

Proceso No 16464

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 90

Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil dos (2.002).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 14 de abril de 1.999 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, que confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá, mediante la cual se condenó a HELBERTH ERNESTO HERNÁNDEZ BUSTOS a la pena principal de 25 años y 3 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, como autor del delito de homicidio simple y porte ilegal de armas para la defensa personal. En el mismo fallo también se condenó a Jaime Alberto Gómez a 12 meses de prisión, más las accesorias del ley, como autor del ilícito contra la seguridad pública y decretó la nulidad del calificadorio en cuanto a la imputación hecha a este procesado por el delito de homicidio en grado de tentativa, por errada calificación de la conducta.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Hacia las nueve de la noche del 16 de abril de 1.994, en el barrio Bolívar 83 de Zipaquirá, el

grupo de amigos compuesto por Luis Hernando Cuervo Romero, Víctor Hernando Gómez Henández, Javier Antonio Nieto Martínez, y otros, llegaron a la casa de Ana Julia Quintero Chavarro, quien estaba de cumpleaños y alrededor de las once de la noche, cuando se acabó el trago, decidieron hacer una recolecta e ir a comprar una canasta de cerveza, encontrándose en el camino con Jaime Alberto Gómez y HELBERTH ERNESTO HERNÁNDEZ, con quienes sin motivo aparente se suscitó un enfrentamiento en el que Jaime le propinó un disparo de revólver a Javier Nieto que hizo impacto en el “segundo espacio intercostal derecho, por fuera de la línea clavicular”, en tanto que HELBERTH sufrió varias heridas de arma cortopunzante en el pecho y en un glúteo.

Ocurrido dicho incidente, el grupo de amigos de Cuervo Romero, pidió ayuda a los demás integrantes de la reunión, los cuales salieron en persecución de Gómez y HELBERTH HERNÁNDEZ, quien para entonces ya había llegado a casa de su hermana Flor Emilce y se hizo a una escopeta con la que de inmediato salió y le disparó al grupo de jóvenes, hiriendo mortalmente a Luis Hernando Cuervo.

Como todos los lesionados fueron trasladados al Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá y varios de los amigos y familiares del occiso identificaron y señalaron a la Policía a HELBERTH ERNESTO HERNÁNDEZ BUSTOS como la persona que causó las heridas mortales a Hernando Cuervo, se procedió de inmediato a su retención, diligencias que junto con el acta de levantamiento del cadáver y el informe rendido por el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, sirvieron de fundamento para que el 18 de abril del mismo año la Fiscalía Seccional No. 47 abriera formalmente la investigación, procediendo, el día siguiente, esto es el 19, a petición a Jaime Alberto Gómez, a vincularlo mediante indagatoria, diligencia en la que afirmó haber sido él el autor de los disparos que lesionaron a Javier Antonio Nieto y causaron la muerte Luis Hernando Cuervo, primero por asustar a quienes los agredían y segundo para defenderse.

Más adelante, se escuchó la versión injurada a HELBERTH ERNESTO HERNÁNDEZ BUSTOS, quien fue enfático en manifestar que quien disparó fue Jaime Gómez y que él no estaba en condiciones de hacerlo porque se encontraba seriamente lesionado.

Así, por resolución del 25 del mismo mes y año la situación jurídica de los vinculados fue resuelta con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin excarcelación, por los delitos de homicidio y homicidio en grado de tentativa, en concurso con el de porte ilegal de armas, ilícito respecto del cual se dispuso imponerles caución juratoria, decisión que apelada por la defensa, el 8 de junio de 1.994 fue confirmada por las Fiscalías Delegadas ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca.

Cerrada la investigación el 19 de julio de 1.994, el siguiente 16 de agosto se revocó tal determinación por cuanto, a juicio del Fiscal, no contaba la investigación con prueba suficiente que le permitiera acusar o precluir. Por eso, ejecutoriado tal proveído y practicadas algunas pruebas, el 30 de octubre de 1.996 se cerró por segunda vez el ciclo instructivo y el 20 de mayo de 1.997 se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de HELBERTH ERNESTO HERNÁNDEZ BUSTOS como autor del delito de homicidio cometido en la persona de Luis Hernando Cuervo Romero, en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa persona, en tanto que, en relación con Jaime Alberto Gómez el llamamiento a juicio se le hizo en calidad de autor del delito de homicidio en grado de tentativa, cometido en Javier Antonio Nieto Martínez, también en concurso con el atentado a la seguridad pública.

En la etapa del juicio, el Juez Penal del Circuito de Zipaquirá decretó las pruebas pedidas por las partes y otras de oficio, entre las que se cuenta un examen a HERNÁNDEZ BUSTOS con el objeto de establecer si atendidas las lesiones sufridas la noche de los hechos y la gravedad de las mismas, conforme aparecen reportadas en la historia clínica, se encontraba en capacidad de dirigirse hasta determinado lugar, coger un arma y dispararla. Igualmente se dispuso que un perito estableciera en lo posible el ángulo de tiro, teniendo

en cuenta la información del proceso, el protocolo de necropsia y dictamen de balística.

De acuerdo con los resultados de las pruebas anteriores, el procesado, no obstante sus condiciones de salud, la noche de los hechos si se encontraba en condiciones de caminar, tomar un arma y dispararla y el ángulo de tiro no era posible establecer por ausencia de elementos de juicio, entre ellos, una inspección a lugar donde ocurrió el delito. Sin embargo, se dijo, que quien disparó se encontraba en un plano superior al de la víctima.

En estas condiciones, se llevó a cabo la audiencia pública, recaudándose la mayoría de los testimonios recaudados en el juicio, seguidamente se dictó el fallo de primer grado, el cual, una vez recurrido en apelación por la defensa, fue confirmado por el Tribunal en los términos explicados en precedencia.

LA DEMANDA:

Primer Cargo.

Por motivo de nulidad, formula el demandante esta censura contra el fallo de segundo grado, afirmando la vulneración al derecho de defensa porque por inercia de la Fiscalía, se dejaron de practicar pruebas que excluían la responsabilidad de su defendido.

A partir de esta premisa, se ocupa el demandante por exponer como de acuerdo con la forma como se fue desarrollando el proceso, las versiones dadas por los testigos de cargo, contrastan frente a las explicaciones dadas por su defendido en la indagatoria y su posterior ampliación, así como los testimonios de quienes como su hermana Emilse, lo respaldaron en el sentido de que él estaba imposibilitado para disparar, precisamente por haber resultado herido en un episodio inmediatamente anterior al que culminó con la muerte de Luis Hernando Cuervo Romero.

Al efecto, se refiere a lo vertido por su defendido y Jaime Alberto Gómez en las

diligencias de indagatoria, en cuanto que el primero estaba herido y el segundo sacó un arma e hizo un disparo para asustar a las personas que inicialmente los habían agredido; el reconocimiento médico practicado a HELBERTH sobre la naturaleza y gravedad de las heridas que le causaron; la cita que en la ampliación de indagatoria hizo de María Estela Ballesteros, Clotilde Ramos, Bernabé Bustos, Myriam Ramos, Arturo Gómez, María Rosalba Bustos y Alcides Bustos, como personas a las que les constaba que él no disparó; el hecho de que la primera vez que la Fiscalía cerró la investigación hubo de revocar tal decisión por no existir prueba que permitiera acusar y tampoco precluir; que aún así el calificadorio se apoyó en el testimonio de Guillermo Pinzón pese a que con anterioridad había ordenado su ampliación sin que efectivamente se hubiese recaudado, prueba en la que, sin éxito, se insistió en el juicio; el dictamen de Medicina Legal mediante el cual se estableció la distancia del disparo -aunque no cuál de las manos accionó el arma- y la posible posición del victimario frente a la víctima, pero no se hizo el análisis correspondiente al ángulo de tiro por ausencia de plano topográfico, fotografías e inspección al lugar; el dictamen ordenado en la audiencia pública y con el cual se estableció que para el día de los hechos el sindicado estaba en condiciones de caminar, tomar un arma y dispararla; la declaración de Flor Emilse Hernández, quien sostuvo que HELBERTH no disparó porque estaba herido y las de Saúl Antonio Cuervo Romero y Javier Antonio Nieto Martínez, sindicando a su representado como autor del mortal disparo, aunque, acota que al respecto el último es contradictorio.

De la misma manera menciona la intervención del defensor en la audiencia pública en lo atinente a la ausencia de prueba para condenar, en especial de una inspección al sitio donde ocurrió el delito y la del guantelete de parafina al sindicado. Así, pasa al fallo de primer grado para resaltar que se basó en los testimonios de Javier Antonio Nieto Martínez, Saúl Antonio Cuervo y Guillermo Pinzón Jamaica por haber sido presenciales de los hechos, al tiempo que desechó el dictamen de Medicina Legal sobre las heridas del procesado y las declaraciones de Myriam Ramos, Emilse Hernández y Arturo Gómez.

Lo mismo hace en relación con los argumentos de la apelación sobre la necesidad de aplicar la duda a favor del procesado y las consideraciones que en tal sentido expuso el Tribunal y el salvamento de voto de uno de los integrantes de la Sala de decisión.

De todo lo anterior, concluye que las pruebas cuyo aporte era necesario al proceso para hacer cambiar la situación jurídica de HELBERTH ERNESTO HERNÁNDEZ BUSTOS son la del guantelete de parafina porque permitiría establecer que él no accionó arma alguna, la inspección al lugar de los hechos a fin de obtener elementos de juicio echados de menos por el Instituto de Medicina Legal para determinar el ángulo de tiro, teniendo en cuenta la estatura de Jaime Gómez que es de 1.75 mts. y la de su defendido que es de 1.60 mts., la visibilidad del lugar, tomar fotografías, elaborar planos, establecer distancias y discernir con cuál de las manos se hizo el disparo. También se requería de la práctica de un examen psiquiátrico al procesado para concluir sobre cuál era su estado emocional al momento de ocurrir los hechos.

Solicita, en consecuencia, se case la sentencia impugnada y se decrete la nulidad de lo actuado “hasta la clausura de la investigación, inclusive, a fin de que se proceda a la práctica de las pruebas omitidas y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 229 del C.P.P.”.

Segundo Cargo.

Subsidiario del anterior, propone el censor este reproche con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, esto es, por violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en la apreciación probatoria, pues el sentenciador aplicó indebidamente en el artículo 323 del entonces Código Penal (Modificado por la Ley 400 de 1993) y consecuencialmente inaplicó el artículo 445 del Estatuto Procedimental anterior, “con violación medio del artículo 247 del C.P.P.”.

El Tribunal “desechó” las pruebas que favorecen al procesado, pues no analizó el

contenido del dictamen pericial No. 0247-98 LAB.R.B., mediante el cual se concluyó que las lesiones de la víctima fueron ocasionadas con arma de fuego de carga múltiple, a una distancia “contada a partir de la boca de fuego del arma y las regiones anatómicas comprometidas entre uno con cincuenta (1.50) metros y dos (2.00) metros. Las trayectorias se materializan en diagrama de figura humana a escala, vista anterior y en planta”.

“Para determinar las posibles posiciones, de la víctima y el victimario es indispensable correlacionar todos los hallazgos encontrados en el lugar de los hechos, con los resultados obtenidos a nivel de laboratorio y en la necropsia”.

“Por lo anteriormente expuesto se concluye que no existen elementos de juicio suficientes que permitan conceptuar objetivamente posibles posiciones requeridas”.

“Sin embargo se aclara al señor Juez, que de acuerdo a la localización de la perdigonada en la víctima y en la trayectoria descrita tanto interna como externamente, el victimario se encontraba localizado hacia la parte antero lateral derecho con respecto a la víctima y sobre un plano superior, para que la dispersión describa una trayectoria en sentido antero posterior, de derecha a izquierda y supero inferior, las cuales aparecen ilustradas en la vista en planta del diagrama anexo”.

Destaca el censor, que en dicho dictamen se echó de menos una importante prueba, la inspección judicial y fotografías tomadas al lugar donde ocurrieron los hechos; no se respondió a la pregunta hecha por el Juez en el sentido de que con cuál mano se había hecho el disparo y tampoco pudo determinar objetivamente las posiciones del occiso y el victimario.

Esa imposibilidad de determinar el ángulo de tiro genera duda en torno a quién, si Jaime Gómez o HELBERTH ERNESTO, fue el autor del disparo, por cuanto, “con respecto a la vertical y al mismo blanco de impacto, es mayor para una persona de 1.70 mts. de estatura

como es la JAIME GÓMEZ (Fl.26) que para una persona de 1.60 mts. de estatura que es la de HELBERTH HERNÁNDEZ (fl. 33 c.o.). El diagrama a escala(fl. 241) aunque no tiene plasmadas sus dimensiones, como está a escala, tampoco fue analizado por el Tribunal para determinar el ángulo”.

Por eso, las dudas no resueltas sobre el autor de los disparos que le causaron la muerte a Luis Fernando Cuervo, debieron aplicarse a favor del procesado.

Además, desde el primer momento se le otorgó “total credibilidad” solamente a los testimonios de Javier Antonio Pinzón Jamaica, Javier Martínez y Saúl Antonio Cuervo, pero no se valoró en conjunto, ni se tuvo en cuenta la confesión de Jaime Gómez Hernández de ser él el autor de los disparos con escopeta, el testimonio de Emilse Hernández Bustos, hermana del sindicado y quien dijo haberlo auxiliado porque estaba gravemente herido, la versión de HELBERTH ERNESTO HERNÁNDEZ, en tanto que dijo que fue su tío Jaime Gómez el que disparó la escopeta. Sin embargo, el Tribunal consideró que tales deponencias resultan desmentidas por los testimonios arriba señalados, es decir, incurrió en falso juicio de identidad.

Retoma, como lo hizo en el primer cargo, lo expuesto por el procesado y quienes respaldan su versión en el sentido de que cuando se hizo el disparo que acabó con la vida de Luis Hernando Cuervo, HELBERTH ERNESTO se encontraba gravemente herido y por esa razón, no fue él quien disparó, lo cual, a juicio del demandante, aparece corroborado con el dictamen médico sobre las lesiones sufridas por aquél, incluída la propia injurada de Jaime Gómez, quien admitió haber disparado revólver y escopeta, no teniendo “lógica ni buen sentido” la apreciación del Tribunal de éste quisiera hacerse cargo de un delito por el que enfrentaría pena de 25 a 40 años, solo por favorecer a su sobrino. Erró, pues, el Tribunal, “no dándole credibilidad a las versiones que no son otra cosa que la afirmación de lo sucedido”.

Por el contrario, las declaraciones de los testigos de cargo en que fundamentó la sentencia no merecen ser creídas, si se tiene en cuenta que la de Pinzón Jamaica nunca se terminó debido a no compareció para culminarla, contrainterrogarlo o controvertirlo; Javier Antonio Nieto Martínez no supo siquiera quien le disparó a él. Además, si el disparo se hizo desde el interior de la casa y estaba oscuro como lo dijo Saúl Cuervo, entonces ni él ni su amigo Guillermo Pinzón estaban en capacidad de ver con seguridad a la persona que accionó la escopeta.

Tercer Cargo.

También con sustento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación propone el demandante esta censura por violación indirecta por aplicación indebida del artículo 323 del Decreto 100 de 1.980 (modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1.993) y falta de aplicación del artículo 445 del Estatuto Procesal anterior, debido a errores de hecho, por falso juicio de identidad, al “distorsionar exagerando” el contenido de los testimonios de Guillermo Pinzón Jamaica, Javier Antonio Nieto Martínez y Saúl Antonio Cuervo Romero.

Transcribe, como lo hizo en el cargo anterior, las valoraciones hechas por el Tribunal para acoger tales versiones como inculpativas, pasando de inmediato a confrontarlo con la afirmación de que los mismos, no son creíbles, apreciación que sustenta con la reproducción textual de lo expuesto en el salvamento de voto del Magistrado disidente.

Reitera lo dicho en el reproche anterior y solicita finalmente, se case el fallo impugnado para que en uno de reemplazo se absuelva al procesado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL:

Primer Cargo.

Las diversas inconsistencias de orden técnico que presenta esta censura, son para el Delegado, motivo suficiente para deprecar su desestimación, pues dedica gran parte de la demostración a transcribir la actuación procesal, extractando “frases que a su juicio deben destacarse” y a resumir el salvamento de voto.

Además, no obstante invocar el motivo de nulidad, reiteradamente cuestiona la valoración probatoria de la sentencia y reclama el reconocimiento de la duda a favor del procesado, lo cual correspondía plantearse al amparo de la causal primera de casación.

Sin embargo, a la postre es la ausencia de algunas pruebas, que en criterio del demandante harían cambiar la situación de su defendido, lo que constituye el fundamento del libelo, pero a pesar identificar cuáles serían: la prueba del guantelete de parafina, una inspección al lugar de los hechos para determinar el ángulo de tiro y con cuál de las dos manos se hizo el disparo y; un examen psicológico para determinar el estado emocional de HELBERTH en el momento y después de cometer los hechos-; no hace un estudio de la actuación procesal para demostrar la capacidad de tales medios para modificar los resultados del proceso.

Así, en lo que concierne a la procedencia de la prueba del guantelete de parafina, con la cual, dice el demandante, podría demostrarse si su representado disparó o no arma de fuego, no encuentra el Procurador que se haga un estudio de las razones del Tribunal “en relación con los posibles resultados que podría arrojar dicho medio pericial”, pudiéndose afirmar que el actor supone consideraciones que no aparecen en la sentencia al afirmar que con los elementos de convicción que echa de menos “se habría despejado cualquier duda”, cuando lo cierto es que el sentenciador no tuvo ninguna respecto de la responsabilidad del procesado y tampoco identificó las que, a su modo de ver, surgían del acervo probatorio.

Además, la prueba del guantelete, no solo debe practicarse en las primeras horas después de la captura y bajo la condición de que el sujeto no se haya limpiado o lavado las manos, porque su resultado puede ser equívoco y arrojar positivo frente a otro tipo de sustancias que nada tienen que ver con el disparo de un arma. Es decir, en este caso, ya no tendría sentido la práctica de dicho análisis técnico.

Pero, si quisiera admitirse, que aún en el evento de no ser definitivo su resultado, entonces le correspondía al censor, como, aún así, independientemente del resultado podría generar dudas sobre la responsabilidad del sindicado.

Algo similar, destaca el Procurador de la inspección judicial al sitio de los hechos, por cuanto el demandante se queda en la indicación de cuáles serían los puntos a verificar en la misma, los cuales, teniendo en cuenta el análisis integral que de la prueba hizo el Tribunal, solo vendrían a constituir circunstancias incidentes en el análisis de otras, que ha debido señalar, aunque es evidente que el sentenciador, repite, no tuvo ninguna duda al respecto, pues del conjunto de testigos surge claro que después del primer encuentro con los miembros de la fiesta y ya herido, HELBERTH se fue hasta la casa de su hermana, franqueó la entrada y salió un arma apuntándole a las personas, procediendo a disparar en contra de Luis Cuervo Romero cuando le replicaba a Jaime Gómez “máteme a mi hijueputa”.

Adicionalmente, destaca, que el demandante no menciona siquiera si el procesado es zurdo o diestro, ni los hallazgos de la necropsia para determinar el posible resultado de la prueba que reclama.

En lo demás, esto es frente el examen psicológico, solo atina a sostener el casacionista que una persona puede ser apta físicamente para realizar una acción pero impedida psicológicamente, pero no confronta con el caso ni da elementos de juicio para juzgar la necesidad de la misma.

Segundo Cargo.

Este cargo, es, en su desarrollo, contradictorio, por cuanto aduce primero un error de hecho por errores en la valoración probatoria, que más adelante indistintamente relaciona como omisión de varios testimonios.

La verdad, es que no incurrió el fallador en yerro alguno, por cuanto al otorgarle credibilidad a los testimonios de Guillermo Pinzón Jamaica, Saúl Antonio Cuervo y Javier Antonio Martínez y no dársela a las indagatorias de Jaime Gómez Hernández y HELBERTH HERNÁNDEZ, al igual que a la declaraciones de Emilse Hernández, aplicó las reglas de la sana crítica, luego de lo cual concluyó positivamente sobre la responsabilidad penal del sindicado.

Asimismo, al retomar el libelista argumentos expuestos en la primera censura sobre la necesidad de que se hubiera practicado la inspección judicial, aquí también mezcla indebidamente argumentos propios de la causal tercera con los de la primera.

Y al crear desde su perspectiva personal su propio análisis probatorio, termina por confundir la omisión y la distorsión probatoria con el grado de credibilidad que los diversos medios de convicción le ofrecieron al fallador.

Tercer Cargo

La misma suerte del anterior, debe correr este reproche, a juicio del Procurador, pues se limita a confrontar el contenido de la sentencia con el del salvamento de voto afirmando a partir de allí una distorsión probatoria que no demuestra.

CONSIDERACIONES:

Primer Cargo.

Tal y como lo destaca el Ministerio Público, esta censura que el demandante postula por motivo de nulidad aduciendo la vulneración al derecho de defensa por la no práctica de varias pruebas, que a su juicio, habrían desvirtuado las que sirvieron de soporte a la sentencia de condena, no solo incumple las exigencias propias para la proposición de nulidades, sino que no demuestra, conforme a la técnica requerida la trascendencia del yerro in procedendo que alega.

2. En efecto, y siendo que abundante es la jurisprudencia en el sentido de insistir que la postulación de nulidades en sede extraordinaria no es de libre formulación, ni la causal tercera está supeditada a las demás, pues por su naturaleza y alcances obedece a una metodología y técnica propias, en tanto que es deber del demandante acoger los principios legales que la orientan, no resulta suficiente con la identificación la irregularidad que hipotéticamente daría lugar a deshacer lo actuado a una etapa anterior a efectos de restablecer el procedimiento viciado o las garantías de los sujetos procesales afectados, sino que, además, surge como un imperativo la confrontación del fallo con miras a establecer la negativa proyección que tal circunstancia tuvo en la decisión final.

3. En este caso, la metodología de la que se vale el censor para demostrar el citado yerro pone en evidencia una confusión conceptual entre las distintas causales, en la medida en que se queja de que el instructor no agotó esfuerzos para establecer lo favorable y desfavorable al sindicato, acusando así una violación al principio de investigación integral, aspecto que correlativamente afecta el derecho de defensa, pero al mismo tiempo en su disertación, que a la postre se reduce a un índice pormenorizado del proceso, se duele de la credibilidad que merecieron los testigos de cargo y la que le fue negada a quienes pretendieron apoyar la postura defensiva de su defendido, pese a que permanecía vigente la duda que tuvo el instructor la primera vez que dispuso el cierre del ciclo instructivo.

4. Además, y sin tener como referente el contenido fáctico del fallo, da por descontado el cumplimiento de su obligación demostrativa, con hipotéticas afirmaciones que tampoco dinamiza dentro del proceso, ni suministra los elementos de juicio que al interior del mismo le permiten suponer como probables los resultados que avisa para sacar adelante la situación de su representado y mucho menos la procedencia, necesidad y utilidad de las mismas frente a los aspectos determinantes de la responsabilidad.

5. Concreta, pues, el censor los vacíos investigativos, a que no se hubiera practicado la prueba de guantelete de parafina al sindicado para saber si disparó armas, una inspección al sitio de los hechos con toma de fotografías, elaboración de planos y determinación de distancias para que el Instituto de Medicina Legal pudiera determinar el ángulo de tiro y con cuál de las dos manos se hizo el disparo, habida cuenta las estaturas de Jaime Gómez y HELBERTH ERNESTO y un examen psiquiátrico al sindicado a efectos de analizar su estado emocional al momento en que se cometió el delito.

6. Reducido a ese planteamiento el reproche, insustancial deviene la pretensión casacional, pues los medios de convicción a que se refiere no apuntan a mostrar un descuido de la instrucción que ponga de presente que el proceso culminó incompleto desde el punto de vista probatorio, por no haberse cumplido el objeto de la instrucción, sino, que a partir de la práctica de los mismos, lo que busca es readecuar el debate sobre la credibilidad que corresponde otorgarle a los distintos elementos de convicción, siendo, por demás clara la intrascendencia e impertinencia de los mismos.

7. Obsérvese, al efecto, tal y como lo hace notar el Delegado, que la prueba de guantelete de parafina, no sería viable desde ningún punto de vista, por cuanto esa clase de medios de comprobación requieren la intervención inmediata de los peritos para que pueda tener su resultado algún grado de confiabilidad, aunque el mismo puede conducir a conclusiones similares sin necesidad de que el sujeto haya manipulado armas de fuego.

Por eso, carece de sentido que varios años después de ocurridos los hechos se pretenda invalidar la actuación para llevar a cabo una prueba que, en estos momentos, es más que inoficiosa, pues es evidente, que no contribuiría a esclarecer el aspecto al que hace referencia el casacionista.

De la misma manera, la inspección al lugar de los hechos y la determinación del ángulo de tiro o la mano con la que pudo ser disparada el arma, en nada contribuye a desvirtuar la prueba fundante de la sentencia, pues no se entiende como, la concreción de esos factores a través de medios científicos pueda cambiar el curso de los hechos, en los términos en que fueron narrados por los testigos presenciales Guillermo Pinzón Jamaica, Saúl Antonio Cuervo y Javier Antonio Martínez, a quienes se les dio entera credibilidad, en el sentido de que fue HELBERT quien disparó con la pistola hiriendo mortalmente a Luis Fernando Cuervo.

Asimismo, la afirmación que se hace en el dictamen en el sentido de que según la localización de la perdigonada y las direcciones de la misma, el victimario se encontraba en un plano superior o más alto que el de la víctima, aspecto que le permite insinuar, que si pudo ser Jaime Gómez, por tener una estatura mayor (1.75 mts.) que la de su defendido (1.60), no es más que una suposición que de ninguna manera encuentra corroboración en el proceso y tampoco el defensor se ocupa por acreditar, por qué, solo de esta manera -practicando el dictamen- podría concluirse que el plano superior del victimario necesariamente debe corresponder a la altura del mismo. Es más tal apreciación, resulta inconsulta con lo probado en el proceso, pues es claro, según lo dicho por varios testigos que el disparo se hizo desde la casa o por lo menos desde la puerta, mientras el grupo de jóvenes se encontraba en la calle; y de acuerdo con lo manifestado por el propio HELBERTH ERNESTO HERNÁNDEZ en la audiencia pública “la casa era una casa pequeña, la calle había un barranco grande y había un tanque donde lavaba la ropa desde ahí veía a la calle, eso era subiendo era encima de un barranco grande y abajo era la calle, había un caminito (revueltia (sic)

que por ahí no quedaba pendiente ..." (fs. 245 y 246). Y por su parte, Flor Emilse Hernández Bustos, refirió que su casa era "común y corriente, estaba en un altico y hacia la parte de abajo pasaba la calle si había un caminito para subir (sicv) era pendiente" (f. 247).

8. Similar apreciación corresponde hacer en cuanto a la prueba siquiátrica, más aún, cuando no se discute ni a ello se endereza el cargo, que el procesado pudiese haber actuado sin capacidad de comprender o autorregular su comportamiento o algún estado emocional atemperante del juicio de responsabilidad, e incluso, que fuera tal su condición anímica que no estuviera en condiciones de disparar.

El cargo, no prospera.

Segundo y Tercer Cargos.

1. Por corresponder a supuestos sustancialmente idénticos, la Sala responderá conjuntamente estos reproches que postula el defensor del procesado por motivo de violación indirecta de la Ley por errores de existencia y de identidad en la apreciación probatoria.

2. Ahora bien, no obstante que para la proposición de esta censura el demandante se apoya en causal distinta a la tercera, sobre la cual edificó la anterior, lo cierto es que se vale prácticamente de los mismos argumentos, pero ya no para predicar la nulidad de lo actuado, sino la existencia de la duda a favor de su representado, lo cual se traduce en una indebida utilización de la subsidiariedad que autoriza la ley para proponer cargos contradictorios, en tanto que ello supone posiciones y supuestos diversos que conllevarían a soluciones distintas que por no ser posible que concurran entre sí, han de proponerse separadamente y como subsidiarias unas de otras. En cambio, lo que aquí hace el demandante es simplemente modificar la rotulación del mismo argumento, llamando al primero principal y a los otros dos como subsidiarios, manteniendo de esa

manera la misma inconsistencia lógica con la que pone de presente su indecisión en torno a la causal adecuada para hacer su planteamiento casacional.

3. En efecto, En los tres reproches propuestos se observa como constante el descontento que le genera la valoración probatoria del Tribunal y las supuestas dudas en torno a la responsabilidad del procesado a partir de la ausencia de elementos de juicio evidenciados en el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal, en torno al ángulo de tiro, presupuesto que considera suficiente para considerar que no podía en tales condiciones dársele credibilidad a los testigos presenciales y por el contrario, lo que se imponía era otorgársela a quienes concurrieron en apoyo de la versión defensiva del sindicado.

4. Además, tal y como lo destaca el Ministerio Público, el demandante parte de un supuesto falso, cual es afirmar la existencia de dudas del fallador sobre la autoría del disparo que le causó la muerte a Luis Hernando Cuervo Romero, cuando precisamente por no haber concurrido esta, sino el estado de certeza, en los jueces de instancia dicha tesis planteada por la defensa no tuvo acogida. Esa, precisamente, era su labor en casación, pero no la cumplió, porque desgastó su discurso en un esfuerzo infructuoso de oponer su personal criterio al de las sentencias, sin lograr desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que las ampara.

5. Incurre, también, el demandante en una inconsistencia lógica al aducir respecto de los testimonios Emilse Hernández, y las indagatorias de Jaime Gómez y HELBERTH ERNESTO HUERNÁNDEZ, que no fueron tenidas en cuenta y también distorsionadas, por cuanto lo primero excluye lo segundo.

Lo anterior, emerge evidente al criticar el recurrente las consideraciones probatorias del sentenciador en cuanto consideró como un acto de solidaridad entre parientes, el hecho de que Jaime Gómez afirmara en la indagatoria que solo él utilizó y disparó armas

esa noche, pues las califica como carentes de lógica y buen sentido. Todo esto, lo que indica es que la prueba si fue apreciada, solo que, a juzgar por los razonamientos del petente, habría desconocido las reglas para su apreciación, y ello corresponde, en estricto sentido, a un error de raciocinio, distinto de los enunciados en la demanda.

6. Así, se tiene, entonces, que a la postre el demandante llama falso juicio de identidad la conclusión del Tribunal atinente a que los testimonios de Guillermo Pinzón Jamaica, Javier Antonio Nieto Martínez y Saúl Cuervo desmienten lo vertido por los arriba mencionados de que no fue HELBERTH quien disparó la escopeta.

En conclusión, tal y como se observa en el tercer cargo, el demandante considera respaldada su posición con el criterio expuesto en el salvamento de voto del Magistrado disidente sobre los criterios que debieron tenerse en cuenta para otorgarle poder suasorio a los distintos testimonios rendidos en este asunto, apropiándose de tales argumentos para plantear los errores que, como se vio, hizo de manera confusa y equivocada.

Los cargos, así, no prosperan.

Por último, debe precisarse que cualquier determinación atinente y procedente en torno a la aplicación del principio de favorabilidad por virtud de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2.001, en la cual se establece una menor punibilidad para el delito de homicidio, le corresponde adoptarla al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
GÁLVEZ ARGOTE

CARLOS AUGUSTO

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU
TRUJILLO

EDGAR LOMBANA

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR
PINILLA

NILSON PINILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria