

Fernando Alberto Castro Caballero

Magistrado ponente

AP2640-2018

Radicación No. 49158

(Aprobado Acta No. 211)

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO:

La Sala se pronuncia sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de José Francisco Cubides Suárez contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al citado como autor del delito de homicidio agravado tentado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

Los primeros fueron declarados por el juzgador de primer grado en los siguientes términos:

...el 7 de diciembre del año 2000, en el barrio Los Chorros, Parte Alta, sector La Mina [de la ciudad de Cali], pasadas las nueve de la noche, cuando un grupo de jóvenes vecinos de ese sector jugaban lanzándose bombas con agua y totes entre ellos como también a los transeúntes, fue alcanzado por uno de esos objetos el vehículo Nissan de servicio público distinguido con la placa HUF 884... de propiedad del señor José Francisco Cubides Suárez,

sacando éste un arma de fuego y accionándola hacia las personas que se encontraban en el lugar denominado El Morro, impactando al joven [de 15 años de edad] H.A.T.M. por la espalda, herida que le causó perturbación funcional del sistema nervioso central... lo que conllevó a la pérdida funcional de los miembros inferiores... del órgano de la cópula... y del órgano de la excreción, todas éstas de carácter permanente, quien falleció el día 17 de agosto de 2003.

Con fundamento en esos hechos, en la Fiscalía Local Cuarenta y Dos de Cali, se dispuso la apertura de la instrucción y el 1 de febrero de 2001 se escuchó en diligencia de indagatoria a José Francisco Cubides Suárez, a quien se le dejó privado de la libertad, así que el día 5 del mismo mes y año se le resolvió provisionalmente la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por los delitos de homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, remitiéndose a su vez, por competencia, la actuación a la Fiscalía Veintiséis Seccional de la misma ciudad.

Admitida la demanda de constitución de parte civil presentada por Rita Moreno, madre del menor ofendido, el 30 de abril de 2001 se modificó la calificación jurídica y, en consecuencia, se determinó que se procedería por los delitos de lesiones personales y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal agravado.

Asumido el conocimiento de la actuación por la Fiscalía Segunda Seccional de la Unidad de Fiscalías de la Ley 30 de 1986 de Cali, el 11 de mayo de 2001 se le sustituyó al procesado la medida de aseguramiento impuesta, por la de detención domiciliaria.

De otra parte, el 29 de junio de 2001 se le concedió la libertad provisional al citado por vencimiento de términos.

Ahora, como el 17 de agosto de 2003 ocurrió el deceso del menor H.A.T.M. y en la necropsia se dio a entender que el mismo se había producido en razón de las secuelas que le habían

quedado a raíz de las lesiones que le causó el inculcado Cubides Suárez; el 23 de octubre de 2004, en la Fiscalía Trece Seccional de la Cali de la Casa de Justicia de Siloé, se declaró la nulidad de lo actuado desde la diligencia de indagatoria y se dispuso vincular al citado mediante diligencia de indagatoria por el delito de homicidio, a la par que se negó la preclusión solicitada por la defensa con fundamento en el artículo 531 de la Ley 906 de 2004.

Al resolverse el recurso de apelación contra esa decisión, el 27 de enero de 2006 la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Cali la revocó en relación con la nulidad decretada.

Así las cosas, el 4 de septiembre de 2006 se le resolvió la situación jurídica al encartado José Francisco Cubides Suárez por el delito de homicidio, precisándose que únicamente se debía proceder por los delitos de lesiones personales y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Al desatar el recurso de apelación propuesto por la abogada del inculcado contra esa determinación, el 28 de enero de 2009 fue confirmada y se declaró la prescripción de la acción penal respecto del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Asumido el conocimiento de la actuación por la Fiscalía Treinta y Nueve Seccional de Cali de la Unidad de Vida y Delitos Sexuales, el 28 de septiembre de 2010 se dispuso el cierre de la investigación y, el 1 de diciembre de siguiente, se profirió resolución acusatoria contra José Francisco Cubides Suárez por el delito de homicidio agravado tentado (arts. 27, 103, 104, num. 4 y 7, C.P.).

Esa decisión fue apelada por la defensora del procesado y la representante del Ministerio Público, así que el 23 de abril de 2013 fue confirmada en su integridad por la Fiscalía Octava Delegada ante el Tribunal Superior de Cali.

La etapa de la causa inicialmente correspondió adelantarla al Juzgado Dieciséis Penal del

Circuito de Cali, la cual prosiguió en su homologo Doce¹ y después en el Quince² de igual categoría, en donde agotadas la audiencia preparatoria y la vista pública, el 25 de septiembre de 2015 se condenó al inculpado José Francisco Cubides Suárez a las penas de 150 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, así como al pago de perjuicios materiales por \$48.681.120 y morales por 100 s.m.l.m.v., tras hallarlo autor del delito de homicidio agravado³ tentado, a quien se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Esa decisión fue impugnada por el abogado del enjuiciado y el 27 de junio de 2016 se confirmó por el Tribunal Superior de Cali, aclarando que el delito imputado se había cometido con dolo eventual.

Inconforme el defensor del implicado con esa determinación, presentó recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Está integrada por una sola censura, cuyo alcance, en síntesis, en el que sigue.

Inicialmente el censor enfatiza que le asiste legitimación en la causa, a pesar de lo alegado por él en las instancias, por cuanto mientras que allí cifró su estrategia defensiva en demostrar que el inculpado no fue la persona que disparó contra la víctima, ahora en sede de casación pregonaba un error en la calificación jurídica, pues en lugar de estarse ante el delito de homicidio tentado cometido con dolo eventual, se está frente al de lesiones personales, lo que a su vez, en su concepto, conduce a concluir que la acción penal se encuentra prescrita. Por tanto, sostiene que con la nueva postura es claro que por igual pretende conjurar el perjuicio que la sentencia condenatoria le irroga al inculpado.

Expresado lo anterior, al amparo de la causal tercera de casación prevista en el artículo 207

de la Ley 600 de 2000, el impugnante denuncia la sentencia por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, toda vez que el Tribunal erró en la calificación jurídica de la conducta realizada por el enjuiciado, pues asegura que la misma no se adecua al delito de homicidio tentado cometido con dolo eventual sino al de lesiones personales, el cual, concluye, prescribió en la etapa de la instrucción.

El recurrente precisa que si bien los yerros en la calificación jurídica se denuncian a través de la causal primera de casación, por igual se tiene que como en este caso la tipificación correcta lleva a deducir que la acción penal prescribió en la fase de la instrucción, esa es la razón por la que la censura se formula con fundamento en la causal tercera de nulidad.

Añade que como el reparo se encamina a denunciar el error en la calificación jurídica y según se dijo, ello se debe realizar bajo los derroteros de la violación directa de la ley sustancial, entonces omite cualquier discusión en torno a la manera como los juzgadores de instancia declararon los hechos y valoraron las pruebas.

Expresa, por tanto, que el Tribunal incurrió en la “interpretación errónea... del dispositivo amplificador del tipo denominado «tentativa»”, por cuanto el mismo solo se puede predicar frente al dolo directo, mas no ante el dolo eventual.

Sobre el particular sostiene que si bien el delito de homicidio permite predicar el dolo eventual “en el entendido que la conducta que da lugar al resultado se presenta cuando habiéndose previsto como posible su realización, ese resultado se deja librado al azar”, respecto de la “tentativa” no ocurre igual, por cuanto el único dolo que admite es el “directo” o de “primer grado”, en razón de la forma como está prevista en el artículo 27 del Código Penal, pues dicha norma preceptúa: “el que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad”; tras lo cual añade en complemento que el artículo 22 ibídem consagra que “la conducta es dolosa cuando el agente conoce los

hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”, así que a juicio del censor, en el conato se descarta cualquier otro tipo de dolo (indirecto o de segundo grado y eventual).

Luego el impugnante trae a colación criterio de autoridad (CSJ SP, 25 ago. 2010, rad. 32964) con el fin de recordar que en el dolo eventual “el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable”.

Expresado lo anterior, reconoce que no obstante que la doctrina extranjera admite la tentativa con dolo eventual, en nuestra legislación, atendiendo al principio de legalidad, ello es “imposible”.

Al respecto manifiesta que:

...la tentativa requiere de la confluencia de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación de la infracción penal, lo que significa que se precisa y es de obligatoria concurrencia el conocimiento de los hechos y el ánimo o propósito de su realización, los cuales se reúnen en los casos de dolo directo... [mas no] sucede lo propio en el dolo eventual, en la medida que si bien concurren conocimiento y voluntad, es el resultado final algo que no ha sido previamente calculado o perseguido sino que se presenta por el simple desprecio o falta de interés en su consumación; tal situación [dice,] aleja la posibilidad de la tentativa con dolo eventual, toda vez que los actos que se exigen para su aplicación deben ser inequívocos”.

Esa, [sostiene el demandante,] es precisamente la trascendencia del yerro cometido, porque independientemente de la responsabilidad atribuible a su defendido en el caso de autos, lo cierto es que de haberse considerado la imposibilidad que en nuestro entorno jurídico sea atribuible la tentativa en los casos de homicidio con dolo eventual... no habría sido procesado por este tipo penal sino por el de lesiones personales dolosas...

He ahí [asevera el recurrente,] acreditado el yerro cometido a través de la interpretación errónea de una norma sustancial correctamente elegida pero distorsionada en su interpretación, como lo es la tentativa en los casos de dolo eventual...

Así las cosas, solicita que se case la sentencia, se decrete la nulidad de lo actuado desde la resolución acusatoria y se profiera cese de procedimiento, en concreto por haber operado la prescripción de la acción penal respecto del delito de lesiones personales.

CONSIDERACIONES:

1. Sobre el alcance del recurso de casación:

De manera constante la Corte ha señalado que el recurso extraordinario no es una instancia adicional a las ordinarias previamente agotadas y, por tanto, no ha sido concebido como un instrumento que permita la continuación del debate fáctico y jurídico surtido durante el proceso, sino que, por su propia naturaleza, se trata de una sede única que parte del supuesto de que la sentencia de segunda instancia se ha dictado dentro de un juicio legalmente adelantado y la decisión contenida en ella es acertada, por lo que corresponde al impugnante desvirtuar esa presunción.

En esa medida, dicho propósito solo puede lograrse mediante la presentación de una demanda escrita, en la que se identifique la sentencia recurrida, se acrediten la legitimidad y el interés para recurrir, se expresen con claridad y precisión los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión, y se demuestre la objetiva configuración de uno o varios de los motivos de casación taxativamente previstos en el Código de Procedimiento Penal.

Ahora, de conformidad con los principios que gobiernan el recurso extraordinario, en el libelo se debe demostrar la necesidad de la intervención de la Corte en orden a satisfacer alguno de los fines establecidos por el legislador en el artículo 206 ibídem, valga decir, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes en el

proceso o la reparación de los agravios padecidos por estos.

En ese propósito, tiene dicho la Corte, el actor debe tomar como guía los principios que gobiernan el recurso de casación, particularmente el principio de sustentación suficiente, es decir, que el cargo propuesto en la demanda se baste a sí mismo para lograr la desaprobación total o parcial de la sentencia; el de objetividad o realidad material, según el cual cualquier alegación debe ajustarse rigurosamente a la actuación surtida.

De igual manera, debe tener en cuenta el principio de autonomía, que exige una específica forma de formulación y demostración del cargo de acuerdo con la causal aducida y el motivo que le dé sustento y, el de trascendencia, conforme al cual la censura ha de ostentar la capacidad de quebrar la presunción de legalidad y acierto de la sentencia.

Por tanto, una adecuada sustentación del recurso exige que el demandante compruebe que el juzgador de segundo grado incurrió en un error al tomar la decisión, bien de actividad (*vitium in procedendo*) o de juicio (*vitium in iudicando*), para cuyo efecto no basta con sostener que una determinada infracción se cometió, sino que es indispensable especificar en qué consistió, qué repercusiones tuvo en la decisión recurrida, qué consecuencias desfavorables se derivaron de ella para la parte impugnante, y por qué es necesaria la intervención de la Corte para el cumplimiento de los fines del recurso antes señalados.

Así las cosas, bajo los parámetros que anteceden se emprende el estudio formal de la censura planteada por el recurrente.

3. Sobre el cargo propuesto:

Como quiera que el impugnante inicialmente se esmera en demostrar que le asiste interés para recurrir en casación y tras ello, al amparo de la causal tercera concluye que la acción penal está prescrita, así que para arribar a esa deducción, a través de los derroteros propios de la violación directa de la ley sustancial, denuncia que se erró en la calificación jurídica,

por cuanto en su concepto no es posible predicar el delito de homicidio agravado tentado cometido con dolo eventual como lo hizo el Tribunal, sino el de lesiones personales, cuya acción según dice se extinguió por el paso del tiempo desde la etapa de la instrucción; de lo anterior se sigue que la censura planteada en esos términos debe ser inadmitida, toda vez que parte de supuestos que no se desprenden de la actuación procesal ni de la ley.

En primer lugar, cabe señalar que, como lo sostiene el demandante, en efecto le asiste interés para promover el recurso extraordinario, pero no por la razón in genere que aduce, valga decir, que tanto al apelar como en esta sede pretende conjurar el perjuicio que la sentencia condenatoria le irroga al inculpado, sino porque el aspecto que ahora cuestiona solo surgió al proferirse la sentencia de segundo grado en razón de la aclaración que allí se hizo acerca de que el delito de homicidio agravado tentado deducido al implicado se había cometido con dolo eventual y no con dolo directo como lo dedujo el juzgador de primer grado.

De otra parte, es del caso admitir que el impugnante acertó al perfilar la censura con fundamento en la causal tercera de casación, toda vez que su propósito es que se declare la prescripción de la acción penal, así que si bien para ese efecto propone un error en la calificación jurídica, cuya demostración —en principio⁴— se debe hacer con fundamento en la causal primera, ello no desvirtúa el acierto del camino elegido por el libelista, pues los predicados propios de la causal recién advertida (primera) simplemente sirven de sustento a la pretensión final que tiene el censor, es decir, que se declare la extinción de la acción.

Ahora bien, como quiera que el demandante, con el propósito de demostrar el error en la calificación jurídica y a partir de allí predicar la prescripción de la acción penal, afirma que el Tribunal incurrió en la violación directa de la ley sustancial, en particular debido a la interpretación errónea del artículo 27 del Código Penal que prevé la tentativa, pues, a su juicio, ésta solo puede predicarse frente a las conductas cometidas con dolo directo mas no con dolo eventual como lo concluyó el ad quem, así que en su concepto en este caso se

está ante el delito de lesiones personales mas no frente al de homicidio agravado imperfecto cometido con dolo eventual, esto impone realizar una aclaración formal inicial.

Cuando se denuncia la violación directa de la ley sustancial, como ocurre en el reproche que concita la atención con el propósito de a la postre evidenciar que se está ante el delito de lesiones personales respecto del cual, como se dijo, el censor sostiene que la acción se encuentra prescribida, resulta perentorio que el recurrente se pliegue a un conjunto de requisitos de ineludible cumplimiento, en especial, a abandonar toda discusión en punto de la realidad fáctica declarada en el fallo impugnado por vía extraordinaria, así como en torno a la valoración probatoria allí consignada, con el fin de demostrar la efectiva presencia de uno cualquiera de los sentidos o conceptos de violación, es decir, la exclusión evidente, la aplicación indebida o la interpretación errónea de la ley, último al cual acude el libelista en el caso de la especie.

Ahora, para evidenciar el error formal en que incurre el demandante en el asunto que concita la atención al pregonar que el Tribunal incurrió en la interpretación errónea de la ley, es necesario precisar el alcance de los distintos conceptos o sentidos a través de los cuales es posible violar una norma de carácter sustancial.

En esa medida, cuando lo buscado es constatar que en el fallo recurrido en casación se incurrió en la exclusión evidente de una específica norma, se impone comprobar el error acerca de su existencia, vigencia, validez o falta de selección. En otros términos, el problema que subyace cuando se alega este sentido de violación es que un precepto no se aplicó a pesar de que debió serlo.

De otra parte, si lo pretendido es evidenciar la aplicación indebida de una determinada disposición, el esfuerzo argumentativo ha de encaminarse a constatar la defectuosa adecuación del supuesto fáctico dado por probado en el fallo objeto de impugnación extraordinaria, respecto de la hipótesis contemplada en la disposición utilizada. En otras

palabras, lo que se persigue al alegar este concepto de violación, es evidenciar que una norma distinta a la empleada por el juzgador es la que recoge el aspecto fáctico reconocido en la sentencia atacada.

Así mismo, es menester indicar que si lo deseado es poner de presente que en la sentencia atacada por vía del recurso extraordinario se incurrió en la interpretación errónea de una norma de carácter sustancial, que es el sentido de violación al que acude el recurrente en el sub judice, entonces la tarea discursiva se ha de enfocar en comprobar que a ésta (norma) se le confirió un efecto limitado o excedido diverso al que se deriva objetivamente de su contenido. Por tanto, aquí la cuestión radica en patentizar que a pesar de que la disposición se seleccionó adecuadamente, no se le dio el alcance que en realidad le corresponde.

De otra parte, es preciso mencionar que como la interpretación errónea parte de la base de que la disposición vulnerada es correctamente seleccionada, conforme se dejó expuesto, no debe confundirse este concepto de violación con los eventos en donde por dársele un alcance equivocado a uno o varios de los elementos que integran la norma, no es aplicada o es utilizada indebidamente, lo que, como se verá, es el camino por el que debió optar el demandante.

En efecto, es pertinente recordar que la aplicación indebida o la exclusión evidente de una norma pueden concurrir a consecuencia de la errónea interpretación de uno o varios de los elementos que la componen.

En estos eventos, el yerro de hermenéutica conduce, en punto de la aplicación indebida, a desbordar el verdadero sentido de uno o plurales elementos que integran la disposición y, por ello, se la pone a gobernar un asunto que no contempla.

Ahora, en cuanto hace a la exclusión evidente, el error en la exégesis de los elementos que componen la norma lleva a restringir sus efectos jurídicos y por eso no se la utiliza.

Cabe señalar entonces, que cuando se pregona que como resultado de la errónea interpretación de la disposición se cae en su exclusión, se impone que el recurrente (i) indique el aspecto de derecho en que centra su controversia, así como (ii) la naturaleza del instituto jurídico recogido en él, (iii) especificando su ubicación en el ordenamiento positivo. Además, (iv) debe puntualizar cuál fue el alcance que se le concedió en el fallo que llevó a desechar la norma e, igualmente, (v) ha de ofrecer las razones por las cuales el entendimiento formulado en la demanda es el acertado, en orden a demostrar que el precepto excluido es el que debe gobernar el caso; tarea en la que resulta perentorio (vi) comprobar la coherencia de la interpretación postulada por el actor respecto de las categorías jurídicas relacionadas con la temática que concentra la atención, teniendo en cuenta el conjunto regulatorio del punto de derecho que se analiza.

Por otro lado, cuando se alega que como fruto de la errónea interpretación de la norma se incurre en su indebida aplicación, corresponde al impugnante (i) precisar el aspecto de derecho objeto del ataque, así como (ii) establecer la naturaleza del instituto jurídico recogido en él, (iii) puntualizando su ubicación en el ordenamiento positivo, (iv) especificar cuál fue la exégesis dada en la sentencia al mismo e indicar las razones por las que ella resulta equivocada, (v) explicar por qué la comprensión propuesta en la demanda es la correcta, lo que impone (vi) demostrar la coherencia de la interpretación formulada por el actor frente a las categorías jurídicas relacionadas con la temática respecto del universo regulatorio inherente al punto de derecho cuestionado que dio lugar a la utilización incorrecta de la disposición.

En el caso particular se observa entonces, que si bien el demandante pregonaba la interpretación errónea del artículo 27 del Código Penal que prevé la tentativa, de lo reseñado en precedencia lo que se evidencia es que en realidad alega — aun cuando nunca lo precisa— la aplicación indebida no solo de la norma en cita, sino de los artículos 103 y 104-4 ídem que aluden al delito de homicidio agravado tentado, pues por tal infracción fue que se condenó al procesado por el Tribunal e, igualmente, denuncia la exclusión evidente

de los artículos 111 y 116 ibídem, toda vez que lo perseguido por el censor, en principio, es que la condena proceda por el ilícito de lesiones personales, delito respecto del cual a la postre predica que la acción penal se encuentra prescrita.

En esa medida, es claro que el demandante se equivoca al predicar la interpretación errónea del artículo 27 del Estatuto Punitivo, por cuanto como se viene de decir, este sentido de violación parte de la base de que la norma fue correctamente seleccionada por el juzgador pero que le dio un alcance excedido o limitado frente al que realmente tiene, mientras que lo que aquí se alega es que no se está ante la tentativa del delito de homicidio agravado cometido con dolo eventual, es decir una aplicación indebida, pues se está frente al ilícito de lesiones personales.

Al desacierto formal que se viene de señalar se suma otro, toda vez que el recurrente, con el propósito de demostrar que no es posible predicar la comisión del delito de homicidio agravado tentado con dolo eventual, en síntesis expresa que en razón de que la tentativa en nuestra legislación exige la confluencia de actos “inequívocamente dirigidos” a la ejecución de la conducta punible, de allí se sigue que solo admite el dolo directo, mas no el eventual como lo concluyó el Tribunal, por tanto, asegura que visto el resultado, es claro que se está ante el delito de lesiones personales, del cual predica que la acción penal está prescrita.

Se dice que el impugnante incurre en otro desacierto formal por cuanto, como se dejó expuesto en precedencia, cuando se alega la errónea interpretación de una norma que lleva a su indebida aplicación, al recurrente le compete demostrar, entre otros aspectos, la coherencia de la interpretación que formula, de manera que se observa que en este caso no tiene en cuenta que la expresión actos “inequívocamente dirigidos” que allí se prevé, “hace relación a la aptitud y suficiencia de los actos, según la experiencia, para la producción de la conducta punible”⁵, mas no a la intención del sujeto agente como lo sugiere el libelista y de allí que la postura que promueve carezca de fundamento.

Adicionalmente, se observa que la conclusión a la que arriba el impugnante acerca de que si se estuviera ante el delito de lesiones personales agravadas la acción penal habría prescrito en la etapa del juzgamiento, tampoco resulta afortunada, pues, de un lado, en contra de los principios de autonomía y razón suficiente, el censor no atina a demostrar que así ocurriera y, de otra parte, no tiene en cuenta que como a la víctima se le dictaminó la pérdida funcional de los miembros inferiores y de los órganos de la cópula y la excreción, de esto se sigue que la pena hipotéticamente a contemplar si se estuviera ante unas simples lesiones sería la prevista en el artículo 3366 del Código Penal de 19807, en concordancia con los artículos 3398 y 324-49 ibídem, de modo que la acción prescribiría en 15 años¹⁰.

Así las cosas, si los hechos que aquí son objeto de juzgamiento datan del 7 de diciembre de 2000, ello quiere decir que solo hasta el día y mes anotados pero del año 2015 se extinguiría la acción por el paso del tiempo, no obstante, la resolución acusatoria quedó en firme el 23 de abril de 2013.

Ahora, como el recurrente expresa —sin precisarlo— que la doctrina extranjera admite la tentativa con dolo eventual y en efecto que así lo es¹¹, también es del caso recordar que la nacional por igual lo reconoce¹² e, incluso, la Sala al conocer de un caso que recogía uno supuesto de hecho semejante al que aquí concita la atención no la descartó¹³.

Más allá de lo anterior, se observa que en el caso particular en realidad se debió predicar un dolo directo o de primer grado, conforme lo definió el juzgador de primer instancia, toda vez que disparar por lo menos en tres ocasiones y a pocos metros en dirección a donde se encontraba la víctima y quienes la acompañaban, según lo aseguraron sin vacilación varios testigos presenciales, no puede llevar a concluir cosa distinta, lo cual no es del caso corregir ahora, pues amén de que no tendría ningún efecto en la punibilidad, el demandante es el recurrente único.

Por tanto, como el defensor se equivoca al pregonar el concepto de violación en que se

habría recaído respecto del artículo 27 del Código Penal, del que a la postre se sirve para invocar un supuesto error en la calificación jurídica y arribar a la conclusión de que en el sub judice se está ante el delito de lesiones personales, del cual aduce que la acción prescribió desde la etapa de la instrucción sin que incluso ello sea cierto, pero además, al intentar demostrar que no es posible predicar la tentativa cometida con dolo eventual no tiene en cuenta el verdadero alcance de la norma que recoge esa figura jurídica, de lo anterior se sigue, tal como se dejó planteado desde el principio, que la censura debe ser inadmitida.

Para terminar, cabe precisar que atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de la misma, posición del impugnante dentro del proceso y la índole de la controversia planteada, no se encuentra violación de garantías de incidencia sustancial ni procesal que deban ser protegidas oficiosamente y que conduzcan a superar los defectos de la demanda, por lo que se impone su definitiva inadmisión, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 212 y 213 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de José Francisco Cubides Suárez.

Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 En cumplimiento del Acuerdo No. 21 de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca.

2 En acatamiento de los Acuerdos 65 y 68 de 2013 de la misma Sala Administrativa.

3 Solo se dedujo el agravante previsto en el numeral 4º del artículo 104 del Código Penal, en concreto por haberse cometido el homicidio por motivo fútil, a la par que se descartó la aplicación del contemplado en el numeral 7º ibídem.

4 Pues si se modifica la competencia o se afecta el derecho de defensa, por igual se debe invocar a través de la causal tercera pero en todo caso desarrollase bajo los derroteros de la primera.

5 CSJ SP, 8 ago. 2007, rad. 25974.

6 “Pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro... la pena será de cuatro (4) a diez años.”

7 Si bien el artículo 116 de la Ley 599 de 2000 prevé la misma pena privativa de la libertad, la de la multa es mayor y por ello se prefiere tener en cuenta las normas del Decreto Ley 100 de 1980.

8 “Circunstancia de agravación punitiva. Cuando... concurra alguna de las circunstancia señaladas en el artículo 324, las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.”

9 “Circunstancia de agravación... si el hecho... se cometiere: (...) 4. ...por motivo abyecto o fútil.”

10 De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 80 del Decreto Ley 100 de 1980, “la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad”, por tanto, como el tipo básico de lesiones con pérdida funcional de un órgano (art. 336 DL: 100/80) tiene una pena máxima de 10 años y concurrió una circunstancia de agravación, ello quiere decir que la misma se aumenta en la mitad, para un total de 15 años.

11 Sobre el particular María Rosa Moreno –Torres Herrera, Tentativa de delito y delito irreal, 1999, pág. 216; Marco Antonio Terragni, Dolo eventual y culpa consciente, 2009, pág. 135; Adrián Marcelo Tenca, Dolo eventual, 2010, pág. 220 y; Eugenio Raúl Zaffaroni, Derecho penal, parte general, 2000, pág.788, entre otros.

12 Al respecto Juan Fernández Carrasquilla, Derecho penal, parte general, 2012, volumen II, pág. 771; Yesid Reyes Alvarado, El delito de tentativa, 2016, pág. 249 y; Fernando Velázquez Velásquez, Derecho Penal, parte general, 2009, pág. 958, entre otros.

13 CSJ SP, 18 oct. 2011, rad. 13869.