

Proceso No 14548

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 043

Bogotá D. C., diecinueve (19) de mayo de dos mil cuatro (2004).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ, contra el fallo del 12 de diciembre de 1997, mediante el cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó íntegramente la sentencia proferida el 29 de julio del mismo año, por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, que condenó a dicho señor en calidad de autor de homicidio simple, a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión, a interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años, a indemnizar los perjuicios causados con la infracción; y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

Fueron relatados de la siguiente manera en la resolución de acusación¹:

“El día dos de junio de mil novecientos noventa y cinco, en las horas de la noche, en la casa de habitación de Claudia Constanza Rodríguez Martínez, se presentó el hoy sindicado

LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ -ex compañero de la señora Rodríguez, con el ánimo de dejarle allí a su hijo de 3 años de edad JUAN SEBASTIÁN. En la residencia se encontraba GUSTAVO ADOLFO SARMIENTO SÁNCHEZ, amigo y compañero de estudio de Claudia Constanza, hecho que provocó una reacción violenta por parte de MARIÑO MARTÍNEZ procediendo a desenfundar su arma la cual accionó a la humanidad de Gustavo Adolfo² y al ver que Claudia auxilió a su amigo y compañero, también reaccionó brusca y violentamente contra ella, disparándole sin lograr su objetivo, agrediéndola entonces físicamente al punto que también debió ser llevada a la Clínica REINA SOFÍA, y examinada con posterioridad por el Instituto de Medicina Legal quien le señaló las heridas presentadas al momento del examen (junio 03) y determinó “Lesiones por elemento contundente, Incapacidad médico legal provisional de Diez días...”

LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ no huyó del lugar de los hechos, sino que se entregó a las autoridades y entregó el arma utilizada, por consejo de su amigo NORMAN MARTÍNEZ.”

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con base en el informe de policía, la Fiscalía 304 Seccional de Bogotá adscrita a la Unidad de Reacción Inmediata abrió investigación, recaudó las primeras pruebas -testimonios e inspecciones judiciales- y dispuso vincular mediante indagatoria a LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ.

El procesado explicó que, si bien, ya se encontraba separado de su ex compañera Claudia Rodríguez, madre de sus dos hijos, cuando llegó a la casa de ella a dejar uno de los niños, encontró a un joven a quien le preguntó si tenía alguna relación con Claudia, y él le respondió que estaba saliendo con ella, que por eso no tenía nada que hacer ahí, que se fuera. Entonces, Claudia se sentó al lado del joven y lo cogió de la mano, “esto me

llenó a mí de ira...saqué la pistola e hice unos tiros, no se con precisión cuántos hice realmente, cuando me di cuenta Norman me empujó y me pegaba, yo reaccioné, y le dije que sí, que tal vez había herido al muchacho que lo llevaran a la clínica, realmente tengo un poco confusas las cosas...”.

2. Al definir la situación jurídica provisionalmente, el 8 de junio de 1995, la Fiscalía Once Seccional de Bogotá adscrita a la Unidad Primera de Delitos contra la Vida, afectó a LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin excarcelación, como autor de homicidio agravado, por la indefensión de la víctima, de conformidad con el numeral 7° del artículo 340 del Código Penal anterior, como fue modificado por la Ley 40 de 1993. (Folio 84 cdno. 1)

3. Más adelante, el 15 de agosto de 1995, con nuevos elementos de juicio, la Fiscalía instructora adicionó la medida de aseguramiento impuesta a MARIÑO MARTÍNEZ, en el sentido de imponerla también por tentativa de homicidio, con relación al ataque de que fue víctima Claudia Constanza Rodríguez. (Folio 218 cdno. 1)

4. Después de recaudar pluralidad de pruebas, el 16 de agosto de 1995 se declaró cerrada la investigación. (Folio 229 cdno. 1)

5. La Fiscalía Once Seccional de Bogotá calificó el mérito del sumario, el 27 de septiembre de 1995, tomando las siguientes decisiones: profirió resolución de acusación contra LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ, por el delito de homicidio simple, cometido con “dolo de ímpetu”; rompió la unidad procesal, con relación a las lesiones personales infligidas a Claudia Constanza Rodríguez, las cuales dejó de considerar tentativa de homicidio; y admitió la demanda de constitución en parte civil presentada por los padres y hermanos del occiso. (Folio 324 cdno. 1)

6. Avocó el conocimiento el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá; corrió los traslados de rigor, practicó pruebas y llevó a cabo la audiencia pública, donde

intervino un Fiscal Delegado distinto al que suscribió la resolución acusatoria. El nuevo Fiscal solicitó se reconociera al procesado el estado emocional de la ira, como aminorante de la sanción penal que le correspondiere.

Finalizado el debate, mediante sentencia del 29 de julio de 1997, ese Despacho judicial condenó a LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ por el delito de homicidio simple, a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión; y adoptó las otras determinaciones referidas en la parte inicial de esta providencia. (Folio 223 cdno. 2)

7. El procesado, quien pretendía se reconociera que su conducta punible fue desplegada bajo el estado de ira, y el defensor, que alegaba inimputabilidad y en subsidio ira, apelaron la decisión de primera instancia, siendo confirmada íntegramente por el Tribunal Superior Bogotá, en fallo del 12 de diciembre de 1997. (Folio 58 cdno. Tribunal)

8. Inconforme con la decisión anterior, el defensor de LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ interpuso el recurso de casación cuyo fondo resuelve la Sala en este proveído.

LA DEMANDA

Dos cargos contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá postula el apoderado de LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ, con fundamento en la causal primera de casación, consagrada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), cuerpo primero, aduciendo violación directa de la ley sustancial.

PRIMER CARGO

Consiste en la violación directa por falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal ibídem, que autorizaba la rebaja de una sexta parte de la pena por confesión.

El censor emprende un estudio jurisprudencial acerca del concepto de flagrancia, invocando la Sentencia C-024 del 27 de enero de 1997, cuyos apartes transcribe, y salvamentos de voto a sentencias de la Sala de Casación Penal, para concluir que la Constitución Política restringe la noción de flagrancia a los eventos donde al mismo tiempo o instantes después se captura al autor de un delito.

Luego, sostiene que el enfoque constitucional de la flagrancia, permite entender que el sólo sorprendimiento del implicado, sin su captura inmediata o subsiguiente, no tiene ninguna relevancia jurídica distinta a la probatoria, en el sentido de la credibilidad que se pueda otorgar al testigo que lo observó o sorprendió en la comisión del ilícito.

Por ello, dice, como en este caso MARIÑO MARTÍNEZ no fue capturado en flagrancia, sino apenas visto por los testigos mientras se desarrollaban los hechos, no existe razón constitucional ni legal válida para que no se admita la rebaja de pena correlativa a la confesión.

Solicita a la Corte casar el fallo impugnado y proferir el de sustitución, donde reconozca que LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ confesó los hechos y le conceda la rebaja de pena que ordena la ley.

SEGUNDO CARGO

Se refiere a la violación directa por falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal, Decreto 100 de 1980, que estipulaba una rebaja de la pena a favor de quien cometiere el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto.

Trascribe parcialmente la indagatoria y la intervención en audiencia pública del implicado, de donde infiere que para MARIÑO MARTÍNEZ, la separación de Claudia Constanza Rodríguez no era definitiva, y que aspiraba a regresar con ella, como lo confirman los

testigos, entre ellos, Norman Martínez y María del Pilar Rodríguez, y como se desprende del hecho de que la pareja hubiese acudido con anterioridad a terapia psicológica.

Acude también a la experticia psiquiátrica, donde se determinó la imputabilidad del procesado, y se lo cataloga como hipersensible y con pobre control de sus impulsos.

Más adelante, asegura que en la resolución de acusación se aceptó la existencia de ese estado emocional, al referirse al dolo de ímpetu, lo cual pretende demostrar transcribiendo unas frases de la misma: ... “Esta clase o especie de dolo se presenta cuando el sujeto delinque bajo la influencia de un estado afectivo violento, como la ira; situación que se adecúa a la vivida por Luis Antonio Mariño cuando su ex compañera le acepta una relación con Gustavo y éste a su vez le indica que su presencia no es grata en la casa de Claudia Constanza, ello provoca en Luis Antonio Mariño no solo una reacción agresiva sino que también se siente humillado, se siente disminuido, y siente que ha perdido, por eso su impulso, por eso su reacción y posterior agresión con Claudia.”

Igualmente, trae a colación los fragmentos de la audiencia pública donde la Fiscalía definitivamente admite la existencia de la circunstancia de ira e intenso dolor, al punto que el Delegado termina solicitando condena “como autor responsable del delito de Homicidio perpetrado en las circunstancias del artículo 60 del Código Penal...”.

En seguida, acota el censor: “Es claro que para una persona que ama, y que aspira a la reanudación de las relaciones, recientemente cortadas, el hecho que sean los propios protagonistas los que le reconozcan la existencia de una relación amorosa es motivo más que suficiente para cualquier ser normal, que se hubiera (sic) desencadenado los celos en su fase destructiva, porque la aceptación de la infidelidad es un acto de provocación suficiente.”

Concluye que el estado de ira fue provocado grave e injustamente “por la actitud

asumida por la compañera y su nuevo amante”, por lo cual solicita se case el fallo impugnado y se reconozca la rebaja punitiva dejada de aplicar.

Aclara que, siendo los dos cargos principales, doble es la rebaja de pena que debe efectuarse, por la confesión y por la ira, respectivamente.

INTERVENCIÓN DEL NO RECORRENTE

La apoderada de la parte civil se opone a las pretensiones de la demanda, puesto que la confesión no sirvió de fundamento a la condena, ni por la admisión de los hechos el proceso terminó más rápido; y porque no se estructura la provocación injusta, debido a que el procesado ya se encontraba separado de su ex compañera al tiempo de los acontecimientos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa sobre los dos cargos simultáneamente, y advierte que el libelista incurre en falencias técnicas y de fondo insalvables, que destinan sus pretensiones al fracaso, por lo cual solicita a la Corte no casar el fallo impugnado.

Recuerda que quien alega en casación violación directa de la ley sustancial debe aceptar in integrum los hechos en la forma como los declaró probados el Tribunal Superior en el contexto del fallo, y que si de falta de aplicación se trata, corresponde al censor demostrar que la norma dejada de aplicar era la llamada a regular el supuesto fáctico en la forma como lo declaró probado el juzgador.

Por tanto, apunta el Delegado, cuando se trata de proponer violación directa de los artículos 299 (rebaja de pena por confesión) del Código de Procedimiento Penal anterior y 60 (ira o intenso dolor) del Código Penal derogado, tal cometido sólo

resultaba posible si en el fallo los juzgadores hubiesen determinado que concurrían los presupuestos de la rebaja de pena por confesión y de la diminuyente de la ira o intenso dolor y, no obstante, a pesar de tal determinación, hubieren dejado de aplicar los preceptos reguladores de esas premisas fácticas.

Observa que el censor se aparta del sendero de la violación directa, pues antes que aceptar los hechos como los declaró probados el sentenciador, se dedica a analizar bajo su personal óptica los medios de persuasión que cita, a efectos de deducir de ese acopio significados fácticos bien diversos a los plasmados en el fallo.

En efecto, agrega el Ministerio Público, el casacionista se dedicó a tratar de demostrar que la flagrancia no podía predicarse del procesado, y que éste actuó en estado de ira, circunstancias que en modo alguno fueron aceptadas o declaradas en las sentencias de instancia.

De otra parte, el censor no explicó por qué consideraba que la “confesión” era la base de la condena, como lo ha entendido de antaño la jurisprudencia, para ser merecedora de la rebaja de la pena. Y en cuanto hace a la ira, cargo donde el libelista también abandona la vía directa para adentrarse en el tema probatorio, tampoco se encuentra explicación alguna que permita estimar que la víctima efectuó una provocación grave, y mucho menos injusta a MARIÑO MARTÍNEZ; siendo, por el contrario, su comportamiento completamente normal y adecuado a los parámetros sociales, si se tiene en cuenta que la anterior relación sentimental de Claudia Constanza Rodríguez ya había finalizado y por ende no tenía que guardar fidelidad.

Por lo anterior, el Delegado solicita a la Corte desestimar los cargos y no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Razón le asiste al Procurador Delegado cuando advierte que el libelo fue estructurado de manera diversa a la que exige la lógica casacional, y que incurre en desaciertos esenciales, que le restan toda posibilidad de prosperar.

SOBRE EL PRIMER CARGO

El censor reclama la violación directa por falta de aplicación del artículo 299 (reducción de la pena en caso de confesión) del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991.

1. Por primera vez, en el recurso extraordinario de casación, el defensor de LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ aparece refiriéndose a la confesión de los hechos como supuesta fuente de rebaja de la pena.

Nunca antes en la historia de este proceso, ni en instrucción ni en la fase de la causa se mencionó por algún sujeto procesal siquiera como posibilidad la disminución de la pena por la confesión de la conducta punible. Tampoco los fallos de instancia contienen referencia alguna a tal hipótesis, pues ni la Fiscalía, ni la parte civil, ni el implicado, ni la defensa propusieron el tema a discusión.

En particular, es evidente que el Tribunal Superior de Bogotá no tuvo la oportunidad jurídica de referirse al asunto, porque ese tópico no fue objeto de la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia, pues la impugnación se contrajo a la supuesta inimputabilidad del procesado y al estado de ira alegado en su favor.

2. Si ello es así, es evidente que el casacionista carece de interés jurídico para elevar una censura pretextando que el Tribunal Superior incurrió en error in judicando por no aplicar el artículo 299 (reducción de la pena en caso de confesión) del Código de Procedimiento Penal anterior, sencillamente por que esa temática no se incluyó en la agenda de la apelación; ni era una cuestión que saltara a la vista como

para que el Ad-quem la hubiese dirimido oficiosamente.

De ahí que, consciente quizá de esa limitación, el libelista acude al cuerpo primero de la causal primera de casación (violación directa), puesto que de haber elegido el cuerpo segundo (violación indirecta) necesariamente iba a chocar con la realidad según la cual en las sentencias de instancia no se abordó lo concerniente a la confesión, porque no era asunto sobre el cual versara alguna controversia.

3. Ha reiterado pacíficamente la Sala de Casación Penal que no tiene legitimación para incoar el recurso extraordinario quien se abstiene de apelar la sentencia de primer grado; salvo que, excepcionalmente, se configure una de aquellas hipótesis en las cuales se deriva un perjuicio para la situación jurídica de quien no recurrió la decisión del A-quo; agravio que puede resultar de la revisión ilimitada del fallo de primera instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta, o como consecuencia de la impugnación interpuesta por otro de los sujetos procesales, y que en tal caso legitimaría a quien no apeló para acudir en casación.

Sobre ese específico punto la Corte precisó:

“...para acceder al recurso extraordinario de casación es necesario que la parte que lo intenta haya apelado la sentencia de primera instancia, entre otras razones, porque la ilegalidad de ésta no puede alegarse con criterio supletorio, es decir por fuera de la oportunidad que el procedimiento le otorga para hacerlo, y porque el silencio es actitud que refleja conformidad con la misma.

“También ha dicho que pretender la impugnación extraordinaria sin haber agotado este paso antecedente, implica desconocer el carácter gradual y preclusivo del procedimiento, que le impone a los sujetos procesales la obligación de ejercer oportunamente sus derechos, entre ellos el de impugnación, dentro de los términos y estadios procesales establecidos.

“Sólo cuando la situación de la parte ha sido modificada desfavorablemente en la sentencia de segunda instancia, o el fallo de primer grado es consultable, es procedente, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, intentar el recurso de casación por quien guardó silencio frente a la decisión del a quo. En el primer caso, porque la nueva situación lo legitimaría para impugnarla; y, en el segundo, porque mientras no se produzca la decisión del ad quem, la parte no está en condiciones de conocer el verdadero sentido del fallo, ante la facultad que el superior tiene de decidir sin limitación alguna sobre la providencia objeto de consulta” (Autos de agosto 9 de 1995, M.P. Dr. Dídimo Paéz Velandia; y, septiembre 5 de 1996, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Ese criterio de la Sala fue complementado por la misma en decisión posterior, en el siguiente sentido:

“en todos los eventos en los cuales se postule la existencia de vicios in procedendo, originados en la fase de la instrucción o la subsiguiente del juicio, resulta viable recurrir la sentencia de segunda instancia en sede extraordinaria, sin que sea necesario para acceder a ella, que el impugnante haya apelado el fallo de primer grado. Esto, en la medida que la actuación irregularmente surtida haya ocasionado un perjuicio real, o represente uno potencial para el recurrente.

“Esta nueva postura jurisprudencial encuentra también sustento en la consideración de que la aceptación del contenido material del fallo, revelada a través del silencio de parte, solo resulta válida si el procedimiento que lo sustenta es legítimo, y en la circunstancia de ser la casación en nuestro medio, fundamentalmente un juicio de validez, como puede inferirse del contenido de los artículos 219 y 228 del estatuto procesal.” (Auto del 11 de febrero de 1998 M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

4. Adicionalmente, es claro que para determinar la existencia del interés jurídico para demandar en casación no basta con la simple constatación objetiva de alguna de esas

circunstancias, esto es, de que se apeló la sentencia de primer grado en los puntos concretos que ahora se pretende llevar a sede extraordinaria, propiciándose de ese modo el pronunciamiento del Ad-quem sobre ese tema específico; o que a pesar de no haberse recurrido se configura una de esas hipótesis en las que se habilita en todo caso la impugnación extraordinaria.

Por el contrario, como quiera que el objeto de la casación es la sentencia de segunda instancia -no la revisión integral del proceso-, cuando el fallo de primer grado no es susceptible de consulta resulta indispensable ponderar, además, la identidad temática entre los aspectos sobre los cuales versó el recurso de apelación y los motivos que ahora se erigen en causal de casación, puesto que no es viable atacar con el recurso extraordinario aspectos que no comprendieron el objeto de inconformidad frente a la sentencia de primer grado, ya que, por exclusión de materia, mal puede alegarse un yerro in judicando sobre un tema respecto del que no hubo pronunciamiento.

5. Trasladados estos conceptos al presente caso, al cotejar con el sustento de la impugnación extraordinaria los razonamientos esbozados por el procesado y su defensor en la apelación contra el fallo del A-quo, resulta evidente la ausencia de identidad temática y por ende la falta de legitimidad en la casación incoada a favor del procesado LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ, toda vez que se busca con la censura el reconocimiento de la rebaja de pena por confesión, cuya alegación se marginó de todo debate en el curso de las instancias; y particularmente, en cuanto interesa para los actuales fines, nada se dijo al respecto al recurrir la sentencia de primer grado.

En efecto, el procesado apeló la sentencia de primea instancia reclamando se tuviera en cuenta su estado emocional de ira; a su vez, el defensor la impugnó exclusivamente para aducir que el implicado actuó en calidad de inimputable por trastorno mental transitorio sin secuelas, y en subsidio, para aducir que merecía la disminución de la pena derivada de la ira. Ninguno de los impugnantes aludió a la supuesta confesión, que

tampoco fue alegada en el curso del proceso, como quiera que la estrategia defensiva desde la indagatoria se orientó en aquellos sentidos (inimputabilidad e ira) mas nunca en éste (confesión).

6. En ese orden de ideas, tratándose de una sentencia no sometida al grado jurisdiccional de consulta, al tenor del artículo 206 Código de Procedimiento Penal entonces vigente, el Ad-quem en manera alguna estaba compelido a considerar la confesión del implicado, en virtud del principio de limitación consagrado en el artículo 217 ibídem, con sujeción al cual el ámbito de su competencia se circunscribía a los aspectos impugnados, ninguno de los cuales hizo referencia en el plano fáctico o jurídico a los elementos que integran la confesión como circunstancia atenuante de la pena.

7. En síntesis, la censura no se dirige a comprobar algún error de lógica jurídica o de valoración probatoria cometido por fallador de segundo grado, sino a plantear un aspecto completamente nuevo -el de la confesión-, ajeno a cualquier debate efectuado hasta entonces, y que por lo mismo no fue objeto de pronunciamiento en las sentencias de instancia.

Entonces, resulta evidente que el libelista desbordó el interés jurídico, determinado, se insiste, por la identidad en los aspectos recurridos a través de la apelación y en la casación, conclusión que impone en este estadio la desestimación del cargo, pues la ausencia del requisito de procedibilidad impide una decisión de fondo.

8. Como si fuera poco, y esto sólo se agrega para ilustrar aún más la precariedad del cargo, el libelista no dedicó una línea a explicar las razones que lo conducían a pensar por qué, descartada la flagrancia, la pretendida confesión era el fundamento esencial de la sentencia condenatoria, única posibilidad para merecer la rebaja de pena a que aspira; ni cuál el motivo para demeritar el poder suasorio de los testimonios de Claudia Constanza Rodríguez (lesionada en los mismos hechos), de Norman Martínez

Correa (amigo del implicado quien medió para que el asunto no pasara a mayores), y de Gladys Judith Becerra Martínez y Luis Enrique Agudelo (empleados de Claudia Constanza, quienes estaban en la casa sede de los acontecimientos), todos asumidos como fuentes reveladoras de la verdad en las sentencias de instancia.

SOBRE EL SEGUNDO CARGO

Advera el libelista que el Tribunal Superior de Bogotá violó directamente, por falta de aplicación, el artículo 60 (ira o intenso dolor) del Código Penal de 1980, y por ello dejó de reconocer la rebaja de pena prevista para el evento en que el procesado actúa movido por la ira o el intenso dolor, grave e injustamente provocado.

1. Como atinadamente observa el Procurador Delegado, debido a que los jueces de instancia no admitieron el estado emocional de la ira, como figura jurídica especial y suficiente para atenuar la pena, el cargo no ha podido postularse siguiendo el sendero del cuerpo primero (violación directa) de la causal primera, sino que era menester demostrar que el fallo contiene en su motivación errores trascendentales -de hecho o de derecho- en la apreciación probatoria, labor que comportaba presentar y desarrollar la censura siguiendo el derrotero del cuerpo segundo (violación indirecta) de dicha causal.

2. Ha reiterado la Corte que si el censor elige el cuerpo primero de la causal primera de casación, esto es, violación directa de la ley sustancial, acepta los hechos, las pruebas y la valoración que de ellas se hizo en las instancias, caso en el cual no le es factible discutir cuestiones de facto, toda vez que la impugnación es de estricto orden jurídico y recae sobre la ley sustancial.

La falta de aplicación o exclusión evidente se presenta cuando el Juez yerra acerca de la existencia de la norma y por eso no la aplica al caso específico que la reclama; ignora o desconoce la ley que regula la materia y no la tiene en cuenta, debido a que ha

incurrido en error sobre su existencia o validez en el tiempo o el espacio.

3. Esa hipótesis no se aviene al presente asunto, puesto que si en el fallo no se accedió a disminuir la pena con ocasión de la ira discutida en el curso del proceso, ello obedeció a que las pruebas al respecto no fueron convincentes para los Jueces de instancia y, por tanto, no quedaba alternativa distinta al libelista que demostrar que la no atribución de poder persuasivo a los distintos medios obedeció a la incursión en errores de hecho o de derecho en la valoración probatoria.

En otras palabras, no es cierto que el Ad-quem hubiese vulnerado directamente, por falta de aplicación, el artículo 60 del Código Penal anterior, en tanto que ni el Juez singular ni el Juez plural admitieron que la conducta del implicado tuviese génesis en un estado emocional de ira, grave e injustamente provocado.

4. Por el contrario, aunque en opinión de la Fiscal Delegada que intervino en la audiencia pública MARIÑO MARTÍNEZ sí fue grave e injustamente provocado, el Juez Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá no compartió la visión del nuevo sujeto procesal, y en la sentencia de primera instancia declaró que la provocación de esa entidad exigida por el instituto jurídico de la ira no convergía en este caso:

“...de un lado, el implicado sabía que la separación de su exseñora (sic) era de carácter definitivo como lo anotara el Dr. JAIRO ESTUPIÑÁN³, y de otro, el breve diálogo verificado el 2 de junio en el sitio de los insucesos, también expuesto, se desarrolló dentro de términos, que pese a las preguntas insinuadas, se encuentran las contestaciones desprovistas de enfrentamiento, desafío, oposición, pugna, antagonismo, rivalidad, etc., que signifiquen en puridad de verdad un comportamiento grave e injusto por parte de ellos para motivar la cólera, la humillación que predicen fiscalía y defensa en el endilgado; por esto, si la emoción, la pasión, los celos, el terror, son fruto exclusivo de la personalidad impulsiva, medrosa, melancólica o de

particulares aspectos psiquiátricos del individuo, no puede tener cabida la atenuante y menos excluir la culpabilidad.” (Folio 237 cdno. 1).

Por su parte, el Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia de segunda instancia avaló en todo el anterior razonamiento, y agregó:

“En efecto Sarmiento Sánchez (occiso) se encontraba de visita en casa de Claudia Constanza por invitación y consentimiento de ésta y no invadía un hogar que ya no era el de MARIÑO MARTÍNEZ, además de que tampoco estaba obligado en manera alguna a depender de la voluntad del último para relacionarse con aquélla ni estaba sujeto a darle explicaciones a MARIÑO sobre el grado de su amistad con la mujer.” (Folio 70 cdno. Tribunal).

5. Tal recuento permite inferir que el libelista orientó incorrectamente la causal de casación que postula, pues el presunto error in iudicando que denuncia y que trasciende en la parte resolutive del fallo se habría originado en la apreciación probatoria, y no en la directa inaplicación de una norma de derecho sustancial.

No obstante, como el reproche no se encaminó a demostrar alguna de las especies de error de hecho o de derecho, sino a expresar la manera de pensar del casacionista, en virtud del principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario, la Sala no puede enmendar el libelo ni explorar hipótesis no contempladas en el mismo, por lo cual el cargo no tiene acogida.

6. Amén de lo anterior es evidente que ni la señora Claudia Constanza Rodríguez (lesionada) ni su amigo Gustavo Adolfo Sarmiento Sánchez (occiso) provocaron de manera grave e injusta la reacción violenta de LUIS ANTONIO MARIÑO MARTÍNEZ.

El acopio probatorio enseña sin duda alguna que la relación sentimental entre Claudia

Constanza y LUIS ANTONIO ya había llegado a su fin; y que el procesado era consciente de la decisión libre y voluntaria de ella, tomada después de mucho tiempo de recibir maltrato físico y verbal por parte de aquél; al punto que ya no compartían el mismo techo, y que ni siquiera la intervención de un psicólogo terapeuta contribuyó a que ella cambiara de idea.

Luego, no se puede insinuar siquiera que Claudia Constanza fue infiel o traicionó al procesado, como hace el libelista para fincar ahí la reacción del procesado, pues ya no existía una relación amorosa ni una pareja constituida que mereciera fidelidad, ni subsistía pacto alguno para honrar.

En tales circunstancias, si Claudia Constanza hubiese decidido reorganizar su vida, ese acontecimiento podía suscitar los celos, la rabia, la incomodidad, la furia, e inclusive desestabilizar emocionalmente al procesado, dadas su particular situación psicoafectiva, pero nada de lo anterior alcanza al menos a asemejarse a una grave e injusta provocación, salvo que se interprete ese estado de cosas desde una perspectiva machista, anacrónica, que la [Constitución Política](#) no tolera, puesto que la Carta reconoce sin distinciones de género la igualdad de derechos y el libre desarrollo de la personalidad.

A propósito, el artículo 42 Superior establece que la familia se constituye “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla.” (Se destaca)

Tampoco la grave e injusta provocación se descubre en los instantes previos al homicidio, puesto que ni el propio MARIÑO MARTÍNEZ refiere haber sido objeto de insultos, amenazas, retos, malos tratos, o actitudes semejantes por su ex compañera Claudia Constanza Rodríguez, o por el amigo de estudios universitarios de ella, Gustavo Adolfo Sarmiento Sánchez; por el contrario, los dos últimos se limitaron a responder las preguntas que el procesado les hizo, con palabras adecuadas y en tono normal. No existió

confrontación ni riña previa. Cosa distinta es que la verdad que acababa de serle revelada no hubiese sido soportada por MARIÑO MARTÍNEZ, pero nunca se puede confundir un factor desencadenante de una emoción, con la supuesta grave e injusta provocación de la misma.

No es igual la rabia, o el enfado, o el enojo, constitutivo de una condición clínica emocional que puede llevar al ser humano a comportarse violentamente, que la ira grave e injustamente provocada, pues ésta implica una cualificación jurídica que reclama estricta verificación en el recaudo probatorio.

El primer conjunto de situaciones emocionales pueden producir efectos jurídicos diversos. Por ejemplo, erigirse en circunstancia genérica de menor punibilidad, que opera al momento de tasar la sanción en concreto, en los términos del numeral 3° del artículo 55 del Código Penal vigente: “El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso”. E inclusive, dependiendo de su intensidad, es factible que la emoción llegue a la inimputabilidad, si ello se determina pericialmente.

En cambio, la disminución de la pena por ira o intenso dolor que contemplaba el artículo 60 del Código Penal anterior, equivalente al artículo 57 del régimen vigente (Ley 599 de 2000), tiene lugar exclusivamente cuando ese estado emocional es grave e injustamente provocado por quien padece las consecuencias. En este evento, no es la alteración del tono afectivo aisladamente considerada la que autoriza la rebaja de la pena, sino la constatación probatoria de que a este estado emotivo llegó el implicado después de ser grave e injustamente provocado.

En tales condiciones, la censura no prospera.

CUESTIONES FINALES

1. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, se abrió la

posibilidad de aplicar las disposiciones que éste régimen contempla, por favorabilidad respecto de las anteriores, si a ello hubiere lugar.

No obstante, como no se casará el fallo del Tribunal Superior, la competencia en punto de la favorabilidad radica en el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, como lo dispone el numeral 7° del artículo 79 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), solución que se ajusta a derecho y que garantiza el principio de la doble instancia.

Por supuesto, contra el auto que resuelva en segunda instancia los asuntos inherentes a la favorabilidad, en ningún caso procede el recurso extraordinario de casación. (Sentencia del 5 de septiembre de 2001, radicación 13.000).

2. De conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), equivalente al 197 del régimen procedimental anterior, la presente sentencia, que no sustituye al fallo impugnado, queda ejecutoriada el día en que se suscribe, y contra ella no procede ningún recurso.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo motivo de impugnación extraordinaria.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

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

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Comisión de servicio

JORGE A. GÓMEZ GALLEGO

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Resolución acusatoria del 27 de septiembre de 1995. (Folio 324 cdno. 1).

2 Protocolo de necropsia, folio 197 cdno. 1. “Hombre de 21 años de edad aparente, quien fallece en shock neurogénico debido a laceración cerebral por proyectil de arma de fuego...”. Recibió 3 impactos de bala calibre 7.65 percutidos por una pistola Walter.

3 Psicólogo asesor de la pareja en conflicto, quien compareció a rendir testimonio. Folio 81 cdno. 1.