

Proceso No 15928

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta N° 074.

Bogotá, D. C., junio veintiséis (26) de dos mil tres (2003).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado BERNARDO TOBÓN GARCÍA, contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, por cuyo medio se declaró su responsabilidad penal en el delito de homicidio simple en la persona de José Gregorio Nieto Mejía.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aproximadamente a las 2 y 30 horas de la mañana del 15 de febrero de 1998, en cercanías de la finca El Rocío, vereda Filobonito del municipio de Dosquebradas, Risaralda, se originó una riña entre un grupo de personas que se desplazaban en motocicletas con otras que lo hacían caminando, las cuales acaban de salir de una fiesta, resultando que BERNARDO TOBÓN GARCÍA esgrimió una navaja con la cual atacó a José Gregorio Nieto Mejía, causándole la muerte e hiriendo a Alexander Alvarez Vargas.

Por los anteriores episodios fueron aprehendidos TOBÓN GARCÍA, Alvarez Vargas y Yorley Díaz García.

Abierta investigación y oídos en indagatoria los antes mencionados, la Fiscalía 35 Seccional de Dosquebradas en decisiones del 19 y 24 de febrero de 1998, en su orden, ordenó compulsar copias con destino al Juzgado Promiscuo de Familia para que se continuara la investigación respecto de Díaz García por tratarse de un menor de edad, le impuso a TOBON GARCÍA medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto responsable del delito de homicidio simple y se abstuvo de hacerlo en relación con Alvarez Vargas.

Contra la providencia anterior, la defensora de TOBÓN GARCÍA interpuso recurso de apelación, que fue resuelto el 13 de abril siguiente por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Pereira, impartándole confirmación.

Cerrada la instrucción, la misma Fiscalía el 26 de mayo de 1998 profirió en contra de TOBON GARCÍA resolución acusatoria por la misma conducta punible que sustentó la medida detentiva y precluyó la investigación a favor de Alexander Alvarez Vargas, providencia que alcanzó ejecutoria el 8 de junio siguiente en la medida que no fue impugnada.

Correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas adelantar el juicio y, celebrada la audiencia pública, el 21 de octubre de 1998 condenó al procesado a las penas de 25 años de prisión, 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas y a la obligación de indemnizar los perjuicios respectivos, al hallarlo autor responsable de la conducta punible materia de la acusación, fallo adverso que impugnado tanto por el defensor como por el procesado confirmó el Tribunal Superior de Pereira, mediante el suyo de enero 12 de 1999. La sentencia del ad quem fue objeto del recurso de casación que ahora se decide, interpuesto por el nuevo defensor de BERNARDO

TOBÓN GARCÍA.

LA DEMANDA

Con apoyo en las causales tercera y primera de casación, el demandante postula tres cargos contra la sentencia impugnada, así:

Primer cargo: Nulidad por violación del derecho de defensa.

Manifiesta el casacionista que los abogados que lo antecedieron en la defensa cumplieron una gestión pobre y exigua de cara a los intereses que se les encomendaron por el procesado, en la medida que fuera del farragoso e insulso memorial de sustentación del recurso de apelación contra la medida de aseguramiento, la solicitud de dos testimonios y una prueba psiquiátrica en el juicio y la “pusilánime intervención en la vista pública”, nada se hizo, como por ejemplo, no se solicitó práctica de pruebas en la instrucción ni tampoco se intervino en la práctica de las recepcionadas por vía oficiosa, no hubo siquiera un sencillo alegato de conclusión y tampoco se recurrió la resolución acusatoria y el auto que negó el allegamiento del dictamen pericial antes referido.

Expresa que la actitud de los defensores que tuvieron a cargo la defensa del procesado no obedeció a un plan preconcebido porque ello va en contravía de la evidencia acopiada. Sostiene que otro hubiera sido el resultado del proceso si se hubiera controvertido la prueba de cargo, como las declaraciones de Alexander Alvarez Vargas, Ana Marleny Aguirre Cardona y Edier de Jesús Jiménez Valencia, en quienes se pudo observar un ánimo subrepticio por desdoblar la realidad y, en especial, con respecto al autor material del homicidio.

Por lo anterior, solicita que se case el fallo proferido por el Tribunal y se declare la nulidad del proceso a partir de la resolución de cierre de investigación, inclusive, para que

reabierta sea subsanada la irregularidad denunciada.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho por falso juicio de existencia al no apreciar los testimonios de José Alejandro López Márin, Jorge Iván Tirado Cardona, José Ferney Castro Tellez y la declaración inicial de Ana Marleny Aguirre Cardona.

Plantea el actor que el ad quem incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho por falso juicio de existencia que lo llevó a dejar de aplicar el principio del in dubio pro reo y a aplicar indebidamente el artículo 323 del Código Penal anterior modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 y el artículo 247 del estatuto procesal penal entonces vigente.

Comenta que para proferir sentencia condenatoria contra su representado los jueces de instancia tuvieron en cuenta los testimonios de Alexander Alvarez Vargas, Edier de Jesús Jiménez Valencia y Ana Marleny Aguirre Cardona, quienes señalan al procesado de ser el autor de las heridas que ocasionaron la muerte de José Gregorio Nieto Mejía, pero omitieron todas aquellas pruebas de carácter testimonial que apuntaban a señalar como presunto autor del homicidio al guarda de tránsito, Fabián Antonio Agudelo, aspecto sobre el cual no se indagó mayor cosa, de tal manera que no se descartó esta hipótesis en cabal observancia del principio de investigación integral.

Es así, agrega, como no se tuvieron en cuenta las declaraciones de José Alejandro López Márin, Jorge Iván Tirado Cardona, José Ferney Castro Tellez e inclusive el testimonio inicial de Ana Marleny Aguirre Cardona, quienes coinciden en señalar a Fabián Antonio Agudelo, guarda de tránsito, como el autor de los hechos en los cuales perdió la vida la víctima, lo que hubiera permitido que la duda se hubiera hecho latente y perfectamente imposible de disipar al momento de fallar.

Por tanto, solicita se case la sentencia impugnada y se dicte la de reemplazo que ha de

ser absolutoria a favor de su defendido.

Tercer cargo: violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal anterior.

Sostiene el demandante que el grupo de amigos dentro del cual se encontraba su defendido fue provocado injustamente de palabra y obra por los integrantes del grupo en el cual se hallaba la víctima, hecho este que los hizo reaccionar de modo airado y legítimo. Por ello, para el evento de no resultar exitosas las anteriores pretensiones, solicita que de oficio se reconozca dicha atenuante punitiva.

Y agrega que la falta de aplicación de la norma mencionada tiene incidencia en la aplicación de la pena, razón por la cual solicita que se proceda a ello de acuerdo con lo planteado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal al ocuparse de los tres cargos formulados por el actor contra la sentencia, lo hace de la siguiente forma:

Primer cargo: Nulidad por violación del derecho de defensa.

Expresa que la afirmación del casacionista según la cual su representado estuvo huérfano de defensa durante todo el desarrollo del proceso, “no consulta la realidad del expediente ni los requisitos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han elaborado sobre qué debe entenderse por tal” y qué gestión resulta incompatible con el respeto que debe existir por el derecho de defensa en el trámite de los procesos judiciales.

A continuación se ocupa de la actividad cumplida por los defensores técnicos en el transcurso del proceso, tarea que el censor descalifica en términos que no se avienen con

la realidad procesal ni la “elegancia y respeto que se debe tener con los colegas.”

En cuanto al derecho de defensa técnica el Delegado sostiene que no existen formas estereotipadas en su ejercicio, pues cada abogado puede plantear su propia estrategia de la cual puede hacer parte la solicitud de determinadas pruebas, la interposición de ciertos recursos o la presentación de alegatos, sin que pueda argumentarse ausencia de defensa técnica porque no se coincida con la utilización de los medios de defensa que establece la ley.

Cuando de nulidad por violación al derecho de defensa se trata, no está exento el censor de demostrar de qué manera las omisiones de los defensores fueron determinantes del fallo adverso a los intereses del sindicado, lo cual no aparece acreditado en el asunto sometido a estudio, “donde la actividad del defensor no fue tan dinámica pero sí respondió a la tarea que debe cumplir el abogado dentro del proceso penal.”

Por lo anterior, solicita que se declare la improperidad del cargo.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho por falso juicio de existencia por omisión de los testimonios de José Alejandro López Márin, Jorge Iván Tirado Cardona, José Ferney Castro Téllez y el inicial de Ana Marleny Aguirre Cardona.

Manifiesta que en orden a la demostración de un error como el enunciado, “debe tenerse en cuenta que la omisión planteada genera un perjuicio a quien la alega, de modo que de haberse considerado en la sentencia, hubiera representado un beneficio.”

Esto último es precisamente lo que el demandante deja de hacer, “puesto que sólo hasta la parte final del reproche relaciona los referidos testimonios que en su sentir fueron omitidos, pero sin resaltar el perjuicio que dicha situación produjo en el fallo y que, de no haberse presentado, de alguna manera hubiera repercutido a favor de su prohijado.” Y agrega: “Es decir, olvidó fijar la trascendencia del error alegado en la

sentencia; desacierto que, por si solo, conduce a la improsperidad del reproche.”

A pesar de la falencia anterior, considera que si bien las pruebas relacionadas por el actor no fueron consideradas en los fallos de instancia, sin embargo no tienen la virtualidad de alterarlos, fundamentalmente porque no son cosa distinta a simples testimonios de oídas, que por supuesto no ofrecen la misma solidez de las pruebas valoradas en los dos fallos, que apuntan a demostrar la responsabilidad del procesado.

Las declaraciones a que alude el demandante, agrega el Delegado, si bien provienen de personas que adujeron estar presentes en el lugar y al momento de los hechos, también debe tenerse en cuenta que manifestaron no haber percibido con exactitud qué persona causó la muerte de José Gregorio Nieto Mejía, de forma tal que sus dichos no aportan elementos de importancia en el ámbito de la responsabilidad del procesado frente al acervo probatorio que sirvió de fundamento a los fallos de instancia. Sus afirmaciones, continúa, simplemente son reproducciones de rumores escuchados tras la ocurrencia de los acontecimientos, según los cuales se comentó que otro sujeto, un guarda de tránsito que respondía al nombre de Fabián, el autor del homicidio que se imputa al sindicado.

Luego de ocuparse de lo afirmado por los declarantes a los cuales se refiere el censor, el Procurador sostiene que ninguno vierte una sindicación clara y cierta en contra del guarda de tránsito, tan sólo se realiza un señalamiento impreciso a partir del dicho de otras personas; testimonios que por ello no logran enervar la prueba de cargo, soportada en principio en la declaración rendida por Alexander Alvarez, quien participó directamente en la reyerta, al punto que salió lesionado cuando pretendió auxiliar a su compañero; siendo lo más importante de este testimonio, que rindió una versión clara, coherente y responsiva desde los albores de la investigación señalando directamente a TOBÓN GARCÍA como autor de la conducta punible, lo que aunado a la retractación que hicieron de sus testimonios Jiménez Valencia y Aguirre Cardona,

donde sindicaron al mismo individuo como autor del delito, otorgan la certeza requerida para condenarlo, en los términos previstos en el artículo 247 del estatuto procesal penal vigente para la época de los fallos.

Expresa que el censor incurre en otro desatino, al involucrar dentro de este mismo cargo la violación al principio de investigación integral, bajo el argumento de que no se practicaron pruebas de contenido favorable al procesado, pues esa censura se debió enderezar por la causal tercera y no por la primera, vía indirecta, como lo hace el casacionista, violando con ello el principio de no contradicción que es uno de los pilares en sede extraordinaria, ante cuya inobservancia la demanda se convierte en alegato insustancial.

Así se pronuncia sobre este cargo, sin formular ninguna solicitud en concreto.

Tercer cargo: violación directa de la ley sustancial, falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal anterior.

En relación con este reparo manifiesta que en el caso examinado los jueces de instancia no reconocieron de manera expresa o implícita la circunstancia de la ira e intenso dolor, y como consecuencia de ello, el demandante no podía invocar falta de aplicación de una norma máxime cuando esa situación fáctica no fue contemplada en los fallos.

Si lo pretendido por el libelista era que se le reconociera dicha circunstancia, debió demostrar que las conclusiones probatorias del Tribunal, en torno a los presupuestos esenciales requeridos para la aceptación de un estado de ira e intenso dolor, resultaban equivocadas, debido a errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, situación que le exigía orientar el ataque por la vía de la violación indirecta.

Como si lo anterior no fuera suficiente, puntualiza el Delegado, el censor no presentó

ningún argumento con miras a demostrar que procedía el reconocimiento de la atenuante invocada, omisión que no puede entrar a subsanar o complementar la Corte porque a ello se opone el principio de limitación que rige el trámite casacional.

Por lo anterior, solicita a la Sala desestimar el cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo: Nulidad por violación del derecho de defensa.

Plantea el demandante que la violación anunciada ocurrió en el caso de su representado, en la medida que sus antecesores omitieron pedir pruebas en la instrucción, intervenir en las que se realizaron por vía oficiosa, controvertir la prueba de cargo, no alegaron antes de la calificación ni recurrieron la resolución acusatoria o el auto que negó prueba pericial en el juicio, y descalifica la intervención realizada en la audiencia pública.

En relación con la garantía que se afirma vulnerada (derecho a la defensa técnica), la Corte tiene dicho que ella teleológicamente esta orientada a lograr que el inculcado cuente con asistencia profesional durante todo el trámite procesal, con características de continuidad y permanencia, puesto que sin posibilidades de contradicción no es factible concebir el proceso como legítimo. Pero también se ha establecido que si en un momento determinado el procesado dejó de contar con tal asistencia letrada, ello no significa que la actuación así cumplida devenga ineficaz por ese solo motivo, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaratoria de nulidades, sólo si la irregularidad afecta insubsablemente las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las fases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable su decreto.

Lo anterior porque si la irregularidad es oportunamente corregida, de manera que el

abogado designado tenga oportunidad real de ejercer adecuadamente los actos defensivos, que no fueron realizados durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado o que se ha restablecido, pues ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a contar con una oportunidad que ya tuvo¹.

De otra parte, la pasividad del defensor no puede concebirse per se como ausencia de defensa. La falta de alegatos, la no interposición de recursos, o la falta de notificación de algunas decisiones, no necesariamente revelan negligencia, pues muchas veces la suficiencia del acopio probatorio y su fuerza de convicción llevan a asumir tal posición y dejar para los momentos propicios la exposición de los argumentos defensivos, sobre todo en aquellos casos en los cuales existe amplia y sólida demostración de cargo.

No solicitar pruebas tampoco puede tomarse en abstracto como ausencia de defensa; pues en este evento es indispensable especificar cuáles se dejaron de practicar y en que forma habrían llegado a cambiar el sentido del fallo, amén de que no notificarse o no impugnar una decisión puede y suele obedecer a táctica del defensor, o a conformidad con las decisiones por considerarlas acertadas e inexorables, o al menos favorables o menos onerosas para el procesado.

El derecho a la defensa, entonces, se debe tener por garantizado cuando se ha contado con oportunidades reales de participar en el acopio probatorio, presentar argumentaciones y rebatir las contrarias, impugnar las decisiones adversas, asistido de un abogado. Profesional que de acuerdo con su fuero interno, capacitación, estilo y actitud ética, es quien determina el momento y la forma de ejercer la defensa, según la táctica adoptada, la cual puede incluir el empleo asiduo de todas las posibilidades legales, o sólo de algunas, incluso limitadas al control expectante del proceso.

En el asunto que concita la atención de la Sala, la revisión del informativo en punto de la

referida garantía, permite concluir razonablemente que en ningún momento de la instrucción o del juicio le fue cercenada al procesado BERNARDO TOBÓN GARCÍA, porque en todo momento del proceso seguido en su contra contó con asistencia técnica y los profesionales a quienes se encargó de tal cometido estuvieron informados de cada uno de los pronunciamientos y de las actuaciones que se iban cumpliendo, lo que les permitió ejercer vigilancia sobre el desarrollo del proceso y, fundamentalmente, optar por la estrategia defensiva que consideraron pertinente en pro de los intereses del procesado, al punto que pidieron las pruebas que estimaron conducentes, controvirtieron las oportunamente allegas y recurrieron las decisiones que así lo aconsejaba el desenvolvimiento procesal.

Es así como la doctora María Elena González López designada por el procesado como su defensora en la diligencia de indagatoria, lo asistió en el reconocimiento en fila de personas que se llevó a cabo con los testigos Edier de Jesús Jiménez Valencia y Ana Marleny Aguirre Cardona; se notificó personalmente de la resolución que resolvió la situación jurídica de su defendido, pidió y obtuvo copias del expediente, interpuso recurso de apelación contra la medida de aseguramiento y se le comunicó el cierre de investigación.

Cuando se notificaba la resolución de cierre de investigación, el procesado designó como nuevo defensor al doctor Virgilio Quintero Ramírez a quien se notificó de la resolución de acusación.

En el traslado a que se refería el artículo 446 del estatuto procesal penal entonces vigente, TOBÓN GARCÍA nombró como su defensora a la doctora Consuelo Ramírez Arcila, profesional que solicitó se recepcionaran las declaraciones de Jairo Arango y Julio Arango Montoya y se enviara a su defendido al médico legista para que se le practicara un examen psiquiátrico, petición resuelta por el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas en auto del 29 de julio de 1998 accediendo a practicar los testimonios y

negando el dictamen. Contra esta decisión la defensora interpuso el recurso de apelación pero no lo sustentó. Intervino en la audiencia pública y apeló la sentencia planteando ausencia de los requisitos legales para condenar.

Adicionalmente se tiene que en cuanto el actor orienta la censura a cuestionar que sus antecesores no solicitaron práctica de pruebas, era su deber señalar cuál o cuáles fueron las no solicitadas, y, fundamentalmente, demostrar su trascendencia en qué forma ellas habían podido variar el sentido del fallo impugnado. Falencia que también se observa cuando se abstiene de precisar qué se hubiera logrado con la presentación de alegatos precalificatorios, con la impugnación de la resolución de acusación o la insistencia en la práctica de prueba pericial como la negada en el juicio, a todas luces improcedente frente a las mismas manifestaciones del procesado quien a lo largo de la actuación en ningún momento expresó que la ingesta de licor hubiera sido de tal magnitud que le hubiera impedido tener la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Como con acierto lo destaca el Procurador Delegado tratándose de la causal de nulidad por violación al derecho de defensa técnica, no resulta suficiente en casación con descalificar la tarea cumplida por otros defensores, pues corresponde demostrar cómo omisiones inexcusables comprometieron la garantía fundamental de la defensa, carga que el demandante no cumple siquiera mínimamente.

Por tanto, ante la inexistencia de violación del derecho de defensa técnica del procesado BERNARDO TOBÓN GARCÍA, el cargo formulado al amparo de la causal tercera de casación, no puede prosperar.

Segundo cargo: violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de existencia por omisión en la apreciación de los testimonios de José Alejandro López Márin, Jorge Iván Tirado Cardona, José Ferney Castro Téllez y el inicial de Ana Marleny

Aguirre Cardona.

El error de hecho por falso juicio de existencia como el que se alega, consiste en no apreciar de ninguna manera alguna prueba pese a obrar en la actuación, esto es, en construir la providencia judicial con total marginación de un medio probatorio válidamente practicado o aducido al proceso, que puede resultar trascendente en el sentido de la decisión. Por tanto, cuando se invoca esta clase de censura, no basta con afirmar que el juzgador ignoró determinada prueba, puesto que ello nada demuestra, siendo necesario, adicionalmente, precisar qué hechos en concreto acredita la prueba omitida, y qué incidencia habría tenido en el sentido de la decisión impugnada, de haber sido apreciados por el juez en la valoración que hizo del conjunto probatorio. Si estas exigencias no se cumplen, el reparo termina ayuno de demostración.

En el asunto examinado, como con acierto lo pone de presente el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal es verdad, tal como lo afirma el demandante, que el Tribunal no hizo alusión a las declaraciones que rindieran José Alejandro López Márin, Jorge Iván Tirado Cardona, José Ferney Castro Téllez, ni al testimonio inicial de Ana Marleny Aguirre Cardona, pero tal omisión carece de trascendencia para variar el sentido del fallo, por las razones que a continuación se señalan.

En efecto, si bien esas declaraciones provienen de quienes adujeron estar presentes en el lugar y al momento de los hechos, no es menos cierto que manifestaron no haber observado a la persona que ocasionó las lesiones que determinaron el deceso de José Gregorio Nieto Mejía, de manera que sus afirmaciones en cuanto a que escucharon rumores, según los cuales el autor del homicidio pudo haber sido un guarda de tránsito, de nombre Fabían, no pasa de corresponder a una información sobre lo aseverado por otros, pero en modo alguno al suministro de información obtenida en forma directa, de todas maneras sin incidencia trascendente frente a los elementos de juicio que sirvieron de fundamento para llevar el conocimiento de los juzgadores al estado de certeza sobre la

autoría y responsabilidad del procesado.

Sobre lo manifestado por los declarantes a los cuales se refiere el demandante, el Procurador Delegado incluye en su concepto el siguiente comentario:

“Nótese lo que puntualmente dijo José A. López Marín, cuando se le interrogó: ‘...¿Qué comentarios ha escuchado sobre el agresor de Gregorio?, responde pues dicen que fue el guarda de tránsito, eso lo dijo chun-chin que está citado a las tres de la tarde...’

Por su parte, el segundo de los testimonios mencionados por el censor como omitido en el fallo, Jorge I. Tirado Cardona, respondió frente a la misma pregunta: ‘...Yo no he escuchado ningún comentario sobre eso’, ¿sabe qué personas presenciaron esos hechos? No señora. Claro que ahí esa noche se decía que el guarda de tránsito había sacado una navaja y le había tirado a uno, que el guarda había iniciado la pelea...’

En el mismo sentido se expresó José F. Castro Téllez: ‘...¿Ha escuchado o vio quién mató a José Gregorio Nieto?, respondió: ‘No vi quien lo mató, y lo que todo mundo dice por allá por Filobonito es que fue el guarda porque decían ‘fue el chupa’, ‘fue el chupa’, eso lo decían los amigos del muerto...’ Finalmente, Ana Marleny Aguirre Cardona adujo, cuando se le preguntó en su primera versión: ‘...¿Ha escuchado el nombre de la persona que agredió a Gregorio?, respondió: ‘Pues escuché el comentario que se llamaba Fabián, por los lados de una tienda que hay en el barrio se paran unos pelados ahí a comentar, pero no se que hará él. Escuché comentar también que entre los que habían (sic) en el festival habían (sic) un guarda de tránsito y es tuso, el decir de John Jairo es que el guarda estaba ayudando al problema, John Jairo estaba diciendo...” 2

Como fácilmente se concluye del aparte que viene de transcribirse, ninguno de los declarantes antes mencionados hace una sindicación directa y cierta contra el guarda de tránsito, sólo informan sobre el señalamiento que otras personas comentaron, testimonios que no logran demeritar las pruebas que sirvieron a los jueces de instancia para proferir el

fallo de condena contra el procesado por el delito de homicidio de que fuera víctima José Gregorio Nieto Mejía, entre ellas la declaración de Alexander Alvarez Vargas, quien desde los albores de la investigación señaló directamente a BERNARDO TOBÓN GARCÍA como el autor de tal conducta, prueba a la que se sumaron luego los testimonios de Edier de Jesús Jiménez Valencia y Ana marleny Aguirre Cardona, quienes si bien en su inicial declaración describieron al agresor, luego en la diligencia de reconocimiento en fila de personas se abstuvieron de señalar a TOBON GARCÍA, para finalmente sindicarlo como autor de la conducta punible, manifestando que por miedo no lo identificaron durante la diligencia referida, pruebas estas a partir de las cuales se tuvieron por acreditadas, con el grado de evidencia que exige la ley, los requisitos que para condenar señalaba el artículo 247 del derogado estatuto procesal penal.

Adicionalmente el censor sostiene dentro de este mismo cargo que se ha violado el principio de investigación integral, bajo el supuesto de que no se habría disipado una de las hipótesis que surgieron durante la investigación, referida a la identificación del autor del homicidio, porque se señalaba como tal a Fabián Antonio Agudelo, guarda de tránsito, es claro que incurre en ostensible desacierto técnico, porque una censura de esa naturaleza ha debido formularse en otro acápite por la causal tercera y no por la primera, como lo hace el demandante, violando con ello el principio de autonomía de las causales de casación.

Por lo anterior, se desestima el cargo.

Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 60 del derogado Código Penal.

Plantea el demandante que el grupo de amigos dentro del cual se encontraba su defendido fue provocado injustamente por los integrantes del conformado por la víctima, hecho este que lo hizo reaccionar de modo airado y legítimo, de manera que en el caso que no se

acepten sus pretensiones anteriores, solicita que de manera oficiosa la Sala proceda a reconocer al procesado la disminuyente punitiva prevista para un actuar en estado de ira e intenso dolor.

Teniendo en cuenta que lo que se pretende en este caso es cuestionar el no reconocimiento del estado de ira en que se dice actuó el procesado, con dos vías contaba el censor para la adecuada formulación del cargo:

a) Si encontraba que el ad quem reconoció los presupuestos del estado de ira y sin embargo no hizo el descuento punitivo previsto por la ley, podía impugnar la sentencia por violación directa de la ley sustancial, para el caso el artículo 60 del Código Penal anterior.

Y b) Si lo pretendido por el libelista era que se reconociera dicha circunstancia, debido a errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, cometidos por el Tribunal en torno a los presupuestos esenciales requeridos para la aceptación de un estado de ira e intenso dolor, tal situación le exigía orientar el reparo por la vía de la violación indirecta.

En el caso que concita la atención de la Sala, los jueces de instancia no reconocieron la circunstancia de la ira e intenso dolor, de manera que el demandante no podía invocar la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de tal precepto, en la medida que la situación fáctica se reitera no fue contemplada en las sentencias.

La censura entonces debió ser encausada por la violación indirecta, que presupone la discusión probatoria sobre la concurrencia de tales supuestos, lo cual no hace el censor, quien de otra parte no expresó ningún argumento en orden a demostrar que procedía la disminuyente invocada, pues al respecto se limita a manifestar que el grupo de amigos donde se encontraba su representado fue provocado injustamente por el otro donde se hallaba la víctima, sin acreditar que tal fue el comportamiento de ésta en contra de su representado que lo llevó a proceder como lo hizo.

La solicitud formulada por el demandante orientada a que oficiosamente se haga el descuento punitivo a que se refería el artículo 60 del derogado Código Penal, no solamente desconoce que, en principio, la Sala no puede tener en cuenta causales de casación distintas a las que han sido expresamente alegadas por el casacionista (principio de limitación), sino porque de conformidad con lo previsto en el artículo 216 del estatuto procesal penal, 228 anterior, la facultad oficiosa que la ley le otorga a la Corte está referida a la causal tercera o cuando sea ostensible que la sentencia atenta contra garantías fundamentales.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Cuestión final.

El ajuste punitivo que pudiera derivarse de la aplicación favorable de los preceptos respectivos de la Ley 599 de 2000, debe ser considerado por el correspondiente Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de conformidad con la facultad contenida en el numeral 7 del artículo 79 de la Ley 600 de 2000.

Al decidirse la casación sin sustitución sobre el fallo contra el cual va dirigida, esta providencia queda ejecutoriada el día en que es suscrita (artículo 187 Ley 600 de 2000, antes artículo 197 Decreto 2700 de 1991) y no admite recurso alguno. En todo caso, se notificará en la forma prevista por la ley.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Permiso

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
GÁLVEZ ARGOTE

CARLOS AUGUSTO

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

Comisión de servicio

Permiso

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN
BARÓN

MARINA PULIDO DE

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Entre otras, pueden verse las providencias de may.27/99, rad. 10.275, M. P. Ricardo Calvete Rangel y 11 de julio de 2000, rad. 12.998, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll.

2 Fs. 84 y 85 cd. Corte.