los falladores terminaron afirmando que no aportaron nada a favor del acusado.

No hubo, pues, equidad ni igualdad en “el juicio de valor” efectuado para le proferimiento del fallo.

Segundo Cargo

También por motivo de nulidad, por violación a los derechos al debido proceso y de defensa propone el recurrente esta censura.

Para el demandante, es incomprensible que a su defendido se le haya acusado en calidad de coautor del delito de homicidio en grado de tentativa, cuando los hechos indican que se trató de unas lesiones personales “pues sabido es que el propósito de ocasionar la muerte a otra persona, como elemento subjetivo del delito imperfecto de homicidio, debe estar evidenciado en forma inequívoca, pues cualquier otro propósito conduce a la exteriorización del dolo indeterminado, el cual se concibe por el resultado; el enunciado de derivar de la naturaleza del arma o de la dirección del golpe la intención homicida, podría ser factible cuando el hecho se consuma, pero no cuando no se logra, esa hipótesis carece de valor lógico, pues equivale nada menos que a una presunción no legal sino originada en el subjetivismo del fallador”.

Adicionalmente, el juez entendió que no fue coautor, sino autor intelectual, y decidió por su cuenta y riesgo aumentarle la pena con base en las circunstancias de agravación contenidas en los numerales 1º y 7º del artículo 66 del Decreto 100 de 1980, lo cual constituye “otra de las conclusiones anfibológicas”, no solo porque no fueron deducidas en la resolución acusatoria, sino porque a partir de los mismos elementos fácticos no podrían configurarse hipótesis delictivas diferentes.

Solicita, por tanto, se case el fallo recurrido y se declare la nulidad indicando en qué estado queda el proceso.

Tercer Cargo

Como subsidiario, propone el censor este ataque, amparado en el cuerpo segundo de la causal primera de casación. En esta oportunidad acusa el fallo de segundo grado de violar indirectamente la ley sustancial por errores de hecho por falso juicio de identidad en la valoración probatoria.

En la apreciación de los testimonios que hacen parte de este proceso el sentenciador de segundo grado desconoció las reglas de la sana crítica, pues no obstante considerar mentirosas las versiones de Gloria Consuelo Villamarín, el lesionado Daniel Augusto Villamarín, Stella Roa Castro y José William Peña Suárez, porque no les creyó que el sitio donde resultó lesionada la víctima fuera en frente de la tienda de Mariano Arévalo, porque a su juicio los hechos ocurrieron en inmediaciones de la vivienda del procesado; admitió como ciertas sus afirmaciones alusivas a que fue MORENO CAMACHO quien le dio la orden de disparar a su hija.

Desatendió el fallador los dictados de la lógica y la experiencia. Si se analiza la personalidad de su defendido, en tanto que se trata de un hombre honesto dedicado a su hogar, resulta inverosímil que hubiese sido capaz de darle un arma de fuego a una niña de 13 años e instruirla para que disparara a matar, “ya que un buen padre de familia preocupado por la buena formación de sus hijos no cae en semejante inmoralidad”. Por un hecho baladí, no induciría a su hija entrada en la pubertad, a cometer un crimen.

Mucho menos puede admitirse una imputación de estas características, cuando proviene de personas interesadas y de sospechosa parcialidad.

Finalmente, cita como normas quebrantadas los artículos 22, 23 y 323 del Decreto 100 de 1980, “dejando de aplicar, en gracia de discusión el artículo 331 y/o los subsiguientes”, pues dedujo certeza sobre la responsabilidad del acusado, pese a que la prueba de cargo es parcializada y tendenciosa, siendo que por la vía de la duda se imponía absolverlo.

En estas condiciones, las normas medio infringidas fueron los artículos 247 y 45 del Decreto 2700 de 1991.

Con base en lo anterior, pide se case el fallo recurrido y se absuelva al procesado CARLOS JULIO MORENO CAMACHO.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL (e):

Primer Cargo

Para el Ministerio Público esta censura no tiene probabilidades de prosperar, toda vez que el censor aduce como motivo de ataque el de nulidad y lo desarrolla con argumentos propios de la causal primera.

De un lado, cuestiona la legalidad de los testimonios acopiados por el Juez Sexto de Menores, los cuales fueron trasladados al presente asunto, y además, termina cuestionando el mérito otorgado a los mismos. Confunde pues, el censor el principio de la investigación integral con la libre apreciación de la prueba.

De otra parte, no es admisible sostener que no hubo investigación integral porque no se hubiese repetido la práctica la prueba trasladada a este proceso. Eso contravendría presupuestos como los de celeridad y economía procesal.

Adicionalmente, destaca, que no toda la prueba trasladada del Juzgado Sexto de Menores

a este asunto va en contra de los intereses del procesado. Entre ellas se cuenta la versión rendida por la menor hija de MORENO CAMACHO, quien desmintió los testimonios de cargo. Y tampoco es cierto que el proceso se conforme con esa clase de medios, pues se recaudaron otros, como los testimonios de Gerardo Vargas Rodríguez, Clara Cecilia Franco Prieto, José Germán Ruiz Camacho, varios de los cuales fueron referidos por el sindicato en la diligencia de indagatoria.

De la misma manera, la intervención que hiciera el ahora recurrente, en la audiencia pública, evidencia lo contrario. Allí reconoce que se cumplió con la investigación integral en este proceso porque se recogieron los testimonios de personas, que él mismo califica de imparciales.

Segundo Cargo

Esta censura, que postula el casacionista a partir de la afirmación de la no demostración de la intención homicida en la ejecución material del hecho por parte de la menor Magnolia Moreno, tampoco tiene viabilidad.

En criterio del Procurador Delegado, contrario a lo sostenido por el defensor, el desarrollo de los hechos indican que el dolo homicida guió el comportamiento de la menor. Como lo señaló la Fiscalía que conoció en segunda instancia la apelación contra la resolución acusatoria, el lugar de la humanidad de la víctima donde impactó el proyectil, el arma utilizada y la indicación dada por el sindicato a su hija de que la “utilizara como ella sabía” demuestran que la intención homicida fue determinada por aquél.

La posición del casacionista, según la cual la intención homicida solo puede deducirse de la dirección del golpe y el arma utilizada cuando el homicidio se consuma, no es de recibo. La determinación de la conducta del autor es necesaria en todos los hechos punibles, lo cual no obedece a la arbitrariedad del fallador, sino a un proceso inferencial a partir de hechos objetivos.

Por último, lo concerniente a la deducción anfibológica en la que a juicio del demandante incurrió el sentenciador al deducir como circunstancias de agravación las contenidas en los numerales 1º y 7º del art. 66 del Decreto 100 de 1980, pese a no haberse siquiera mencionado en la acusación, no es un planteamiento claro porque el concepto de anfibología alude a doble sentido, o a aquello que puede ofrecer más de una interpretación, en términos del diccionario de la Real Academia Española.

Sin embargo, el Procurador entiende que el reparo del casacionista apunta a evidenciar una violación al derecho de defensa del procesado, por habersele sorprendido en la sentencia con circunstancias que no fueron objeto de atribución en el momento de llamarlo a juicio.

Bajo tal comprensión, precisa que lo correspondiente a la causal 7ª del artículo 66 del Decreto 100, atinente a “obrar con la complicidad de otro”, el cual, según el censor no podía atribuirse porque al sindicado se le llamó a juicio como determinador, no es aceptable porque si bien la ley diferencia entre autores y cómplices como formas de participación, tal expresión no puede extenderse a “disposiciones que no requieren de su contenido para su cabal comprensión”.

Además, esas circunstancias de agravación constituyen criterios para dosificar la pena, y esta en particular hace relación a la mayor capacidad de poner en peligro el bien jurídico protegido. Además, el fundamento fáctico de la circunstancia fue deducida en la acusación en el resumen de los hechos, por manera que, desde ese punto de vista, no hay sorprendimiento para el procesado.

En cambio, en lo que tiene que ver con la circunstancia del numeral 1º, esto es, la de obrar por motivo innoble o fútil, la cual requiere de un análisis valorativo, es cierto que la resolución acusatoria no concretó motivo específico como causante del incidente, pese a lo manifestado en tal sentido por el propio sindicado, el cual

corroboraba la versión de la víctima. En la audiencia pública tampoco se habló sobre el origen del ataque.

Tal causal, requiere para su imputación, primero el reconocimiento del hecho y su posterior valoración, y eso fue lo que no se hizo en la sentencia, pues se agravó la pena sin explicación ni argumentación lógica.

En este sentido, entonces, deberá la Corte Casar parcialmente el fallo impugnado y dictar uno de reemplazo, en el sentido de retirar dicha causal genérica de agravación y realizar una nueva dosificación de la pena.

Tercer Cargo

Este cargo, se concreta en una oposición a la valoración que hicieran los falladores de los testimonios de cargo. Para el demandante, es contradictorio que no se les hubiera dado credibilidad en el señalamiento del lugar donde fue herida la víctima y sí en todo aquello que incrimina al procesado, en cuanto a que fue él quien le dio la orden de disparar a su hija. Ese proceder, de acoger las deponencias en unos aspectos y rechazarla en otros no constituye error de hecho por falso juicio de identidad, y menos desconocimiento de la sana crítica. Todo lo contrario, es a lo que apunta el sistema de libre apreciación racional, y ello es posible luego del análisis de todo el conjunto probatorio.

Y si bien es cierto que no es usual que un padre le entregue a su hija de 13 años, un revólver para que lo dispare en contra de otra persona, no es de imposible ocurrencia, y eso fue lo que observaron quienes declararon en este proceso, y a quienes se les otorgó credibilidad en las instancias.

Por último, anota que no es coherente el desarrollo del cargo al aducir, de un lado, que las declaraciones de Gloria Consuelo Villamarín, Daniel Augusto Villamarín, Stella Roa Castro y José William Peña Suárez son mentirosas, y que, por consiguiente al haberse

valorado por las instancias se violaron los artículos 22 y 323 del Decreto 100 de 1980, siendo que la norma aplicable era el artículo 331 ibídem, porque si eso es así, tampoco podrían servir de sustento para unas lesiones personales.

Por todo lo expuesto, solicita se case parcialmente la sentencia recurrida y se profiera fallo de reemplazo en el que se dosifique nuevamente la pena, sin tener en cuenta la causal de agravación del numeral 1º del artículo 66 del Decreto 100 de 1980, toda vez que la nulidad que se configura afecta únicamente la sentencia.

CONSIDERACIONES:

Primer Cargo

Esta censura, que el demandante postuló con fundamento en la causal tercera de casación, presenta evidentes y sustanciales desaciertos de orden técnico que impiden abordar un estudio de fondo del proceso.

En efecto, olvidó el casacionista que la causal de nulidad, como motivo de ataque de casación está sujeta, al igual que las demás, al cumplimiento de unos básicos y elementales presupuestos de lógica que no pueden obviarse amparándose en la naturaleza, fines y alcances del instituto procesal propuesto, pues todo lo contrario indican los principios que lo orientan.

Por eso, insistente ha sido la jurisprudencia de la Sala en señalar, que cuando se acude a este motivo de ataque, el censor no agota la carga argumentativa que le compete cumplir, con la mera enunciación de la presencia de un vicio en el proceso. Es necesario, en todo caso, precisar en qué consiste, como se constata en la actuación, en qué medida afectó la estructura básica de la instrucción o el juzgamiento y como lesionó garantías fundamentales de los sujetos procesales, y concretamente, en qué forma repercutió negativamente a la situación particular del sindicado, por manera que el

agravio causado no puede remediarse sino volviendo las cosas al estado en el que se encontraban antes de consolidarse la situación dañina.

La nulidad, entonces, no responde a simples manifestaciones de inconformidad, o a puntos de vista meramente especulativos sobre las diferentes alternativas investigativas, que a la postre solo traducen una conceptualización posterior diferente de aquella que se tuvo como posible y viable en el desarrollo mismo de la actuación. Por idéntica razón, no puede entenderse como un espacio abierto para hacer planteamientos con miras a propiciar una reevaluación oficiosa del proceso, en donde el acierto de las afirmaciones del censor quede atada al azar, pues más que un requisito propio de la casación, constituye un principio orientador de los fines que inspiran este extremo remedio procesal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 310.2 del Código de Procedimiento Penal vigente, igualmente contenido en el artículo 308.2 del Decreto 2700 de 1991.

Esta propuesta casacional, lejos de respetar tan básicos presupuestos, se desvía por completo de su orientación inicial, incurriendo en otro desacierto, pues alude indistintamente al desconocimiento del debido proceso y a la vulneración del derecho de defensa, esto es, confunde en el mismo concepto los vicios de garantía con aquellos de procedimiento propiamente dichos, y tampoco, diferencia los argumentos que le sirven de fundamento a una u otra proposición.

Y si desde este punto de vista el cargo se advierte ambiguo e impreciso, mucho más confuso y contradictorio se torna si se tiene en cuenta que al interior de la misma premisa, cuestiona la legalidad de las copias expedidas por el Juzgado Sexto de Menores, que dieron origen a la presente investigación, pero al tiempo reclama porque no se hubiera decretado el testimonio de varias personas citadas precisamente en tales documentos, como presenciales de los hechos. Una postura de esta naturaleza contraviene el principio lógico de no contradicción, según el cual una cosa no puede participar al tiempo de características opuestas. Eso es lo que aquí ocurre, pues la primera condición, rechaza la

segunda, en tanto que al repudiar la legalidad de la prueba trasladada, impide atender su contenido.

Sin embargo, no precisa de ningún modo el casacionista por qué razón no son aptas como pruebas en este proceso las declaraciones que en fotocopia autenticada remitió a la Fiscalía el Juzgado Sexto de Menores, como para que debieran haberse excluido del contexto probatorio objeto de valoración por el sentenciador para formarse el juicio de certeza al que llegó con respecto a la responsabilidad penal de CARLOS JULIO MORENO CAMACHO. Si el yerro se concretara a éste tema, la conclusión inevitable es que se equivocó el actor en la selección de la causal, ya que un desacierto de este tenor, no engendra vicio que perturbe la legalidad de la actuación, sino la sentencia, en cuanto su origen está en el raciocinio del fallador frente a la prueba, y eso, no es nada distinto a una violación indirecta de la ley, por error de derecho por falso juicio de legalidad.

No obstante lo anterior, también aduce el censor el desconocimiento del principio de investigación integral por no haberse recaudado los testimonios de Iván Villamarín, Jacqueline Miranda, Gustavo Villamarín, Jorge Gómez, Policarpo Munar, Blanca Triana de Moreno, Sonia Restrepo, Estella Cruz y Julio Aragón, quines presenciaron los hechos, y así lo entendió el Fiscal al abrir la investigación, pues dispuso escuchar a quienes tuvieron conocimiento de los mismos.

No se trata pues, como parece haberlo entendido el Procurador, que la inconformidad del demandante en este sentido, se contraiga a la no repetición de los testimonios trasladados, pues, como queda visto, los que reclama el censor, son los que aparecen referenciados por aquellos.

Ahora bien, esta proposición, que constituye la propuesta principal carece de demostración. Es cierto que el demandante afirma que eran procedentes porque podrían

aclarar la posición de los protagonistas de los hechos. Sin embargo, no sustenta por qué, a partir de los testimonios donde aparecen citadas, tales versiones podrían contribuir a la reconstrucción procesal de lo realmente ocurrido al medio día del 16 de enero de 1994, mostrando una verdad diversa de la que elaboraron los falladores con base en la prueba materialmente obrante en la actuación, ni en qué sentido lo que pudieran declarar cada uno de los citados redundaría en beneficio del sindicato, o por lo menos a corroborar su posición defensiva expuesta en la indagatoria.

En este sentido, importante es observar que Iván Villamarín, Jacqueline Miranda, Gustavo Villamarín, Jorge Gómez, Anita Gómez, Policarpo Munar, y Sonia Restrepo, son personas referenciadas por Consuelo Villamarín y la víctima Daniel Villamarín, quienes indicaron que a éstas les constaba que fue CARLOS JULIO MORENO CAMACHO quien comenzó a golpearlo y que, después, en medio de la discusión le pasó a su hija Magnolia el revólver diciéndole que disparara. No se ve entonces, en qué podrían beneficiar al sindicato, los testimonios de quienes sirven de respaldo a aquellos en que se fundamentan los cargos.

Cosa distinta ocurre con los de Blanca Triana de Moreno, esposa del procesado, al igual que con los de Estella Cruz y Julio Aragòn, citados por Magnolia Aragòn como una pareja de esposos que viven en la misma casa donde ella misma reside, y a quienes les consta que cuando sonaron los disparos ella se encontraba adentro junto con su papá y por consiguiente, no supo de donde provinieron los que lesionaron a Daniel Villamarín. Las declaraciones de estas personas, si bien podrían apuntar a corroborar la versión de la menor, no fueron siquiera mencionadas en su defensa por CARLOS JULIO MORENO CAMACHO, cuya versión sobre los hechos, coincide con la de su hija en los hechos antecedentes y en la negativa de haber sido ellos los autores de las lesiones sufridas por Daniel Villamarín, pues en el momento determinante de su ejecución son bien disímiles sus relatos. Mientras la menor sostuvo que encontrándose en el interior de su casa junto con su padre escuchó un disparo que no supo de donde provino (f. 17), aquél afirmó que

una de sus hijas llamó a la policía para que aprehendieran a los agresores, que efectivamente concurrió una patrulla con la que salió en su búsqueda sin poderlos encontrar. No mencionó haber escuchado disparos o enterarse de las heridas sufridas por uno de los miembros de la familia Villamarín.

En estas condiciones, no se ve, entonces, cuál la pertinencia, procedencia y necesidad de tales pruebas.

Aún así, llamadas a declarar las personas que CARLOS JULIO MORENO CAMACHO citó en la indagatoria como testigos de lo ocurrido, esto es, Gerardo Vargas Rodríguez, María del Carmen Martínez, Clara Cecilia Franco de Prieto, Germán Ruiz Camacho y Jesús Antonio Rincón, fueron contestes en manifestar que no vieron de dónde provino el disparo que lesionó a Daniel Villamarín. Por el contrario, el primero manifestó haber escuchado rumores en el sentido de que pudo ser el procesado quien le entregó el revólver a Magnolia para que disparara (f. 101).

Por último, debe agregarse que las manifestaciones de inconformidad del censor sobre el mérito otorgado por los sentenciadores a los testimonios de cargo, en detrimento del concedido a Mariano Arévalo, dueño de la tienda donde tuvo lugar el inicio del incidente que culminó con los resultados conocidos, no solo evidencian una vez más el desvío de la causal invocada, sino que hace manifiesto que el planteamiento del recurrente, se contrae a una discrepancia de criterios valorativos, que, como se dijo, resulta ajeno al motivo de casación invocado, y no consulta la naturaleza de la casación.

El cargo, así, no prospera.

Segundo Cargo

Este cargo, contiene una doble propuesta. De un lado se aduce una errada calificación de la conducta, en el entendido de que el tipo penal que la recoge completamente es el que

regula el delito de lesiones personales y no el de homicidio en grado de tentativa. De otra parte, se sugiere una motivación anfibológica de la sentencia al deducir como causales genéricas de agravación, las de obrar por motivos innobles o fútiles y la de actuar con la complicidad de otro.

Al igual que ocurre con la censura anterior, en ésta, la falta de claridad conceptual y el desconocimiento de la técnica casacional del demandante son palmarias. Bajo el mismo postulado de nulidad presenta dos argumentos que de suyo requerían tratamiento independiente, en tanto que lo primero no guarda relación ni dependencia con lo segundo, y por consiguiente exigían desarrollarse bajo premisas diferentes. La errada calificación de la conducta, conforme a la técnica aceptable y la legislación vigente para la fecha en que se presentó la demanda, exigía, como ocurre ahora cuando de ello no se deriva un cambio de competencia, que el desarrollo se haga siguiendo las pautas de la causal primera en cualquiera de sus sentidos y modalidades. Esto implica señalar las normas sustanciales vulneradas y el sentido del yerro que la contiene, además de exponer las razones por las cuales se considera que la disposición que correctamente recoge el comportamiento delictual es la que describe el ilícito que se reclama como acertado, y por qué jurídica y tácticamente no es viable admitir la calificación dada por la Fiscalía en la resolución acusatoria.

En el presente evento, el demandante sostiene una curiosa tesis según la cual la clase de arma y el lugar de la lesión sólo serían admisibles como elementos de juicio para deducir la intención homicida en los casos en que el resultado se consuma, pues de lo contrario se estarían haciendo presunciones amparadas en el subjetivismo del fallador. Muy cuestionable desde todo punto de vista es tal raciocinio. Desconoce por completo que a la hora de abordar el proceso de adecuación típica al funcionario le corresponde ponderar todo el conjunto probatorio conforme a las reglas de la sana crítica, entendiendo el contexto en que se desarrollan los hechos, y desde luego, las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores, así como el arma utilizada y la parte del

cuerpo escogida como blanco de la agresión.

Como ya lo ha repetido en otras ocasiones la jurisprudencia, el proceso de adecuación típica no se agota en la mera subsunción, porque dicha tarea no responde a una simple confrontación mecánica y avalorada de los hechos objetivamente vistos con el supuesto de hecho que la norma describe como delito. Estos, los hechos, o más concretamente la conducta humana, se deben valorar en toda su extensión y cotejarlos con la norma, una vez interpretada y fijado su alcance de aplicación a un caso concreto.

La comprobación de la intención del agente, por pertenecer al fuero interno de aquél, no exige la constatación o consumación del resultado realmente querido, y mucho menos se deduce a partir del capricho del fallador como lo sugiere el demandante. Eso implicaría que, salvo la confesión del autor sobre los propósitos que orientaron su ilícito actuar, siempre quedaría una duda latente sobre ello, cuando en ese cometido resulta de especial importancia la valoración de las pruebas en la determinación del grado de intencionalidad o culpabilidad del actuar reprochable, pues sólo a partir de los diferentes medios que la ley permite, es posible reproducir procesalmente la verdad real, esto es, cómo, cuándo, dónde y con la participación de quiénes se desarrolló la conducta punible.

La postura del demandante, a la postre se reduce una discrepancia del criterio apreciativo del calificador con el suyo, sobre el alcance que en este caso tuvieron la clase de arma y la ubicación de la lesión en la víctima. Así sustentado el reparo, es claro que solo podría ser comprensible si se mira dicha determinación fuera de contexto.

En efecto, precisamente al pronunciarse sobre los planteamientos de la defensa, el mismo abogado ahora demandante, relativos a la tipificación de unas lesiones personales en vez de un homicidio en grado de tentativa, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal anotó:

“Que no se haya segado la vida de la víctima con el disparo inferido, y que la incapacidad haya sido relativamente corta, en ningún caso desvirtúa la intención del agente, que se desprende de la forma como sucedieron los hechos y del arma utilizada. En efecto, en el caso sub-judice, tenemos que el disparo se le propinó al ofendido cuando éste se encontraba indefenso, en el suelo, en parte vulnerable como lo es el abdomen, con arma idónea para quitar la vida y si el resultado no se logró no fue por voluntad del agente activo, sino que la trayectoria del proyectil al ingresar al organismo se desvió y no interesó órganos vitales. Fue tan grave la lesión, que le ocasionó deformidad física de carácter permanente y no transitoria como lo anota el recurrente y perturbación funcional del órgano de la excreción fecal de carácter transitorio” (F. 20, cuad. De segunda instancia de la Fiscalía”).

De otra parte, las glosas del petente en cuanto a la motivación anfibológica de la sentencia al incrementar la pena a imponer al caso concreto con base en circunstancias genéricas de agravación que no fueron tenidas en cuenta en la resolución acusatoria, no corresponden, como lo destaca el Procurador Delegado, a dicho concepto, pues éste parte del supuesto de que sí existe motivación al respecto, sólo que la misma es tan confusa y ambivalente que realmente no se puede discernir hacia dónde apuntan o qué efectos pretendió darle el sentenciador.

Muy diferente es la situación que se presenta, y sobre ello se profundizará más adelante.

Este cargo no prospera.

Tercer Cargo

Esta censura subsidiaria que postula el actor con base en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, aduciendo la existencia de errores de identidad no logra un desarrollo coherente con la propuesta casacional.

El demandante se limitó a afirmar la vulneración de las disposiciones que describen el homicidio, la tentativa y la autoría, sin precisar el sentido del quebranto. Y aunque concretó la modalidad del error de juicio en uno de identidad refiriéndose genéricamente a la prueba de cargo, esto es, a los testimonios de Gloria Consuelo Villamarín, Daniel Augusto Villamarín, Stella Roa Castro y José William Peña Castro, no precisó respecto de ninguno de ellos en que apartes, o sobre qué aspectos de sus respectivos relatos el fallador los falseó, haciéndoles decir lo que objetivamente no expresaron, y mucho menos afirma si fueron cercenados o adicionados.

La inconformidad del recurrente se cifra en la forma como fueron apreciados, esto es, por haberles otorgado credibilidad en una parte de su exposición sobre la forma como ocurrieron los hechos, y rechazar la veracidad de los mismos en cuanto al sitio donde afirmaron que culminó la agresión. Para el censor, esa supuesta contradicción del sentenciador es contraria a la sana crítica y en particular a la lógica y a la experiencia, si se tiene en cuenta la personalidad de CARLOS JULIO MORENO CAMACHO.

El fundamento de la censura se limita a la confrontación del criterio apreciativo del demandante con el del fallador, sin que en realidad se cuestionen las razones expuestas en la sentencia para creerle a ese grupo de testigos la sindicación directa que hicieron en contra del procesado, en el sentido de que fue él quien le entregó el arma de fuego a su menor hija y la determinó a disparar en contra de Daniel Villamarín. De ningún modo expuso el casacionista de qué manera se violentaron o desconocieron los dictados de la ciencia, la experiencia común o la lógica para acoger tales versiones en un aspecto y descartarlas en otro.

Tal conclusión no se desvirtúa con la mera referencia de la personalidad del sindicado, o por el hecho de que resulte inverosímil que un padre determine a una hija menor a cometer un delito de semejante magnitud. Esa paradoja, sin embargo, fue contemplada por el Tribunal al precisar lo siguiente:

“...

Hay que reconocer que a primera vista en verdad resulta extraño que el procesado hubiera optado por entregarle el arma de fuego a su hija menor de edad para que la disparara, cuando prácticamente hubiera podido usarla él mismo. Pero, esa situación tiende a encontrar lógica cuando, de un lado, por la época en que ocurrieron los hechos estaba prohibido portar armas de fuego los fines de semana, incluso con el permiso de autoridad competente, según lo refiriera a manera de comentario y por propia iniciativa el testigo GERARDO VARGAS RODRÍGUEZ (F. 101) y, de otro, que es por todos conocido que un menor de edad no es reprimido tan severamente por cometer un hecho delictivo, a contrario de lo que le sucede cuando el responsable es mayor de edad e imputable penalmente, circunstancias que bien pudieron ser advertidas por el procesado y de ahí que no resulte descabellado que hubiera desplegado la conducta que se le atribuye” (f. 15, C. de T.).

Por último, encuentra la Sala un mayor desatino en el desarrollo de este reproche, pues no obstante que la causal en que se apoyó el demandante para su postulación es la primera, inciso segundo, termina inusitadamente afirmando que debió condenarse por un delito de lesiones personales, y también, que correspondía hacer imperar el principio del in dubio pro reo, incurriendo así en una contradicción insalvable, ya que lo primero supone aceptar la demostración de la participación del sindicado en los hechos, pero bajo un grado menor, y en esas condiciones se admite la condena; lo segundo apunta definitivamente a la absolución.

Este cargo, tampoco prospera.

Casación oficiosa

Como se advirtió en precedencia, el hecho de que en la sentencia de primera instancia se hubieran considerado las circunstancias genéricas de agravación consistentes en el

obrar innoble y fútil y contar con la complicidad de otro en la ejecución de la conducta, en contra de CARLO JULIO MORENO CAMACHO, mucho más que incurrir en anfibología, que no es el caso porque ni siquiera aparecen motivadas, lo que hizo la Juez de primera instancia no fue nada distinto a desconocer el derecho de defensa del sindicado en la medida en que lo sorprendió en la sentencia con circunstancias genéricas de agravación que redundaron en la intensificación de la pena, cuando no fueron objeto de imputación ni fáctica ni jurídica en el pliego de cargos, pues ninguna de las dos, contrario a lo que opina el Ministerio Público, se puede siquiera inferir de la parca presentación que de los hechos se hiciera en la acusación, y si así lo fuera, hoy en día no son admisibles posturas que permitan sobreentender a partir de allí una ampliación de la imputación que de cabida a una mayor pena.

La individualización de la sanción se encuentra estrictamente regulada, de tal forma que si bien continúa otorgándole al Juez un margen de movilidad, no lo autoriza, como tampoco lo hacía antes, para irrespetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad que necesariamente condicionan la pena a imponer frente la infracción juzgada en el caso concreto.

En efecto, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, el criterio interpretativo en punto de entender como exigencia inexcusable la necesidad de que, en el pliego acusatorio se precise de manera clara e inequívoca la imputación, no solo desde el punto de vista de la denominación jurídica del tipo penal, sino de las circunstancias que lo agraven o atenúen, bien sean éstas específicas o genéricas, objetivas o subjetivas, a partir del pronunciamiento del 23 de septiembre de 2003, la Sala abordó de nuevo la discusión que en torno a esta temática se venía planteando de tiempo atrás, precisando que frente a la actual realidad normativa, no hay alternativa que permita al Juez agravar la sanción con base en circunstancias no atribuidas en la resolución acusatoria, pues:

“...en el campo punitivo dentro del código actual, las circunstancias genéricas de agravación, tienen una repercusión importante, tanto cualitativa como cuantitativa en la pena, que en el régimen anterior podría no tener la misma connotación, dada la discrecionalidad concedida al juez para aumentar la pena dentro de los límites de la norma que tipificaba el tipo y la pena aplicables. Empero, conforme al artículo 61 actual, el ámbito punitivo puede moverse hasta los cuartos medios y aun al cuarto máximo, cuando sólo concurren circunstancias de mayor punibilidad, lo cual eleva considerablemente la pena cuando por la naturaleza de la conducta punible, la pena principal es significativamente alta. Por esta razón, la acusación debe ser lo suficientemente explícita, cuando al concretar al autor alude a circunstancias tales como la posición distinguida, el motivo abyecto, los móviles de intolerancia o discriminación o cualquiera otro de los mencionados en el artículo 58, pues estas no surgen de la discrecionalidad, puesto que para que cumplan sus efectos, deben estar supeditadas a la apreciación probatoria y, sobretodo, a la discusión, contradicción y debate” (M.P. Dr. Herman Galán Castellanos, rad. 16.320).

Tal criterio, ha sido reiterado en lo que va corrido de este año, entre otras, en los fallos de casación proferidos el 5 y 11 de febrero (rad. 21.942 y 14.342, respectivamente), con ponencia de los Magistrados, Dres. Mauro Solarte Portilla y Yesid Ramírez Bastidas, y más recientemente, en sentencia del 7 de mayo en la que fungió como ponente el Magistrado, doctor Alfredo Gómez Quintero (rad. 20.642).

En el presente caso, es claro que en la sentencia de primera instancia decidió apriorísticamente y sin motivación alguna incrementar en seis meses más la pena que originariamente correspondería aplicar al delito objeto del juzgamiento. Así se pronunció la A Quo, en determinación que contó integralmente con la aprobación del Tribunal:

“Con base en los lineamientos del artículo del C.P. y con detenimiento en la pena impuesta

al delito consumado, considera esta instancia que en virtud a que la tentativa de homicidio no fue cometida bajo ninguna de las circunstancias de agravación punitiva que consagra el art. 30 de la Ley 40 de 1994 (art. 324 C.P.). Sin embargo acuden las circunstancias agravantes señaladas en los numerales 1º y 7º del artículo 66 ejusdem, no es viable imponer el mínimo fijado en la norma, es decir VEINTICINCO AÑOS DE PRISIÓN, como se procede a tasar.

El monto de la pena antedicho que se ven reducidos a la mitad, con ocasión de aplicar el contenido del artículo 22 ibídem, esto es doce (12) años y seis (6) meses, los cuales se verán incrementados por concurrir en su contra circunstancias de agravación punitiva, quedando así como PENA PRINCIPAL a imponer a CARLOS JULIO MORENO CAMACHO TRECE (13) AÑOS DE PRISIÓN”.

Ahora bien, como en este evento el criterio en que se amparó el Juez de primer grado para no imponer el mínimo de pena señalado en la ley para el delito objeto de la imputación, no fue otro que el de la concurrencia de las causales genéricas de agravación que ella, motu proprio resolvió deducir en la sentencia, le corresponde ahora a la Corte, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, casar oficiosa y parcialmente el fallo recurrido retirando tal consideración como argumento dosificador y en consecuencia, individualizar la sanción teniendo en cuenta los parámetros actualmente señalados en los artículo 103 y 27 de la Ley 599 de 2000, por favorabilidad, lo cual implica para el sindicado una sanción menor frente a la que se aplicó en su momento bajo la Ley 40 de 1993, por ser la vigente para la fecha en que se dictaron los fallos de instancia.

En cuanto, a los métodos dosificadores de la pena, desde el punto de vista de que la que correspondería imponer, para este caso, la mínima legal, cualquiera de los dos sistemas resulta indiferente, pues sea que se aplique el del artículo 61 del Código Penal de 1980, o el sistema de cuartos regulado también en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, al

excluirse las circunstancias que impidieron aplicar el mínimo, no podría dicho guarismo fijarse por encima de dicho tope.

Así las cosas, y siendo que se trata de un homicidio simple en grado de tentativa, en el cual, según la calificación hecha en la resolución acusatoria no concurre ninguna causal de agravación, la pena que corresponde aplicar es la mínima del artículo 103 del Código Sustantivo, esto es, 6 años y 6 meses de prisión, tiempo al que igualmente queda reducida la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

No sobra precisar, sin embargo, que esta determinación es de carácter definitivo y deja sin efectos la redosificación provisional efectuada por el Juzgado Trece Penal del Circuito, mediante la cual se cuantificó la pena principal en 10 años de prisión, en decisión que al ser apelada por la defensa fue revocada por el Tribunal, en el sentido de tasarla en 7 años.

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

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda.
2. Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado en el sentido de condenar a CARLOS JULIO MORENO CAMACHO a la pena principal de 6 años y 6 meses de prisión, como determinador del delito de homicidio simple en grado de tentativa, y por el mismo tiempo a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.
3. En lo demás queda incólume el fallo impugnado.
4. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO
PÉREZ PINZÓN

ÁLVARO

ORLANDO

Comisión de servicio

MARINA PULIDO DE BARÓN
QUINTERO MILANÉS

JORGE

LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria