

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

AP771-2014

Radicado N° 42899.

Aprobado acta No. 50.

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil catorce (2014).

V I S T O S

Con el fin de establecer si se reúnen las exigencias formales previstas en los artículos 205 y 212 de la Ley 600 de 2000, examina la Corte la demanda de casación presentada por la defensora de JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, en contra de la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 20 de agosto de 2013, mediante la cual confirmó, con modificaciones, el fallo emitido por el Juzgado 55 Penal del Circuito adjunto de la misma ciudad, el 29 de octubre de 2012, condenando al mencionado procesado, como autor responsable del delito de homicidio simple, a la pena principal de 160 meses de prisión y a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 10 años.

H E C H O S

En anterior oportunidad, al conocer en acción de revisión, la Sala los sintetizó de esta manera:

“Aproximadamente a las diez y media de la noche del sábado 21 de marzo de 1998, los jóvenes Nelson Javier González Macana, Miguel Ángel León y Jorge Luis y Leydi Dayán Sánchez Tamayo, se encontraban departiendo en una esquina del sector Patio Bonito, concretamente en la Calle 42G con Carrera 113b-42 en el sur de la ciudad de Bogotá, cuando se percataron de la llegada de varios vehículos, situación que les hizo colegir que se trataba de las “milicias” –grupos armados ilegales operantes en la zona- y por ello emprendieron veloz carrera, con el fin de ocultarse en un callejón, los dos primeros, y en su casa, ubicada cerca de allí, los hermanos Sánchez Tamayo.

A diferencia de su consanguíneo, la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo no pudo llegar a su destino, ya que fue alcanzada por el proyectil de un arma de fuego, que le causó graves lesiones en el cerebro, provocándole la muerte horas más tarde en un centro asistencial.

Se pudo establecer que en realidad los vehículos que alertaron a los jóvenes mencionados, correspondían a la motocicleta en que se desplazaban los patrulleros José Libardo Cuspián Chávez –conductor- y JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS –parrillero-, y la camioneta en que se movilizaban los agentes de policía Israel Sierra Florián y Luis Arturo Sánchez Romero, quienes acudieron al sitio por indicación de la central de radio, con el objeto de contrarrestar la supuesta acción de una pandilla juvenil armada, denunciada telefónicamente a las autoridades por una persona que no se identificó.

Lo cierto del asunto es que primero arribó al sitio la motocicleta, de la cual descendió el patrullero TULCÁN VALLEJOS, quien desenfundó su revólver de dotación y accionó contra los jóvenes que corrían, según explicó, para responder a varios disparos que provenían de

la oscuridad.

A TULCÁN VALLEJOS, precisamente, se le imputa la muerte de la menor Leydi Dayán Sánchez Tamayo, quien para esa fecha contaba 14 años de edad”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por los hechos anteriores, el Juzgado 86 de Instrucción Penal Militar con sede en Bogotá dispuso la práctica de investigación previa, el 22 de marzo de 1998.

Con auto del 24 de marzo siguiente, dicha dependencia ordenó la apertura de la investigación y la vinculación del patrullero JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, cuya indagatoria tuvo lugar al día siguiente.

Mediante proveído del 29 de abril del mismo año, el juzgado instructor admitió la demanda de constitución de parte civil, presentada por un profesional adscrito a la Corporación Colectivo de Abogados, en nombre de Jorge Enrique Sánchez Chávez.

La situación jurídica de TULCÁN VALLEJOS fue resuelta el 4 de junio de esa anualidad, absteniéndose la oficina investigadora de aplicarle medida de aseguramiento; en esa oportunidad, también dispuso la remisión de la actuación a la justicia ordinaria, atendiendo a lo peticionado por el delegado del Ministerio Público.

La defensa impugnó la citada providencia, considerando que debía dictarse cesación de procedimiento; en subsidio, solicitó que las diligencias no se enviaran a la Fiscalía General de la Nación.

El 14 de octubre posterior el Tribunal Superior Militar confirmó parcialmente dicho pronunciamiento, esto es, avaló que no se asegurara preventivamente al

sindicado, pero señaló que no debía remitirse el expediente a la justicia ordinaria.

El 18 de noviembre de 1998 la investigación fue asumida por el Juzgado de Primera Instancia del Comando de Policía Bacatá, encargado de clausurar la etapa sumarial el 23 de julio de 1999.

Luego de tramitarse un conflicto positivo de competencia, en el que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura la ratificó en la justicia castrense, el 14 de abril de 2000 se calificó el mérito sumarial, emitiéndose resolución de convocatoria a Consejo de Guerra en contra de TULCÁN VALLEJOS, como autor de la conducta punible de homicidio culposo, tipificada en el artículo 264 del Código Penal Militar.

Llevado a cabo el Consejo de Guerra el 28 de junio de esa anualidad, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia absolutoria el 6 de julio siguiente.

Sometido a consulta dicho fallo, el Tribunal Superior Militar lo confirmó mediante el suyo del 15 de mayo de 2001.

A través de proveído del 27 de septiembre de 2002 (Radicado 18563), la Sala inadmitió la demanda de casación discrecional que en contra de las decisiones de las instancias promovió el apoderado de la parte civil.

Por recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y previa postulación del Ministerio Público, mediante sentencia de revisión del 1° de noviembre de 2007 (Radicado N° 26077), la Corporación dejó sin efectos el fallo absolutorio dictado a favor de TULCÁN VALLEJOS, así como la actuación surtida a partir del auto de cierre, inclusive.

Es así como en cumplimiento a lo ordenado por la Corte, la Fiscalía General de la

Nación asumió el conocimiento de la instrucción, en desarrollo de la cual la delegada seccional 52 de Bogotá clausuró nuevamente la fase investigativa, el 21 de diciembre de 2007, y calificó el mérito del sumario, el 17 de marzo de 2008, acusando al sindicado por el ilícito de homicidio culposo.

La providencia calificatoria fue confirmada por la Fiscalía 57 delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, en decisión de segunda instancia del 3 de febrero de 2009.

El conocimiento de la etapa de la causa fue asumido por el Juzgado 39 Penal del Circuito de Bogotá, despacho que el 18 de agosto de ese año celebró la audiencia preparatoria, en tanto, la diligencia pública de juzgamiento se adelantó en sesiones del 15 de enero, 26 de mayo, 29 de junio y 3 de agosto de 2010, y 29 de mayo de 2012, en la primera de las cuales el fiscal del caso varió la calificación jurídica, considerando que el delito imputado correspondía al de homicidio agravado.

La sentencia de primer grado fue proferida el 29 de octubre siguiente en el Juzgado 55 adjunto de esa especialidad, el cual declaró la responsabilidad penal de TULCÁN VALLEJOS en la conducta punible de homicidio agravado. Le impuso, en consecuencia, la pena principal de 345 meses de prisión y la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años; asimismo, consideró que no tenía derecho a sustitutivos penales y se abstuvo de condenarlo al pago de perjuicios.

Apelado el fallo por el procesado y su defensora, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó parcialmente el 20 de agosto de 2013, pues, estimó que el ilícito tipificado era el de homicidio simple, motivo por el cual ajustó las sanciones principal y accesoria, que en últimas fijó en las proporciones indicadas en la parte inicial de esta providencia.

En contra de la providencia del Ad quem, la defensora de TULCÁN VALLEJOS

interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación y presentó la correspondiente demanda, cuyo estudio formal emprenderá la Sala, luego de que el pasado 22 de enero definiera lo atinente a los impedimentos manifestados por dos integrantes de la misma.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Tras referirse al principio de prioridad y explicar el orden de presentación de las censuras, la defensora de JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS postula tres en contra de la sentencia del Tribunal, las cuales desarrolla de la siguiente manera:

Cargo primero (principal): falso raciocinio.

Con fundamento en el numeral 1° del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, la casacionista acusa a los juzgadores de haber violado indirectamente la ley sustancial, por la indebida aplicación del artículo 103 del Código Penal y la inaplicación de los artículos 7° y 232 de aquella normatividad, a causa de errores de hecho por falso raciocinio.

En orden a sustentar el reproche, se apoya en la ley y cita doctrinal para disertar sobre los métodos de valoración probatoria, indicando que en nuestro sistema rige la libre apreciación racional, cuyo único límite es la sana crítica, en virtud de la cual los falladores deben tener en cuenta las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, so pena de incurrir en los yerros que precisamente habilitan acudir al recurso extraordinario.

Seguidamente, la demandante hace saber que para emitir la condena, aquellos incurrieron en error de hecho por falso raciocinio, pues, desconocieron dichos postulados, que de haber aplicado, habrían conducido a la adopción de un fallo absolutorio. Ello, precisa, porque dieron por probado que (i) la única persona que disparó el 21 de marzo de 1998, en desarrollo del operativo donde resultó lesionada la joven Sánchez Tamayo, fue JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, y que (ii)

el proyectil que salió de su arma penetró en la humanidad de la menor, causándole la muerte.

Con relación a la primera premisa, no solo recuerda que el motivo por el que los policiales arribaron al sector radicaba en contrarrestar “una pandilla de entre 10 y 15 adolescentes” que “estaba disparando y atracando”, sino también que la prueba de residuos de pólvora ventiló que cuatro revólveres que portaban los agentes ese día fueron disparados, aunque no se estableció una fecha exacta para ello. Además, respecto de tres policiales, incluido su defendido, la prueba de absorción atómica resultó positiva.

Por lo anterior, concluye la memorialista, se quebrantaron leyes científicas, ya que todos esos factores permiten inferir “sin mayor esfuerzo mental”, que hubo más de un disparo.

En lo concerniente a la segunda premisa, estima que igualmente se vulneraron los postulados de la ciencia, toda vez que al plenario se allegaron dos dictámenes de balística acerca de la trayectoria del proyectil que impactó la humanidad de la víctima, determinando ambos que el disparo que hizo su representado “no pudo ser el que impactó en el cuerpo de LEYDI DAYÁN”.

Para la impugnante, si ambas experticias fueron realizadas cumpliendo los protocolos y parámetros establecidos para ese tipo de estudios, su desconocimiento configura un error por falso juicio de raciocinio (sic), sobre todo porque no se explicaron las razones de su no aceptación.

En punto de trascendencia, afirma que dichos yerros de raciocinio implicaron la emisión de la condena, por lo que corregidos ellos, sumado al hecho de que testimonialmente se demostró que “hubo más de un disparo y los deponentes indican que no vieron que exactamente quien disparó (sic)”, se descarta la certeza acerca de la responsabilidad del

sindicado, en cuyo favor solicita que se dicte fallo absolutorio.

Cargo segundo (principal): nulidad por violación del principio del juez natural.

Apoyada en la causal tercera de casación y en los artículos 306-2 y 120 del Código de Procedimiento Penal de 2000, la defensa denuncia la violación del debido proceso por infracción del derecho al juez natural, habida cuenta que si en este evento se juzgó un delito de homicidio de competencia de la justicia ordinaria, es decir, de los jueces penales del circuito, en el trámite debió haber participado un fiscal seccional -tal como ocurrió con el cierre y la calificación del sumario-, en lugar del fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá designado para que actuara durante el juicio.

Así, tras citar las normas que consagran la competencia de ambos funcionarios y las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación, explica que cada fiscal presenta la acusación y la sustenta ante el respectivo juzgador, por manera que si uno delegado ante el Tribunal lo hace ante un juez de circuito, “está fuera de su competencia”.

En soporte de sus asertos, la recurrente realiza una extensa citación de jurisprudencia constitucional acerca del análisis que recayó sobre el Estatuto Orgánico de la Fiscalía; trae a colación la sentencia de revisión 26077 de esta Corte, en la que se invalidó el proceso justamente porque se había vulnerado el principio del juez natural, determinando que éste asunto “es de competencia de la Fiscalía Seccional y del Juez Penal del Circuito”; cita precedente de la Sala en el que se diferencian las funciones de los fiscales en las codificaciones adjetivas de 2000 y 2004; y asegura que si en gracia de discusión se aceptara que es posible aplicar la Ley 938 de 2004, que faculta al Fiscal General para designar fiscales en un caso determinado por cuanto la Ley 906 de ese año no les asigna competencias específicas, no solo se desatendió el procedimiento allí previsto, sino también se nombró a un fiscal de superior rango al solicitado.

Considera, por consiguiente, que si en el marco de la Ley 600 de 2000 la Fiscalía

cumple funciones jurisdiccionales, está cobijada por las mismas obligaciones, restricciones y principios que los jueces, entre ellos el del juez natural, una de cuyas finalidades “es hacer que todas las personas reciban un trato igual por parte de la administración de justicia”.

En opinión de la censora, de esa manera se vulneró el debido proceso, en el entendido de que toda persona debe conocer con antelación cuáles son las autoridades encargadas de conocer y tramitar su caso, para garantizar que se le juzgue observando las formas propias de cada juicio. Incluso, en la presente causa también pudo haberse violado el principio de imparcialidad, si se tiene en cuenta que el fiscal designado ostentaba una categoría superior al de la falladora, quien ante una petición que le haga “no es independiente, ni imparcial para resolverla”.

Como la única forma de corregir la irregularidad es a través de la nulidad, en tal sentido es la petición que eleva, aclarando que debe declararse desde el momento en que se ordenó el traslado previo a la audiencia preparatoria, para que siga actuando el fiscal 52 seccional que inicialmente intervino en el proceso.

Cargo tercero (subsidiario): nulidad por indebida variación de la calificación jurídica.

Con idéntico fundamento normativo, la libelista sostiene que la afectación al debido proceso se produjo como consecuencia de la interpretación errada del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, que conllevó a que se variara la calificación jurídica sin el lleno de los requisitos legales, pues, el representante la Fiscalía, apoyado en ese precepto y lo que según él es prueba nueva, en la audiencia de juzgamiento y sin debate probatorio alguno, procedió a modificar la adecuación típica, determinando que se procedía por la conducta punible de homicidio doloso agravado.

En sustento de lo afirmado, transcribe parcialmente la citada disposición, con el fin de destacar que si la variación opera al finalizar la práctica probatoria del juicio, como

en este evento no la hubo, no era posible proceder en tal forma. De igual manera, aclara que sólo puede modificarse el nomen iuris, más no los hechos, y que si acaso el fiscal advierte un error en la calificación, debe argumentarlo debidamente y no entrar a corregir la negligencia del funcionario instructor, cambiando así las reglas del juego para el procesado.

Asimismo, señala la actora que si bien dicha actuación también es viable cuando se presenta una prueba sobreviniente, es decir, un nuevo elemento de juicio que los sujetos procesales no conocían, en éste evento no lo hubo, ya que lo aducido como tal es un dictamen de la SIJIN sobre la trayectoria del proyectil -pedido en el traslado del artículo 400 del C.P.P.-, que arriba a la misma conclusión que contiene el experticio del CTI ya obrante en el expediente, el cual fue el soporte para que la acusación se hiciera por el ilícito de homicidio culposo.

Así, tras apenas mencionar cómo fueron tenidas en cuenta las pericias en la acusación inicial y la audiencia del juicio, informa que para éste último momento, el 15 de enero de 2010, se encontraba vigente la postura de la Sala acorde con la cual, la variación de la calificación jurídica sólo procedía por prueba sobreviniente. Dicha jurisprudencia, añade, debe aplicarse favorablemente en este caso.

Para terminar, la defensora insiste en que no era posible variar la adecuación típica y pide, en consecuencia, que se anule la actuación desde la sesión de la audiencia pública de juzgamiento en que se cometió dicha irregularidad, esto es, cuando la juez concedió el uso de la palabra al representante fiscal para que presentara sus alegatos conclusivos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa.

Siendo evidente que la memorialista desconoce los requisitos de

fundamentación exigidos para la admisibilidad de la demanda de casación, desde ya anuncia la Sala que inadmitirá la misma.

En efecto, la casacionista deja de lado que a esta sede llega la sentencia prevalida de una doble condición de acierto y legalidad, que para desarticularla, tal como se expresa en sus reproches, es necesario que compruebe la existencia de yerros sustanciales con virtualidad de socavar la decisión ya adoptada, y que fundamente los cargos de manera tal que a simple vista sea perceptible el motivo por el cual resulta inexorable la casación deprecada, lo que no sucede en este evento, pues, examinadas las censuras, ninguna violación trascendente se advierte en las providencias de las instancias y lo que se denuncia como violatorio de la ley sustancial o de las garantías del procesado, es apenas el resultado de la particular interpretación de la defensa, en contravía de lo que efectivamente se observa en la actuación.

Son, como se dijo, tres reparos que serán respondidos en el orden propuesto por la demandante.

2. Cargo primero (principal): falso raciocinio.

Aunque la defensora reconoce que en materia de valoración probatoria en nuestro sistema rige el de la apreciación racional, afirma que los juzgadores incurrieron en falso raciocinio por el desconocimiento de las leyes científicas, al determinar no solo que su defendido fue la única persona que el día de los hechos disparó su arma, sino también que el proyectil que salió de ella fue el que penetró en la humanidad de la menor víctima, causándole la muerte.

Con relación a la primera conclusión, acusa el desconocimiento de las leyes científicas, pues, no se necesita “mayor esfuerzo mental” para determinar que hubo más de un disparo, teniendo en cuenta que los policiales contrarrestaban a un grupo de 10 a 15 pandilleros que “estaba disparando y atracando”, así como las pruebas

técnicas de residuos de pólvora, la cual estableció que cuatro revólveres portados por los agentes ese día fueron disparados, aunque no se estableció una fecha exacta para ello, y de absorción atómica practicada a tres ellos, incluido su prohijado, la cual resultó positiva.

En lo atinente a la segunda, se violaron las leyes de la ciencia porque a pesar de que se allegaron dos dictámenes de balística acerca de la trayectoria del proyectil que afectó la humanidad de la víctima, determinando ambos que el disparo que hizo su representado “no pudo ser el que impactó en el cuerpo de LEYDI DAYÁN”, los falladores los desconocieron, sin explicar las razones de su no aceptación.

Pues bien, si el falso raciocinio se presenta por la fijación de premisas ilógicas o irrazonables producto desconocimiento de las pautas de la sana crítica, desde ya se advierte que la impugnante se apoya en interpretaciones personales y acomodadas para sustentar lo que a su juicio es violatorio de las leyes de la ciencia y justificar así el quebrantamiento de los postulados de la sana crítica.

Ello, porque pretende fundamentar su postura a partir de lanzar afirmaciones y críticas genéricas sin ningún tipo de respaldo argumentativo, para a partir de tan precaria propuesta concluir que un correcto examen de las pruebas, habría conducido a determinar que el sindicato TULCÁN VALLEJOS no fue el único que accionó su arma.

Puede apreciarse, entonces, que el cargo se quedó en el mero enunciado, pues, cuando advierte que no se tuvo en cuenta que en el operativo intervinieron entre 10 y 15 pandilleros que disparaban y atracaban, jamás da a conocer el fundamento probatorio de dicho aserto, sobre todo porque es esa una circunstancia que no está debidamente acreditada en el plenario.

Y cuando señala que se desconocieron las pruebas técnicas, no está relacionando, así lo diga, alguna ley científica, sino tratando de introducir una presunta fórmula con el

ánimo de controvertir la decisión del Tribunal, que le atribuyó la autoría y la responsabilidad en el homicidio a su defendido.

Al efecto, era necesario que trajera y explicara la ley de la ciencia desconocida, explicando su determinación científica, de qué forma se construye y, muy especialmente, cómo se aplica en éste asunto.

Nada de ello atiende la recurrente, ya que no dice dónde se hallan insertas esas normas, cómo operan para el caso concreto, ni aporta la certificación que las valide dentro de la comunidad científica, sin que sea suficiente para lograr ese cometido, como lo propone, que simplemente afirme que se desconocieron los resultados de dos dictámenes.

En efecto, acerca de la forma de invocar la violación de las leyes científicas -de cara a tener por desconocidos los preceptos de la sana crítica-, en otros casos dijo la Corte (CSJ AP, 13 sept 2010, Rad. 34434 y CSJ AP, 20 nov 2013, Rad. 42324):

«Si de verdad lo postulado tuviese vocación de representar alguna ley de la ciencia, cuando menos habría de explicar la casacionista en dónde residen sus características de aceptación, irrefutabilidad y universalidad, a partir de las cuales deducir que, en efecto, siempre la visibilidad de los conductores de camión y su capacidad de reacción se encuentran estrechamente relacionadas con las dimensiones del rodante, la altura de un peatón y la distancia existente entre éste y el vehículo y que siempre la ingesta de alcohol etílico disminuye las capacidades físicas, psíquicas y neurológicas de las personas, para, de esa forma, desvirtuar las conclusiones del Tribunal. Sus asertos ni siquiera se conocen, al menos no lo demuestra la demandante, como teorías científicas, es decir, como enunciados teóricos referidos a los resultados de algún procedimiento razonable, aunque su comprobación e irrefutabilidad universal fuese inestable, lo cual

los excluye de la condición de validez universal» (se resalta).

En el asunto del rubro, vuelve a decirse, si la censora ni siquiera indica cuál es la ley científica vulnerada, mucho menos puede dar a conocer o explicar dónde residen las características de aceptación, irrefutabilidad y universalidad de su aserto.

Como si lo anterior fuera poco, la libelista presenta una amañada argumentación en la que omite dar a conocer cuál fue en realidad el sustento probatorio de que se valió el Ad quem para tener por demostrado que el único artefacto de fuego utilizado fue el que portaba el procesado TULCÁN VALLEJOS.

Dicha inferencia, se le aclara, se extractó del testimonio del propio acusado, quien admitió haberlo hecho.

Efectivamente, en la providencia de segundo grado se lee:

“Así, quien disparó aquella noche del 21 de marzo de 1998, donde resultó muerta Leydi DST, fue el Patrullero Juan Bernardo Tulcán Vallejos, hecho éste que admite desde su versión del 2 de marzo de 1998.

En efecto, una vez vinculado a la actuación y al momento de rendir indagatoria Tulcán Vallejos señala que fueron alertados sobre un grupo de jóvenes armados, que por la seguridad del sector pidió apoyo de otras dos patrullas con las que se desplazaron al lugar, cuando iban llegando al sitio indicado ‘...aproximadamente en la calle 42 G con carrera 100 aproximadamente, observe aproximadamente los quince jóvenes, los cuales al mirar la patrulla salieron corriendo hacia el norte, le pedí a mi compañero que acelerara la moto y los siguiéramos, pero antes de que nosotros cruzáramos hacia el norte escuche un disparo, entonces mi compañero siguió y cruzó hacia el norte, en vista de que la moto no podía seguir porque había tierra y

muchos huecos, además un carro estacionado, entonces yo me baje de la moto, mi compañero procedió a darle la vuelta a la motocicleta, para dejarla en dirección de devolvernos, en ese momento vi un candelazo, un disparo, aproximadamente a unos treinta metros, un fogonazo, entonces yo cogí mi arma, y dispere hacia donde vi el fogonazo pero hacia arriba, pero sin ánimo de lesionar a nadie, sino de ausentar o presionar a esas personas, para que no se produjeran más disparos ya que mi compañero esta indefenso...' -resaltados fuera del texto original-.

Incluso al momento de sustentar el recurso de apelación reitera que fue él quien disparó, solo que esta vez, señala, lo hizo al aire.

En ese orden, las narraciones efectuadas por Tulcán Vallejos, no dejan duda que fue él quien la noche de los lamentables hechos accionó su arma de dotación, siendo claro, además, en señalar que disparó contra el fogonazo que observó, situación que por cierto, inicialmente trató de negar cuando escuchó que estaban sindicando a una patrulla de la policía de la herida de la niña, frente lo que sintió temor, pues había sido el único que disparó esa noche”.

El Tribunal, puede apreciarse, deja expresa constancia de que en su indagatoria, el enjuiciado TULCÁN VALLEJOS admitió haber sido el único que disparó esa noche.

Luego, ningún sentido tiene que la actora pretenda alegar ahora el desconocimiento de las leyes científicas, simplemente porque no se tuvo en cuenta prueba testimonial -que no especifica- y pericial que le permite deducir “sin mayor esfuerzo mental” que hubo más de un disparo, cuando es de la declaración de su propio defendido que se desprende que él fue el único que accionó su arma de dotación esa noche.

Además, el fallador de segunda instancia sí se refirió a dichas pruebas técnicas, indicando,

con toda lógica, que el resultado arrojado es apenas comprensible, “pues se trata de funcionarios que manipulan asiduamente éste tipo de armas y que por las funciones que desempeñan, muy probablemente, han debido dispararlas”, agregando que “la absorción atómica es indicativa de la posible manipulación de armas de ahí que debe acudirse al contexto del caso concreto para establecer el alcance que debe dársele a esa evidencia”.

Lo propio cabe decir en lo concerniente a la segunda inferencia atacada, en el que la defensora deja de lado que para determinar que el proyectil que salió del arma de su representado fue el que impactó a la víctima, el juzgador de segundo grado realiza un amplio análisis probatorio en el que tiene en cuenta prueba testifical y pericial.

Por éste motivo, la crítica de la casacionista se queda corta, en la medida en que no bastaba con aducir abstractamente el quebrantamiento de las leyes científicas porque se desconocieron dos dictámenes balísticos que estima contradictorios, sino que debió atacar el fundamento probatorio completo en virtud del cual la Sala de Decisión determinó que TULCÁN VALLEJOS debía responder por la conducta punible de homicidio, en la medida en que el proyectil que salió de su arma, fue el que impactó en el cuerpo de la menor.

En efecto, basta una mirada objetiva al fallo impugnado para verificar que esa conclusión la extracta el Ad quem de la versión del sindicado y de los testimonios de Miguel Ángel León, Nelson Javier González Macana, Jorge Luis Sánchez Tamayo y varios agentes que intervinieron en el procedimiento, al igual que de prueba balística, sobre la cual se determina allí:

“En palabras más sencillas, el proyectil debió ser disparado, tal cual lo refieren los dictámenes balísticos, encontrándose Leydi DST de espaldas hacia el tirador, entonces, atendiendo que los jóvenes se dispersaron y corrieron en

dirección contraria a los hombres que acababan de llegar –los policías-, quien disparó no pudo ser otra persona que Juan Bernardo Tulcán Vallejos, quien por cierto reconoció haber disparado contra los fogonazos que observó”.

En síntesis, fuera de que la demandante no ataca el verdadero fundamento probatorio de las conclusiones que no comparte, en su alegación no logra demostrar ningún yerro en el examen que de los medios de convicción hicieron los juzgadores, pues, los que denuncia como tales apenas parten de su propia percepción probatoria, lo cual no es motivo para recurrir en casación.

El primer reparo principal, por tanto, será rechazado.

3. Cargo segundo (principal): nulidad por violación del principio del juez natural.

La memorialista denuncia la violación del debido proceso por infracción del derecho al juez natural, argumentando que si en este evento se juzgó un delito de homicidio de competencia de la justicia ordinaria, es decir, de los jueces penales del circuito, en la causa debió haber continuado participando el fiscal seccional que clausuró la fase instructiva y calificó el mérito sumarial, en lugar del fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá designado para que actuara durante la misma.

La actuación de dicho funcionario, precisa “está fuera de su competencia”, desatiende lo que la jurisprudencia ha señalado al respecto, impide que todas las personas reciban un trato igualitario por parte de la administración de justicia, y lesiona el principio de imparcialidad, pues, por ostentar superior jerarquía a la de la jueza de conocimiento, ante sus pedimentos ésta no será independiente ni imparcial.

Pues bien, de manera diferente a lo argumentado por la impugnante, la Sala ya se ha pronunciado sobre este punto en ocasiones anteriores, considerando que la

intervención de un fiscal durante la fases instructiva o de la causa, diferente al que inicialmente está llamado por ley a actuar en ellas, no constituye irregularidad sustancial que amerite la invalidación del proceso.

Al efecto, se ha apoyado en el penúltimo inciso del artículo 250 de la Constitución Política, el cual establece que “el Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional”, norma que debe armonizarse con el artículo 113 de la Ley 600 de 2000, del siguiente tenor:

“Competencia. La instrucción será realizada en forma permanente por el Fiscal General de la Nación y sus delegados con competencia en todo el territorio nacional. Se distribuirán de acuerdo al volumen de la población, las necesidades del servicio y la especialidad técnica”.

En similar sentido, cuando el Capítulo III del Título II de la Ley 600 de 2000 se ocupa de definir el tópico de la competencia territorial, determina para los jueces precisas directrices de división de ese ámbito, pero, en torno de la fiscalía anota el artículo 82:

“El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional. Sin embargo, deberán acusar ante los jueces competentes para conocer del proceso”.

Fácil se extracta de las disposiciones citadas que, a diferencia de las estrictas reglas de competencia establecidas para los jueces, por factores tales como el territorial y el funcional, respecto de la fases investigativa y de enjuiciamiento no existen limitaciones legales para los fiscales, bajo el entendido de que dichos funcionarios, para decirlo en términos de la demanda, son “juez natural”, sin importar el lugar de ocurrencia del hecho o la naturaleza del asunto que estén conociendo.

Y ello se hace más contundente cuando a renglón seguido la norma citada advierte que son circunstancias meramente administrativas o logísticas (volumen de población, necesidades del servicio o especialidad técnica), las que determinan la distribución de los funcionarios.

Ya la Corte explicó que la naturaleza distinta como constitucional y legalmente se ha asumido el principio del juez natural respecto de los jueces y fiscales, así unos y otros se entiendan funcionarios, de entrada verifica un tratamiento legal, y específicamente procedimental, asaz diferente en punto no sólo de determinar quién debe conocer de un específico asunto, sino de las circunstancias en las que puede cambiarse al inicialmente designado y los efectos que ello puede traer.

Por tal motivo, dado que se entiende fundamental, dentro de ese concepto de juez natural, que el juzgamiento sea abordado por un funcionario con competencia dentro del sitio donde ocurrieron los hechos, la normatividad penal destina un título completo para establecer los criterios que regulan la materia, respecto de los jueces, y solo por vía accesoria acerca de los fiscales se reitera que ellos poseen competencia en todo el territorio nacional (CSJ SP, 22 abril 2009, Rad. 31635).

Para la Corporación, entonces, las funciones que asume un fiscal delegado especial de manera alguna inciden en las competencias previamente establecidas en la ley para efectos de su alteración o modificación, como igualmente lo sostuvo la Corte Constitucional en las sentencias C-956 de 1999 y C-873 de 2003, en el sentido de que ni la designación ni tampoco la reasignación de fiscales especiales “equivale a modificar las competencias establecidas en la ley, sino simplemente a modificar los funcionarios que habrán de cumplirlas”, quienes en todo caso están sujetos al imperio de la ley.

Ello fue explicado por la Sala de esta manera:

«Esto último significa que, para poner un ejemplo, si el Fiscal General de la Nación, por razones excepcionales, designa a un Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia para que lleve a cabo la instrucción, calificación y acusación, si es del caso, de un asunto por delitos de conocimiento exclusivo del juez del circuito o bien del juez especializado, ello no significa que durante la instrucción el Fiscal Delegado ante la Corte ostenta la calidad de tal, sino que, por lo acabado de explicar, estaría actuando en todo sentido con las atribuciones propias de un funcionario instructor delegado ante la justicia especializada o la justicia ordinaria, según fuere el caso (y por lo tanto tendría un superior jerárquico, que sería el Fiscal Delegado ante el Tribunal)» (CSJ SP, 9 Abril 2008, Rad. 23022).

De manera más puntual, en el fallo CSJ SP, 18 Nov 2008, Rad. 21764, la Corte se refirió a la designación especial de un fiscal en la fase del juicio, reiterando su pacífica jurisprudencia, en el sentido de que no configuran irregularidad que afecta el debido proceso por desconocimiento del juez natural, las resoluciones administrativas de desplazamiento que expide la Fiscalía, las cuales conciernen a una distribución del trabajo de cara a la estructura unificada y piramidal de la institución.

Efectivamente, en esa oportunidad reiteró:

«iii) Es pertinente resaltar el criterio de la Sala Penal de la Corte en esa materia:

‘El artículo 125-3 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 19 de la ley 81 de 1993, confiere a los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial la facultad de desplazar a los Fiscales Delegados ante los Juzgados del respectivo Distrito, en la investigación, calificación y acusación de los asuntos a su cargo, previa resolución motivada que así lo ordene. Igual atribución se concede al Fiscal General de la Nación y a los Fiscales Delegados ante la Corte y el Tribunal Nacional (arts. 121.2, 121.3, 121.5)

Cuando el ente acusador hace uso de esta opción, no se presenta, como equivocadamente lo plantea el censor, alteración de la competencia funcional; el desplazamiento en estos casos es del funcionario, no de sus funciones, y por ello, quien asume el conocimiento de la investigación debe hacerlo con respeto del marco de competencia propio del Fiscal desplazado.

Es por esto que la función acusatoria, de llegar a materializarse, debe cumplirse ante el juez del Fiscal que ha sido objeto de remoción, siendo este funcionario, y no el juez ante el cual cumple ordinariamente funciones el Fiscal que hace el desplazamiento, el llamado a conocer de la etapa del juicio.

De no ser así, habría que aceptar que a través de una resolución administrativa del Fiscal general, o de sus Fiscales Delegados ante los Tribunales, se puede modificar el sistema de competencia legalmente establecido, lo cual resulta jurídicamente insostenible, en cuanto implica el desconocimiento de la normatividad legal reguladora de la materia y, por contera, de la garantía constitucional del juez natural, sin contar, además, la usurpación que de la función legislativa por parte del Fiscal ello comportaría'».

Como corolario de lo anterior, se insiste en que ninguna irregularidad surge del hecho que la Fiscalía General de la Nación, legalmente habilitada para ello, haya optado por designar para este caso un fiscal delegado ante Tribunal, que desplazó en el juicio al fiscal seccional que inicialmente estaba llamado a intervenir en el asunto.

Por lo demás, la crítica que hace la defensa respecto de la posible violación del principio de imparcialidad se queda en el campo de la indeterminación, pues, no da a conocer cuáles fueron esos concretos pedimentos del fiscal que la jueza de conocimiento resolvió de manera desfavorable a sus intereses, por la

simple circunstancia de ostentar un menor rango al del representante de la Fiscalía, que, dice, afectó su independencia e imparcialidad.

Esta censura, por consiguiente, será igualmente objeto de inadmisión.

4. Cargo tercero (subsidiario): nulidad por indebida variación de la calificación jurídica.

La recurrente demanda la nulidad desde la sesión de la audiencia pública en que el fiscal de conocimiento varió la calificación jurídica provisional -de homicidio culposo a homicidio doloso agravado-, debido a que no cumplió con los requisitos señalados para el efecto en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

En concreto asevera que (i) si bien dicha norma establece que ello procede una vez culminada la práctica probatoria del juicio, como en este evento no la hubo, la mutación era inviable; (ii) el fiscal dijo fundamentarse en prueba sobreviniente que no es tal, ya que se apoyó en un dictamen de la SIJIN sobre la trayectoria del proyectil que, si bien fue impetrado en el traslado del artículo 400 de esa codificación, su resultado es idéntico a otro del CTI ya obrante en el plenario; y (iii) si de lo que se trataba era de un error en la calificación jurídica, el funcionario debió argumentarlo y no simplemente entrar a corregir el yerro de su antecesor.

Pues bien, frente al primer reclamo de la censora, basta resaltar su indebido entendimiento de lo que debe considerarse “práctica probatoria del juicio”, lo cual parece limitar al que se despliega en la audiencia pública de juzgamiento, dejando de lado que dicha fase comienza desde que se ordena el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, en el cual, precisamente, los sujetos procesales pueden elevar peticiones de elementos probatorios que de ser aceptados por el juzgador, se practicarían en un término de quince días, si requieren estudios previos, o en el desarrollo de ese acto

público.

Al efecto, es la misma libelista la que ilustra a la Sala acerca de que fue el representante del ente instructor quien durante dicho traslado deprecó la prueba balística, cuya práctica aceptó el juzgador y que por implicar un estudio previo, se recaudó luego de la culminación de la audiencia preparatoria, tal como lo autoriza el artículo 401 de esa normatividad.

Incluso, como el interrogatorio que se recepciona en la vista pública al procesado también hace parte de la práctica probatoria del juicio, la jueza de la causa, una vez concluyó el que recibió al sindicado TULCÁN VALLEJOS -véase la sesión del 15 de enero de 2010-, declaró clausurado el debate probatorio y le otorgó el uso de la palabra al representante de la Fiscalía, quien legalmente autorizado para ello, procedió a variar la adecuación típica del delito imputado.

En éste de orden de ideas, parte de una premisa falaz la actora cuando asevera que en este proceso no hubo práctica probatoria del juicio.

Ahora, con relación a la prueba sobreviniente que la defensora desestima como tal, conviene manifestar que el tópico fue acertadamente resuelto por el Tribunal cuando en su fallo indicó que a pesar de las semejanzas entre uno y otro experticio balístico -al margen de las inconsistencias de la casacionista sobre qué perito los expidió-, el allegado durante la etapa probatoria de la causa trajo a colación algunos aspectos no valorados en la acusación.

Así se pronunció el Ad quem:

“De cara a lo anterior, lo primero que advierte la Sala, es que las conclusiones a las que llegó el servidor de policía judicial del CTI, Joel Moya Blandón, en el informe que presentará (sic) el 17 de septiembre de 2009, referente a la

proyección de la trayectoria del disparo que causó la muerte a la niña LDST e incorporado en el juicio, son semejantes a aquellas consignadas en el informe suscrito por el profesional universitario del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Máximo Alberto Duque Piedrahita, el 25 de enero de 1999, allegado en la instrucción. Veamos concretamente que nos indica cada informe de balística.

* Informe de Investigador de laboratorio de 17 de septiembre de 2009: ‘...Se realiza la proyección de la trayectoria del disparo teniendo en cuenta lo consignado en el protocolo de necropsia de la víctima LDSY (sic). Diagramada la trayectoria, la ubicación del tirador es, de atrás hacia adelante (postero-anterior), de izquierda a derecho (sic) y de abajo hacia arriba (infero-superior)...’. Negrillas fuera del texto.

* Informe preliminar de balística de 25 de enero de 1999: ‘...en relación con el punto 1.4 correspondiente a la trayectoria es la siguientes (sic). 1.4. Trayectoria: Infero-superior. Postero-anterior. Izquierda-derecha...’.

Contextos que en efecto podrían en principio llevar a inferir que el informe allegado por el servidor del CTI en la causa no podría tenerse como prueba sobreviniente para haber mutado la calificación jurídica provisional, pues como bien lo alega la defensa, la misma había sido practicada con anterioridad por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses arrojando igual resultado, esto es, que la trayectoria del proyectil fue infero-superior, postero-anterior y de izquierda a derecha, sino fuera porque, como bien lo anotara el a quo, el citado informe trae algunos aspectos no valorados en la acusación, como

que la víctima se encontraba en un plano superior con respecto a la boca de fuego del arma que le produjo las heridas, que las condiciones topográficas del terreno de ocurrencia del hecho son planas y que la distancia posible del disparo es superior a 2.50 metros”.

Recuerda el juzgador, también, que acorde con la jurisprudencia de la Corte (cita CSJ SP, 8 nov 2011, Rad. 34.495), la variación de la calificación jurídica no solo procede por prueba sobreviniente, sino que también cabe hacerlo con un medio de convicción antecedente cuando media un error en la imputación jurídica por indebida interpretación en los elementos probatorios existentes en el proceso, lo cual se presentó en este caso.

Claro está, basta repasar lo sucedido en la audiencia pública de juzgamiento -sesión del 15 de enero de 2010- para establecer que la Fiscalía se apoyó en la prueba sobreviniente para cambiar la calificación jurídica provisional, consignando al efecto una adecuada y suficiente motivación en la que analiza esa y otras pruebas previamente arrojadas a la actuación.

En conclusión, las irregularidades atribuidas por la impugnante no son tales, pues, la variación de la calificación jurídica operó en el momento procesal oportuno, se fundamentó en prueba sobreviniente que se analizó conjuntamente con la antecedente, y el funcionario encargado de hacerlo argumentó debidamente su postura.

Descartados en tal forma los vicios denunciados, el cargo subsidiario también será rechazado.

5. Decisión.

Como consecuencia de lo antes expuesto, la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada por la defensora del acusado JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, no sin antes advertir que revisada la actuación en lo pertinente, no se

observó la presencia de alguna de las hipótesis que le permitirían obrar de oficio de conformidad con el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

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

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora del procesado JUAN BERNARDO TULCÁN VALLEJOS, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cumplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

I m p e d i d o

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

I m p e d i d a

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria