

Proceso No 15934

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

DR. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 074

Bogotá, D.C., veintiséis de junio del año dos mil tres.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado JOSÉ ANTONIO BARRIGA MALDONADO contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca mediante la cual lo condenó por el delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal.-

1.- La cuestión fáctica fue declarada por el juzgador, de la manera siguiente:

“El 7 de junio de 1997, aproximadamente a las 10:30 de la noche, en la discoteca denominada ‘El Bulevar’, ubicada en el municipio de Chocontá (Cund.), a NELSON ENRIQUE HURTADO le fue propinada una puñalada al lado derecho del cuello, por parte de JOSÉ ANTONIO BARRIGA MALDONADO, lesión que le produjo la muerte debido a shock hipovolémico”.

2.- Abierta la investigación por parte de la Fiscalía Tercera Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito con sede en Chocontá (fl. 4), vinculó mediante indagatoria a JOSÉ

ANTONIO BARRIGA MALDONADO (fl. 5 y ss.) y la Fiscalía Segunda de la misma especialidad, a donde fueron reasignadas las diligencias (fl. 9), definió su situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva (fls. 137 y ss.).

Agotada la fase correspondiente a la investigación, y previa clausura de ésta (fl. 109), el veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete se calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación en contra del procesado por el delito de homicidio (fls. 117 y ss.), mediante determinación que cobró ejecutoria en esa instancia al no haber sido objeto de impugnación.

3.- El conocimiento del juicio fue asumido por el Juzgado penal del circuito de Chocontá (fl. 129), donde después de llevarse a cabo la vista pública (fls. 183 y ss.), el veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y ocho se puso fin a la instancia. En tal ocasión se condenó al procesado JOSÉ ANTONIO BARRIGA MALDONADO a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años, así como al pago en concreto de los perjuicios morales y materiales ocasionados con la infracción, entre otras determinaciones, a consecuencia de hallarlo penalmente responsable de los cargos formulados en el pliego enjuiciatorio (fls. 195 y ss.). El quince de enero de mil novecientos noventa y nueve el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca confirmó íntegramente dicho fallo (fls. 4 y ss. cno. Trib.) al conocer en segunda instancia de la apelación promovida por la defensa.

4.- Contra dicha sentencia, este mismo sujeto procesal oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación (fl. 27), el que fue concedido por el ad quem (fl. 30), y presentó la correspondiente demanda (fls. 39 y ss.) declarándosele ajustada a las prescripciones legales por la Sala (fl. 3 cno. Corte).

La demanda.-

Con apoyo en las causales primera y tercera, dos cargos formula el demandante contra el fallo del Tribunal, en lo que lo acusa de ser violatorio, por vía indirecta, de normas de derecho sustancial, a consecuencia de incurrir en errores de apreciación probatoria, y de haber sido proferido en juicio viciado de nulidad por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y la violación del derecho de defensa, respectivamente.

PRIMER CARGO.

Manifiesta que en la sentencia de segunda instancia se incurrió en violación indirecta de disposiciones de derecho sustancial, por falta de aplicación de los artículos 29-4 y 30 del Código penal de 1980, en concordancia con el artículo 4º ejusdem, relativos a la legítima defensa como causal de justificación de la conducta, el exceso, y la antijuridicidad.

Sostiene que dicho sentido de la violación tuvo lugar por haberse apartado el juzgador de los deberes que al efecto le imponen los artículos 246, 249, 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal de 1991 que establecen la necesidad de la prueba, la imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba, la apreciación de la prueba y los criterios para la apreciación del testimonio, y de lo previsto por el artículo 29 de la Carta Política y 1º del Estatuto procesal que consagran el debido proceso.

Afirma que la falta de aplicación de las mencionadas disposiciones, condujo a la aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, a consecuencia de incurrir el juzgador en errores de hecho “al apreciar defectuosamente gran parte del material probatorio y dejar de apreciar otras pruebas testimoniales”.

En el acápite que en el libelo se destina a la “señalización de errores del juez colegiado de segunda instancia”, refiere los siguientes:

Dar por demostrado, sin estarlo, que el procesado actuó inequívocamente con propósito homicida y que al ejercer la acción defensiva ya había cesado la agresión contra su familiar y amigo, Mayorga Niño.

No dar por demostrado, estándolo, que el procesado “actuó bajo los parámetros del artículo 40, numeral cuarto del código penal, en exceso artículo 30 ibídem” (sic); que la superioridad numérica y la agresión que se ejercía contra el compañero y familiar del acusado, motivó la reacción defensiva de BARRIGA MALDONADO; que éste fue agredido cuando pretendía calmar los ánimos y defender a su amigo; y, además, que la conducta carecía del elemento antijurídico.

Seguidamente, relaciona las “pruebas defectuosamente apreciadas por el Tribunal de instancia”, tales como la indagatoria de José Antonio Barriga Maldonado, y los testimonios de Ana Patricia Guayambuco, Uriel Lisandro Esquivel Martínez, Jaime Eduardo Robayo Bustos, José Alberto Mayorga Niño, Daniel Mayorga Latorre, Martha Liliana Mayorga Niño y Luis Alejandro Galeano Pinzón.

A continuación hace una “relación de pruebas no apreciadas por el fallador de la segunda instancia”, tales como la ampliación de indagatoria y la versión del encausado en la diligencia de audiencia pública, las declaraciones de Tránsito Castro de Heraque y Jaime Heraque, y la ampliación del testimonio de José Alberto Mayorga.

Manifiesta, asimismo, que se dejaron de recaudar los testimonios de Janeth Casallas, Juan Plumas, Martha Calderón, Marina N. y Sandra N, así como la ampliación de la declaración de Daniel Mayorga.

Con la pretensión de demostrar el cargo, sostiene que el yerro inicial del ad quem,

consistió en “falsear la expresión fáctica del dicho de los testimoniantes”, en cuanto a tales medios de convicción se le hizo producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto, incurriendo por ello en error de hecho.

Sostiene al efecto que el Tribunal apoyó su decisión en las declaraciones de Ana Patricia Guayambuco y Uriel Lisandro Esquivel Martínez para inferir que una persona le propinó un golpe de puño a la víctima, sin que se conozca el motivo del mismo. También que dichos testimonios los utilizó para desvirtuar lo manifestado por José Alberto Mayorga Niño, Daniel Mayorga Latorre y Martha Liliana Niño, y demostrar que el consanguíneo y compañero del procesado, no fue objeto de agresión alguna, o que si ella ocurrió, fue propiciada por éste.

Considera el recurrente, por el contrario, que si se realiza un análisis cuidadoso de lo declarado por Ana Patricia Guayambuco y Uriel Lisandro Esquivel Martínez, llega a concluirse que ellos no observaron agresión alguna en contra del occiso, ni de éste hacia otro. Por consiguiente, el Tribunal yerra al agregar manifestaciones que los declarantes no hicieron “para desconocer la existencia de los elementos de la figura impetrada en pro del encausado”.

Afirma, además, que el Tribunal incurrió en otro error de hecho al asignarle efectos que no se infieren o forman parte de la declaración rendida por Jaime Eduardo Robayo Bustos. Tal ocurre cuando indica que éste y Yolanda Sarmiento coinciden en sostener que vieron cuando alguien se abalanzó contra Nelson Enrique Hurtado con cuchillo en mano y lo hirió sin percatarse de la existencia de otras personas cerca de la víctima y el victimario.

En este sentido considera que el ad quem tergiversa algunos apartes de la mencionada declaración para demostrar con ello que la víctima no tuvo enfrentamiento alguno con Mayorga Niño ni con BARRIGA MALDONADO.

Análogamente, dice, el Tribunal da a entender que en momentos en que el occiso se

encontraba solo. Fue atacado sorpresivamente por BARRIGA MALDONADO y que no existió enfrentamiento simultáneo entre el occiso y sus acompañantes contra José Alberto Mayorga Niño. A esta conclusión llegó porque consideró que los declarantes coinciden en afirmar que no se percataron de la existencia de más personas en torno a la víctima y el victimario.

Con dicho error, agrega, el Tribunal lo que busca en el fondo es desvirtuar la agresión simultánea de que fuera víctima Mayorga Niño, que en últimas resultó siendo el motivo de la reacción defensiva ejercida por BARRIGA MALDONADO. Todo para concluir que si aquél no fue atacado coetáneamente por el hoy occiso y sus compañeros, el procesado mal podía haber acudido en su apoyo.

Menciona que el aparecer acreditado que la víctima y el victimario no se encontraban solos, el testimonio de Yolanda Sarmiento resulta controvertido por la casi totalidad de los declarantes, lo que sin embargo no fue advertido y reconocido por el juzgador, quien al contrario, omitió su deber de apreciar las pruebas en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, y se fundamentó en aquél medio para negar la causal de justificación.

En la sentencia materia de impugnación, dice, hay ausencia total de motivación, lo que conlleva su nulidad, pues el fallador se abstuvo de exponer razonadamente el mérito que le asiste a cada prueba para alcanzar la decisión adoptada. A esto se agrega que se ignoró el testimonio de Daniel Mayorga Latorre, quien informa sobre la agresión de que fue víctima Mayorga Niño y de la pluralidad de personas que lo atacaban. Tampoco se percató que no fueron allegados los testimonios de Juan Plumas y Martha Calderón, “presenciales de los hechos y quienes con seguridad por su ubicación, habrían corroborado las manifestaciones del encausado”.

Considera entonces haber demostrado que el sentenciador incurrió en ostensibles errores de apreciación probatoria sin los cuales habría reconocido a favor del procesado

JOSÉ ANTONIO BARRIGA MALDONADO la circunstancia de atenuación punitiva de la legítima defensa en exceso. Por tal motivo solicita de la Corte casar el fallo materia de impugnación y condenarlo por el delito de homicidio cometido en la circunstancia atenuante del exceso en la legítima defensa, junto con las condenas al pago de perjuicios morales y materiales a que hubiere lugar.

SEGUNDO CARGO.

Acusa al fallo de segunda instancia de haber sido proferido en juicio viciado de nulidad por la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y el derecho de defensa. Explica que entre los requisitos establecidos por el artículo 180 del Código de procedimiento penal de 1991 se encuentra el relativo a que en toda sentencia se debe analizar los alegatos de las partes y realizar la valoración de las pruebas allegadas.

En el caso de la especie, dice, el sentenciador de segunda instancia no analizó el alegato de la defensa donde se planteó que la conducta del procesado se realizó acorde con los parámetros establecidos para la diminuyente punitiva del exceso en la legítima defensa, razón por la cual no se dio ninguna respuesta a dicho planteamiento.

El Tribunal tan sólo se limitó a traer a colación cuatro testimonios pero sin la valoración exhaustiva de los mismos, y, en un exiguo fallo, decidió confirmar el de primera instancia, con lo cual incurrió en el aludido motivo de nulidad por falta de motivación de la sentencia.

Con fundamento en lo anterior, solicita casar la sentencia materia de impugnación y declarar el estado en que queda el proceso o adoptar las medidas que correspondan con

arreglo a lo dispuesto en el artículo 229 del Código de procedimiento penal de 1991 (fls. 39 y ss.).

Concepto del Agente del Ministerio Público.-

El Procurador tercero delegado para la casación penal, frente a los cargos contenidos en la demanda conceptúa de la manera siguiente:

PRIMER CARGO.

Al examinar las actas de los testimonios rendidos por Ana Patricia Guayambuco y Uriel Lisandro Esquivel, observa que ninguno de estos declarantes refirió haber visto cuando una persona indeterminada golpear a Hurtado. Aseveraron, sin embargo, haber sido informados que éste estaba siendo agredido, sin ser específicos sobre la forma como se estaba produciendo dicho ataque, e incluso la señora Guayambuco aseveró no haberse percatado de ello.

De lo anterior se deduce que la expresión utilizada por el sentenciador de segunda instancia en relación con lo percibido por los testigos, constituye una distorsión de dichos testimonios porque alteró el hecho declarado por ellos. En verdad, ninguno dijo que a Nelson Enrique Hurtado le hubiera sido propinado un puñetazo por una persona que estaba en la discoteca.

No obstante, en la demanda apenas se destaca la existencia de este error del Tribunal, sin detenerse a examinar la situación en relación con el contenido del fallo, pues a continuación el libelista se dedicó a establecer la existencia de otros errores probatorios y exponer argumentos sobre la forma como en su criterio deben apreciarse las pruebas, sin explicar la trascendencia del yerro.

El análisis del error que el casacionista propone, implica estudiar, para el caso específico,

si lo importante para el juzgador es el hecho de que a Nelson Hurtado le hayan propinado un golpe de puño, o si lo determinante de la decisión es que éste haya sido agredido de alguna forma, antes de la reacción de su contrincante. Esto porque la legítima defensa sólo se puede reconocer en los casos en los que quien reacciona, tenga la necesidad de defenderse o de defender a otro de una injusta agresión ajena.

Así lo entendió el Tribunal y aunque tergiversó el contenido del testimonio, conservó en lo sustancial la identidad del hecho que se pretende probar con ello, esto es, que Hurtado fue agredido, al parecer sin razón, y que no surgió de él una conducta que legitimara la reacción de su victimario.

Esto fue analizado por el juzgador de primera instancia, quien examinó detalladamente los testimonios atacados por el censor, para establecer que Hurtado fue atacado primero, lo que corresponde con el contenido material de las pruebas que se analizan.

De los relatos de Ana Patricia Guayambuco y Uriel Lisandro Esquivel, no se percibe que antes del hecho inmediatamente relatado, Nelson Hurtado haya agredido a alguien o que por una conducta suya se hubiera suscitado una gresca en desarrollo de la cual tendría que haber reaccionado defensivamente. Sin embargo se puede derivar que primero fue atacado el últimamente nombrado.

Es cierto, dice, que ninguno de los dos declarantes fue específico sobre la forma como fue agredido Nelson Hurtado (quien supuestamente recibió un puñetazo) pero ambos afirmaron que éste fue agredido y no suministraron información alguna que permita colegir que esa agresión recibida fue el producto de un ataque que él hubiera lanzado primero.

En tales condiciones, el demandante ha debido fijar estos hechos como fundamento de su alegación. También ha debido correlacionarlos con las demás pruebas aportadas para desvirtuar el hecho declarado por el tribunal y demostrar que Nelson Hurtado agredió

primero a su victimario y que, por consiguiente, éste puede ser amparado con la causal de justificación de legítima defensa.

Si el libelista hubiera hecho este análisis, habría encontrado que otras pruebas permiten colegir al sentenciador que efectivamente Nelson Hurtado fue agredido primero con un puñetazo como se establece de las declaraciones de Jaime Eduardo Robayo Bustos y Luis Alejandro Galeano.

De manera que el hecho incorrectamente incorporado por el sentenciador como parte del contenido de los testimonios de Ana Patricia Guayambuco y Esquivel Martínez, no fue un dato inventado o surgido de la apreciación subjetiva de sus testimonios, sino un hecho relatado por otros testigos que permite ser correlacionado con aquellas declaraciones para concluir que Nelson Hurtado fue primero atacado del modo indicado.

Por razón de ello, el yerro destacado por el libelista carece de entidad para modificar el contenido de la sentencia pues si bien no corresponde a los dichos de Ana Patricia Guayambuco y Uriel Lisandro Esquivel Martínez, es exacto respecto de otros testimonios y éstos, a su turno, coherentes con aquellos. De todos ellos era posible para el Tribunal colegir que Hurtado fue agredido, sin motivo, por uno de los contertulios y, por consiguiente, quien le causó la herida mortal no actuó en defensa de un bien que se encontrara en peligro de ser lesionado.

En relación con el segundo de los errores de hecho que a juicio de casacionista se produjo, respecto del testimonio de Jaime Eduardo Robayo Bustos cuando el Tribunal sostuvo sin razón que dicho testigo afirmó haber visto cuando alguien se abalanzó contra Nelson Enrique Hurtado con cuchillo en mano y lo hirió en el cuello, sin percatarse de la existencia de más personas en torno de víctima y victimario, la Delegada considera que el libelista se equivoca.

Esto por cuanto dicho testigo efectivamente percibió cuando Nelson Hurtado era agredido, pero no vio que previamente al ataque se hubiera presentado alguna contienda o que otras personas distintas del procesado hubieran participado en dicha agresión.

Respecto de la declaración de Yolanda Sarmiento tampoco existe dificultad para reconocer que ella describió únicamente la intervención del procesado BARRIGA MALDONADO en la agresión, y que aparte de éste y de Hurtado, nadie más estaba interviniendo en el pleito, como fue el contenido que el sentenciador asumió de estos testimonios. De ellos tampoco se puede colegir, como se insinúa por el censor, que Hurtado hubiera tenido algún enfrentamiento con Mayorga Niño o que un grupo de amigos de la víctima hubiera intervenido en la pelea.

En cuanto al tercero de los errores que atribuye al fallo, relativo a la adición de algunos hechos dentro del testimonio de Jaime Eduardo Robayo Bustos, destaca la Delegada que el censor apenas lo enuncia pues no entra en su demostración.

El recurrente, además, aduce que el Tribunal no apreció el testimonio de Yolanda Sarmiento de acuerdo con las reglas de la sana crítica y por ello pudo construir el indicio de mentira. No obstante, no establece de qué manera fueron transgredidas las normas de apreciación probatoria ni analiza el indicio construido por el Tribunal para destacar un yerro en su construcción que permita modificar el contenido de la sentencia impugnada.

Respecto del otro de los errores de apreciación probatoria que el casacionista denuncia, la Delegada aclara que el demandante saca de su contexto las consideraciones del Tribunal. En ellas se precisa que aún bajo el supuesto de que algunos contenidos probatorios que respaldan la tesis de la defensa, pudieran ser creíbles, de todos modos no conducirían al reconocimiento de la justificante por ausencia de sus elementos estructurales.

A partir de este punto, el libelista se dedica a exponer que las pruebas habían podido apreciarse de otra manera pero sin demostrar la existencia de errores alegables en casación. Además, dejó de desarrollar la idea inicialmente expuesta, relativa a la omisión de recaudo de algunas pruebas, la cual, además, ha debido plantear al amparo de la causal tercera.

Por lo anterior, concluye, el cargo no debe prosperar.

SEGUNDO CARGO.

La Delegada memora que en el escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia, el defensor pidió el análisis del exceso en la legítima defensa, las condiciones personales y culturales del procesado, la legítima defensa putativa y el estado de ira.

El Tribunal únicamente se ocupó de dar respuesta a las inquietudes del apelante relacionadas con la legítima defensa, cuya aplicación descartó ante la gran incertidumbre para determinar el origen de la disputa. Argumentó que un sector de los testigos aseguró que alguien le había pegado a Nelson, otro sostuvo que fue éste quien atacó a José Alberto Mayorga y un tercer grupo comentó que únicamente vieron el instante en que alguien se abalanzó con cuchillo en contra de Nelson.

El Tribunal dijo que en el evento de llegar a aceptarse que Nelson atacó a José Alberto Mayorga, no había necesidad de defensa de un tercero porque la vulneración al bien jurídico ya se había producido y el grado de afectación no tenía la magnitud para responder con ataque como el que perpetró el sindicado.

Se plantea allí también, que si fue José Alberto Mayorga quien primero atacó a Nelson,

no podía dicho sujeto alegar una legítima defensa.

En cuanto al tema de la ira como diminuyente punitiva, el Tribunal apenas adujo que ante la dificultad de establecer el origen de la disputa, mal podía atribuirse un comportamiento ajeno grave e injusto a cualquiera de los contrincantes. Añadió que de predicarse esta situación en José Alberto Mayorga, era preciso concluir que fue éste quien actuó en forma grave e injusta contra Hurtado.

Considera entonces que los temas relacionados con la defensa putativa, o la creencia errada de que José Alberto Mayorga estaba siendo objeto de ataque injusto a su integridad personal por un número plural de sujetos no fueron analizados por el Tribunal. Sin embargo ha debido estudiarlos, en tanto que el recurrente demostró con su crítica probatoria la viabilidad de su tesis.

Tampoco hubo respuesta alguna a los argumentos relacionados con la condición personal del procesado, de quien se dijo que se encontraba bajo los efectos de sustancia etílica, y afectado por factores tales como el ambiente, la cultura, las costumbres, la idiosincracia o las circunstancias concretas del delito. Empero, esto ningún comentario le mereció al fallador.

Agrega que la omisión de respuesta al pedimento del recurrente constituye un irrespeto al sujeto procesal y a la garantía de defensa, pues deja su intervención como un formalismo cuyo contenido no era necesario estudiar con la atención debida.

El silencio sobre los temas presentados a consideración del juez, dice, trascendió a la nulidad del proceso en tanto restringió las posibilidades defensivas del imputado.

Ciertamente, la exposición consignada en la impugnación resultaba coherente con la expresión probatoria y en ella se hicieron notar las inconsistencias analíticas sobre temas específicos que incidían en la responsabilidad del acusado, lo que motivó interponer la casación para obtener una respuesta explícita a sus pedimentos.

Considera, entonces, procedente el ataque propuesto por el demandante, en tanto hubo vulneración al contenido del numeral 4º del artículo 180 del Código de procedimiento penal de 1991 que exige en la redacción de las sentencias el análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas en que se funda la decisión. Tal irregularidad genera la nulidad prevista en el numeral segundo del artículo 304 ejusdem, al afectar el debido proceso.

Si bien esta nulidad afecta únicamente la sentencia, ésta no puede ser corregida directamente por la Corte en cuanto su causa implica conocer los argumentos del Tribunal para la confirmación de la sentencia del a quo, por lo que se impone la devolución del expediente al tribunal de origen para que se pronuncie sobre los motivos de la impugnación.

Por lo anterior, sugiere a la Sala casar la sentencia impugnada, declarar la nulidad del fallo de segunda instancia y devolver el expediente al Tribunal de origen para que allí se realice un pronunciamiento sobre las peticiones concretas del recurrente, conforme a lo dispuesto por el artículo 180-4 del Código de procedimiento penal de 1991 (fls. 12 y ss. cno. Corte).

SE CONSIDERA:

En acatamiento del principio de prioridad que rige los motivos denunciados en casación, al cual no se aviene el demandante, tampoco la Delegada, la Corte aprehenderá primero el examen del cargo relativo a la ineficacia de lo actuado, pues de lograr prosperidad ningún sentido tendría abordar el postulado con apoyo en la causal primera.

SEGUNDO CARGO: (Nulidad por violación del debido proceso y el derecho de defensa).

Es cierto, como se plantea por el demandante y se alude por el Ministerio Público, que el carácter dialéctico y contradictorio que el proceso penal ostenta en un Estado social y democrático de derecho como el que en nuestro medio se encuentra en proceso de construcción, exige que su adelantamiento se sujete estrictamente a los principios y valores establecidos por la Carta Política, y a las reglas y ritualidades que para su trámite la ley prevé como presupuesto de validez de los actos que lo componen. Entre éstos se incluye el derecho de defensa en su doble dimensión, técnica y material, y como manifestaciones de éste el de aportar y controvertir pruebas, de impugnar las decisiones que se consideren lesivas de su interés jurídico, y de acudir a la segunda instancia, salvo las excepciones normativamente previstas.

En orden a facilitar el ejercicio de tales garantías, el artículo 180 del Decreto 2700 de 1991 (reproducido por el artículo 170 de la ley 600 de 2000), establece los requisitos que debe contener la sentencia, entre los que se incluye el deber para el juzgador de expresar las razones fácticas y jurídicas que sustentan su decisión. Si ésta es inmotivada, incompleta, ambigua, equívoca, dilógica, o ambivalente, no sólo dificulta el conocimiento claro de la declaración del derecho sino a las partes comprender las razones en que se fundamenta, e imposibilita su controversia mediante el ejercicio de los recursos pertinentes. También por dicha vía, transgredir el debido proceso, que como motivo de ineficacia de los actos procesales, en el código derogado aparecía establecido en el artículo 304-2 y hoy en día en el artículo 306-2 de la ley 600 de 2000, denunciable en sede extraordinaria a través de la causal tercera de casación.

Al respecto la Corte ha dicho:

“El proceso penal, en esencia, es un escenario de controversia. A través de él el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico. Esa actividad, sin embargo, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria. La ley establece las reglas de su

adelantamiento y a ellas debe sujetarse la actividad del Fiscal, del Juez y de las partes. Es la manera de ordenar el debate procesal, el cual, adicionalmente, debe encontrarse permanentemente ceñido a los principios impuestos por la Constitución Nacional, como condición de validez de los actos del proceso. El derecho del sindicado a la defensa durante toda la actuación judicial y como expresiones de éste los de contradicción e impugnación, hacen parte de esas garantías, que de no cumplirse tornan el proceso en inconstitucional, debiendo acudir al mecanismo jurídico de la nulidad como forma de saneamiento de la conculcación.

“La Constitución Política, aunque le permitió excepcionar al legislador, consagró en el artículo 31 el principio de la doble instancia frente a las sentencias judiciales, bien por vía de apelación o de consulta. El artículo 29, por su parte, estableció como derecho fundamental procesal del sindicado el de impugnar la sentencia condenatoria, el cual naturalmente opera, salvo las excepciones legales (procesos de única instancia), frente a los fallos que por disposición de la ley deban consultarse. La posibilidad de acceso a la segunda instancia, sin embargo, está condicionada por la ley. El recurso, en primer lugar, debe ser interpuesto oportunamente y, en segundo, ser sustentado por escrito ante la primera instancia o en forma oral ante el superior jerárquico.

“La fundamentación de la apelación, por el aspecto indicado, es ya un acto trascendental. No le basta al recurrente afirmar una inconformidad general frente a la providencia que recurre, sino que le es imperativo concretar aquello de lo que disiente presentando los argumentos de hecho y de derecho que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada. Sustentar indebidamente, en consecuencia, es como no hacerlo, y la consecuencia de la omisión es que el recurso se declara desierto (se destaca).

“Es claro, entonces, de acuerdo a lo anterior, que la sustentación de la apelación es una carga del impugnante, que se constituye en un acto condición para acceder a la segunda instancia. Pero cumplido el requisito, dicha fundamentación –en tanto

identifica la pretensión del recurrente- adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados, de acuerdo a como lo dispone el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. La sustentación, en otras palabras, fija el radio de acción del funcionario de segunda instancia y es limitativa de su actividad.

“Si los fundamentos de la impugnación establecen el objeto de pronunciamiento del funcionario de segundo grado y ellos están referidos a discutir los términos y conclusiones de la decisión de primera instancia, es clara la relación de necesidad existente entre la providencia impugnada, la sustentación de la apelación y la decisión del Juez de segunda instancia. Providencia impugnada y recurso, entonces, forman una tensión, que es la que debe resolver el superior. Se trata de una de las manifestaciones más decantadas del principio de contradicción o controversia que rige el proceso penal y que explica el deber legal que tiene el Juez de integrar a la estructura del fallo el resumen de los alegatos presentados por las partes y el de analizarlos, de acuerdo a como se encuentra previsto en los numerales 3º y 4º del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal.

“Si el derecho de contradicción hace parte del derecho de defensa y los dos son elementos que estructuran la garantía del debido proceso constitucional, no oír a las partes constituye una irregularidad insubsanable, un acto de despotismo jurisdiccional que socava la esencia controversial del proceso penal y que por lo mismo no se puede tolerar.

“Si el sujeto procesal tiene la carga de sustentar, se logra el equilibrio con la imposición al Estado de escucharlo, analizar lo que dice y ofrecerle una respuesta motivada. La técnica de la casación, por otro lado, no se explica sino en concordancia con estas exigencias. Una sentencia inmotivada dificulta hasta hacer imposible, la crítica clara y la impugnación precisa de sus premisas o sus conclusiones. Los falladores deben

comprometerse con el contenido del proceso para que sus análisis puedan luego ser debatidos en el recurso extraordinario dado que este demanda atacar sus fundamentos y demostrar la inconsistencia de los juicios de valor allí formulados” (Cfr. Sent. Cas. marzo 25/99. M.P. Mejía Escobar. Rad. 11279).

En este evento, el demandante acusa a la sentencia del Tribunal de carecer de motivación por no haber dado respuesta a las reclamaciones de la defensa, expuestas en la sustentación de la apelación a la sentencia de primera instancia, donde, según se indica en el libelo, se planteó “la necesidad de fundar la sentencia de segunda instancia, en el análisis imparcial, equitativo y profundo de los distintos medios probatorios, para demostrar fehacientemente, que la conducta de BARRIGA MALDONADO encuadraba dentro de los parámetros de la LEGÍTIMA DEFENSA, en EXCESO”.

Esta apreciación del recurrente, carece de fundamento. Para demostrarlo, baste recordar que en el capítulo destinado en el referido libelo a los “fundamentos de la impugnación”, se expresó que “la inconformidad de la defensa se centra exclusivamente en la causal de justificación en exceso, impetrada por la defensa durante toda la actuación procesal, y que la ilustre discernidora de justicia no quiso reconocer” y agregó:

“No puede compartir este togado, el análisis y valor probatorio otorgado por la Ilustre Señora Juez al testimonio de YOLANDA SARMIENTO, para en cuyo fundamento descartar la agresión simultánea de que fuera víctima MAYORGA NIÑO, y en forma análoga desconocer de plano, la agresión de que fuera víctima BARRIGA MALDONADO, al acudir en pro de su consanguíneo. Menos aún se puede compartir, el que se concluya que existen versiones según las cuales, presenciaron, cuando BARRIGA MALDONADO, sin más ni más, agrede con cuchillo en el cuello a NELSON ENRIQUE, cuando del texto de los demás testimoniantes, en parte alguna obran dichas afirmaciones, pues, la casi totalidad de los testimoniantes coinciden en afirmar, no haber presenciado el momento mismo, cuando le fueron irrogadas las heridas al hoy occiso”.

Seguidamente, el apelante se dedicó a cuestionar la “credibilidad del testigo de cargo” para lo cual acude a lo declarado por José Alberto Mayorga Niño, Ana Patricia Guayambuco, Uriel Lisandro Ezequiel Martínez, Jaime Eduardo Robayo Bustos, Alejandro Galeano Pinzón. Concluyó entonces que “BARRIGA MALDONADO se ve en la imperiosa necesidad de acudir inmediatamente en pro de su compañero, pues dos o tres personas están golpeándolo, esto es, que se encuentra su compañero en inferioridad numérica para enfrentar sus contrincantes, circunstancia que hace que BARRIGA MALDONADO extraiga el arma cortopunzante como seguridad, para repeler, para él en ese momento, el injusto y desequilibrado ataque que se cernía contra la vida e integridad personal de su compañero”.

“...Sólo al percibir que su compañero estaba siendo atacado por dos o más personas, es cuando opta por acudir en su pro, utilizando para ello, el arma cortopunzante que por olvido o no llevaba consigo. Muy fácil resulta juzgar una conducta con la óptica del fallador o del litigante, pero bien distinto es ubicarse en el momento y prosenio de los hechos...”.

“Pero a todo lo anterior debemos agregar, la idiosincrasia, el grado cultural, la formación, el medio y demás circunstancia que inciden en el actuar del sujeto agente. Las causas endógenas y exógenas que inciden al momento mismo de su actuar. No podemos dejar de lado, el estado de embriaguez que para el momento aquejaba a mi defendido, quien reconoce haberse tomado doce cervezas, más el aguardiente que pudo haber ingerido durante su estadía en este último establecimiento”.

“...Por ello la defensa ha impetrado en pro de BARRIGA MALDONADO, el exceso en la legítima defensa, por considerar que se excedió en los medios utilizados para la defensa, pero que dado su estado de beodez, las condiciones de visibilidad y del medio donde se encontraba, lo llevaron a utilizar el arma cortopunzante que llevaba consigo, como único medio para repeler el ataque inminente y efectivo que se cernía contra la vida e integridad

personal de su compañero”.

“...Subsidiariamente y basamentado en el estado emocional que aquejaba al encausado para el día de los hechos, ya por el trago, ya por ver golpear a su compañero inmisericordemente por dos o más persona, observándolo en estado lamentable, pues presentaba sangrado en su rostro; impetro en pro de BARRIGA MALDONADO, se le reconozca la diminuyente punitiva de la IRA, siendo este el único medio legal, para que nuestros campesinos de bien, no paguen la actual pena impuesta para el homicidio y sí la de los diez años que demandaba la legislación anterior”.

Se nota, pues, sin mayor esfuerzo, que la discrepancia de la defensa con el fallo de primera instancia, radicó, en primer término, en el no reconocimiento de la diminuyente punitiva relativa al exceso en la legítima defensa, y, en segundo lugar, de manera subsidiaria, en que se reconociera que el procesado actuó en situación de ira.

Respecto del primer punto, en el fallo de segunda instancia, después de hacer alusión a lo que normativa y doctrinariamente es entendido como legítima defensa y la entidad de la prueba requerida para su reconocimiento, se sostuvo que “en el presente evento, esa claridad o demostración de los elementos de la justificante no se encuentran; por el contrario, se presenta gran incertidumbre sobre el origen de la reyerta que culminó con la muerte de NELSON ENRIQUE HURTADO”.

Precisó el ad quem, además, lo siguiente:

“Efectivamente, ANA PATRICIA GUAYAMBUCO (fl. 56), URIEL LISANDRO ESQUIVEL MARTÍNEZ (fl. 59) y LUIS ALEJANDRO GALEANO PINZÓN (fl. 65), en sus respectivas deponencias, indican que a NELSON ENRIQUE HURTADO le fue propinado un puño por una persona que estaba en la discoteca, sin saber el motivo para ello, por lo que se presentó un pequeño altercado con intercambio de golpes; entre tanto, JOSÉ ALBERTO MAYORGA NIÑO (fls. 34, 98 y 158), DANIEL MAYORGA LATORRE (fl. 100), MARTHA LILIANA MAYORGA

NIÑO (fl. 79) y el procesado (fls. 5 y 30), palabras más, palabras menos, refieren que el primero de los nombrados fue atacado sin motivo aparente por la ahora víctima.

“Deviene así una pregunta obvia, aceptándose que se presentó intercambio de golpes, porque no de otra manera se entiende la reacción del acusado: quién golpeó primero a quién, y por qué?. La respuesta no aparece en el proceso pues YOLANDA SARMIENTO (fl. 32) y JAIME EDUARDO ROBAYO BUSTOS (fl. 64) señalaron que vieron cuando alguien se abalanzó contra NELSON ENRIQUE HURTADO, con cuchillo en mano, y lo hirió en el cuello, sin percatarse de la existencia de más personas en torno de la víctima y victimario, o de altercado alguno.

“Aceptándose en gracia de discusión que el hoy occiso fue quien dio comienzo a la pelea, asestándole un puñetazo a JOSÉ ALBERTO MAYORGA NIÑO, porque sacó a bailar a una muchacha, o empujó o pisó a alguno de ellos -acompañantes de Nelson Enrique-, este mismo es claro en indicar que ello ‘no fué (sic) grave no me pegaron duro, no fué (sic) de gravedad’ (fl. 99), lo que lleva a pregonar que no se hacía necesario que se le defendiera, pues, en primer lugar, ya se había producido la vulneración al bien jurídico de la integridad personal de José Alberto Mayorga Niño, y, en segundo término, la agresión no fue de tal magnitud que ameritara una respuesta de esa índole.

“Pero si fue JOSÉ ALBERTO MAYORGA NIÑO quien primero golpeó a NELSON ENRIQUE HURTADO y ante esto él y uno de sus compañeros de tertulia (Luis Alejandro Galeano Pinzón) respondieron con golpe casi simultáneo, momento apreciado por el aquí acusado, es inadmisibles prodigar en estas condiciones la defensa de quien dio origen a la reyerta, pues quien primero actuó antijurídicamente no puede escudarse bajo el sofisma de tener que defenderse de un ataque que él mismo propició, no ser que enfrascados en combate aquella persona ataque con arma o en forma superior.

“Por consiguiente, no se presenta la causal de justificación, haciéndose inane analizar si se excedió los límites propios de la misma, porque ésta no puede emerger sin la existencia de la primera, razón por la cual no prospera la petición del defensor sobre el reconocimiento de la legítima defensa, o al menos en exceso”.

Y, en relación con el segundo de los temas propuestos por el impugnante en la sustentación de la alzada, indicó el ad quem que “tampoco es posible considerar que la reacción del procesado se debió como consecuencia del estado anímico denominado ‘ira’, por cuanto como se anotó anteriormente, no se tiene seguridad de si fue NELSON ENRIQUE HURTADO el promotor de la pelea, o lo fue JOSÉ ALBERTO MAYORGA NIÑO, último caso en el cual igualmente no se puede prodigar tal comportamiento porque la ira se origina de ‘comportamiento ajeno grave e injusto’, y en tal evento fue MAYORGA NIÑO quien actuó en forma grave e injusta contra HURTADO”.

Ello indica, contrario al parecer del demandante y la Delegada, que el Tribunal sí se ocupó de dar respuesta a los temas propuestos por la defensa al sustentar la impugnación contra el fallo de primera instancia. Es lo cierto que, después de analizar lo expuesto por Yolanda Sarmiento, José Alberto Mayorga Niño, Ana Patricia Guayambuco, Uriel Lisandro Martínez, Jaime Eduardo Robayo Bustos, Alejandro Galeano Pinzón y el procesado, concluyó que no se daban los presupuestos para reconocer las diminuciones punitivas al exceso en la legítima defensa y la ira.

Situación distinta, es que no lo hubiere hecho con la extensión y puntualidad deseada por el impugnante, y que las conclusiones probatorias del juzgador de alzada no coincidan con las del recurrente, pero lo cierto del caso es que el Tribunal no se marginó de la discusión propuesta. No en vano analizó las distintas posibilidades probatorias

que surgían de los dos grupos de testigos, el primero de los cuales referían la ocurrencia de una trifulca, y el segundo que José Alberto Mayorga Niño fue atacado sin motivo por Nelson Enrique Hurtado y estableció que, en cualquier caso, los presupuestos para aplicar las mencionadas disminuentes, no se hallaban reunidos.

De otra parte, como es destacado por la Delegada, en la sustentación del recurso de alzada el impugnante también hizo alusión a las circunstancias personales en que se encontraba el acusado al momento de los hechos. Empero, no puede perderse de vista que dichas consideraciones las hizo depender de la demostración de haber actuado en exceso de la legítima defensa y, subsidiariamente, en situación de ira, las cuales fueron desechadas por los juzgadores.

No de otra manera podía entenderse que en el recurso se afirmara que “si la defensa fue (sic) más enérgica que el conflicto, todo obedeció a la tempestad de ánimo que acompañó al justiciable en su difícil trance de ver atacado a su compañero y amigo por dos o más personas, en sus primarios derechos, conculcados para BARRIGA MALDONADO, inmisericordemente por quien a la postre llevó la peor parte en la injusta disputa. Subsidiariamente y basamentado en el estado emocional que aquejaba al encausado para el día de los hechos, ya por el trago, ya por ver golpear a su compañero inmisericordemente por dos o más personas, observándolo en estado lamentable, pues presentaba sangrado en su rostro; impetro en pro de BARRIGA MALDONADO, se le reconozca la diminuyente punitiva de la IRA”.

Es verdad que en algún aparte del libelo sustentatorio de la impugnación mencionó que el consumo de alcohol hace que algunas personas “actúen como verdaderos autómatas, enajenados mentales destruidos por el alcohol o el consumo de cerveza, que sin quererlo, sin desearlo, en la mayoría de los casos, matan, pero matan a su vecino o al mejor de sus amigos, pero que es avanzado su estado de enajenación mental, que ni siquiera

se percatan de lo que han hecho, y por ello son presa fácil de los custodios públicos”. Sin embargo, no enlazó dicha argumentación con las apreciaciones probatorias del juzgador de primera instancia o con algún medio particular de convicción como para que de ellas pudiera llegar a inferirse una situación de inimputabilidad posible de reconocer por el Tribunal.

Precisa la Sala, finalmente, que a propósito de abundar en razones que den sustento a su petición, la Delegada incurre en el desacierto de suponer pretensiones no expuestas expresamente por la defensa en el memorial impugnatorio contra la sentencia de primera instancia, y, por lo mismo, no alegadas por el demandante en casación, con lo cual desborda el ámbito en que opera el recurso extraordinario.

Tal el caso de afirmar que el defensor “en el escrito de sustentación del recurso de apelación, también plantea la posibilidad de una defensa putativa al creer que la agresión contra su amigo y consanguíneo Mayorga era injusta”, cuando lo que allí expresamente se indica es que “la inconformidad de la defensa se centra exclusivamente en la causal de justificación en exceso, impetrada por la defensa durante toda la actuación procesal” (resalta la Sala) (fl. 217), y, “subsidiariamente” en el reconocimiento de la ira, sin que hubiere siquiera insinuado que el procesado obró con la convicción errada e invencible de estar amparado por una causal de justificación.

El error de la Delegada, radica en extractar sólo una parte del párrafo contenido en el memorial sustentatorio de la apelación, donde se indica que por haber visto el procesado que dos personas agredían simultáneamente a su amigo, quien además manaba sangre de su rostro, esto “le hizo considerar como una agresión, actual e injusta”. No toma en cuenta, que a renglón seguido el libelista aclara su postura, al precisar que “por ello, la defensa ha impetrado en pro de BARRIGA MALDONADO, el exceso en la legítima defensa, por considerar que se excedió en los medios utilizados para la defensa”.

Por razón, entonces, de no haberse presentado una solicitud concreta sobre el tema a que hace alusión la Delegada, el Tribunal no tenía porqué responder una inquietud que no le había sido planteada, y del cual la Sala no puede ocuparse en sede extraordinaria, por no haber sido postulado en la demanda.

El cargo no prospera.

PRIMER CARGO (Violación indirecta de la ley)

Varios desaciertos de orden técnico y de fundamentación en el desarrollo del ataque, dan al traste con las aspiraciones desquiciatorias que contra el fallo del segunda instancia el casacionista presenta.

Sostiene que el juzgador ad quem tergiversó la expresión fáctica de lo declarado por Ana Patricia Guayambuco y Uriel Lisandro Esquivel Martínez “para inferir, colegir que al hoy occiso Nelson Enrique Hurtado le fue propinado un puño por una persona, sin que se conozca el motivo del mismo”, con lo cual da a entender que el yerro probatorio se ubica en el ámbito en que opera el falso juicio de identidad. No obstante, es el casacionista quien cercena la consideración del Tribunal que llegó a dicha conclusión no a partir de lo declarado exclusivamente por aquellos, sino, en su deber de apreciar las pruebas en conjunto, también con fundamento en otros medios, en el caso particular en lo expresado por Luis Alejandro Galeano Pinzón.

Dijo el Tribunal:

“Efectivamente, ANA PATRICIA GUAYAMBUCO (fl. 56), URIEL LISANDRO ESQUIVEL MARTÍNEZ (fl. 59) y LUIS ALEJANDRO GALEANO PINZÓN (fl. 65), en sus respectivas deponencias, indican que a NELSON ENRIQUE HURTADO le fue propinado un puño por una

persona que estaba en la discoteca, sin saber el motivo para ello, por lo que se presentó un pequeño altercado con intercambio de golpes...”.

En efecto, no obstante que Ana Patricia Guayambuco y Uriel Lisandro Esquivel Martínez, no declararon expresamente haber observado lo que acaba de indicarse, es lo cierto que sí manifestaron haberse enterado que Hurtado estaba siendo objeto de una agresión.

En tal sentido, Ana Patricia Guayambuco (fl. 56), manifestó que Nelson se quedó solo sentado en la mesa mientras ella bailaba con Uriel, cuando éste le dijo “mire mi amor le están pegando a un compañero mío, y no alcanzamos ni a bailar ni la mitad del disco URIEL salió corriendo hacia allá yo salí corriendo detrás de él y me fui para donde estaba NELSON que estaba al fondo ya no estaba en la mesa, cuando yo llegué NELSON le dijo a TOLIMA o sea a URIEL me dieron, inmediatamente casi se desmaya y lo sacaron, el ya estaba herido por acá, la declarante señala el cuello, yo no vi cuando le dieron ni con qué lo hirieron ni quién”.

Uriel Lisandro Esquivel Martínez (fl. 59), a su turno, sostuvo: “el compañero de trabajo, el finado, él quedó en la mesa, yo me fui a bailar, yo estaba bailando me dijo una muchacha mire que le están pegando a su compañero yo corrí hacia la mesa, hacia la mesa donde él estaba sentado donde habíamos estado antes y todo el mundo estaba quieto, él el finado estaba hacia el rincón de la discoteca y él me llamó me dijo el finado Tolima me dañaron, yo lo miré y no le veía nada, cuando dijo así yo voltié (sic) y salí, el portero que estaba en la taberna lo sacó...”

Esta circunstancia, de haberse enterado estos declarantes de la agresión cometida contra Nelson Enrique Hurtado, a pesar de no haber brindado mayores detalles sobre el particular, fue tomada por el sentenciador junto con lo narrado por Luis Alejandro

Galeano, quien fue más específico al respecto:

“Pues yo estaba en la discoteca Bulevar acá en Chocontá, estaba con NELSON ENRIQUE HURTADO y con otro muchacho que no sé el nombre que se hallaba durmiendo sobre la mesa porque estaba borracho y estaba otro muchacho, el que empezó el problema, no sé cómo se llama, estábamos los cuatro en una mesa, Nelson nos estaba dando aguardiente, no sé de quién era la botella de aguardiente de las pequeñas de media botella, de la que estaba sirviendo Nelson; en ese momento el muchacho que estaba en la mesa con nosotros que no le sé el nombre le puso un puño a NELSON ENRIQUE HURTADO en la cara, no sé por qué le pegaría porque no hubo discusión ni nada, empezaron entonces ellos dos a darse golpes o puños mejor dicho dentro de la discoteca, ahí en la misma mesa y yo al ver eso me levanté de la mesa y pues al ver eso le di un puño en la cara al muchacho que le había pegado a Nelson Enrique Hurtado y me retiré de la mesa un poquito hacia atrás, hacia el fondo y entonces vi como el reflejo que alguien iba corriendo hacia la mesa donde estaba Nelson y yo voltié (sic) a mirar y ya pues esa persona había cortado a NELSON ENRIQUE en el cuello...” (fl. 65).

De manera que la consideración del juzgador, al sostener que “a NELSON ENRIQUE HURTADO le fue propinado un puño por una persona que estaba en la discoteca, sin saber el motivo para ello, por que se presentó un pequeño altercado con intercambio de golpes”, corresponde no sólo a la noticia que de la agresión hacia la víctima tuvieron Ana Patricia Guayambuco y Uriel Lisandro Esquivel Martínez, sino de lo manifestado por Luis Alejandro Pinzón quien presenció directamente el hecho declarado por el Tribunal. Fue entonces a partir de estas tres declaraciones que encontró acreditada la existencia del hecho que el censor insularmente cuestiona.

En este sentido, asiste razón a la Delegada al sostener “que el hecho que incorrectamente

incorporó el sentenciador como parte del contenido de los testimonios de Ana Patricia Guayambuco y Esquivel Martínez, no fue un dato inventado o surgido de la apreciación subjetiva de sus testimonios, sino un hecho relatado por otros testigos que permite ser correlacionado con aquellas declaraciones para concluir, sin violentar las reglas de la apreciación testimonial, que Nelson Hurtado fue agredido primero con un puñetazo” y colegir que “quien le causó la herida mortal no actuó en defensa de un bien que se encontrara en peligro de ser lesionado”.

Denuncia el casacionista, asimismo, que el Tribunal incurrió en error de hecho “al atribuirle efectos probatorios que no obran, se infieren o forman parte del contexto” de lo narrado por Jaime Eduardo Robayo Bustos al declarar que éste, y Yolanda Sarmiento, “señalaron que vieron cuando alguien se abalanzó contra NELSON ENRIQUE HURTADO, con cuchillo en mano, y lo hirió en el cuello, sin percatarse de la existencia de más personas en torno de víctima y victimario, o de altercado alguno” (se destaca).

Contrario al parecer del demandante, al cotejar el acta de la declaración del aludido testigo, se establece que el sentenciador respetó fielmente el contexto objetivo del mencionado medio, lo cual de suyo descarta la configuración del presunto falso juicio de identidad en la apreciación probatoria que pretende denunciar. En efecto, Jaime Eduardo Robayo Bustos manifestó haber observado el instante en que Nelson Enrique Hurtado era objeto de la agresión que le causó la muerte, sin que hubiera presenciado alguna riña o contienda entre víctima o victimario o que en ella hubieren intervenido otras personas.

Dijo al respecto:

“...yo salí a bailar y fue cuando pegaron un grito y yo vi cuando un muchacho le mandaba con un cuchillo una puñalada a NELSON aquí por el cuello, y un muchacho que le dicen Tolima con Alejandro alzarón a Nelson y lo llevaron para el Hospital, eso fue todo lo que yo

vi yo estaba bailando como a unos seis metros de donde fue herido....No se quien hirió a Nelson, no había visto antes a esa persona, no sé por qué lo hirió tampoco, después de que lo hirió salió a correr...No lo vi peleando, sólo vi cuando un muchacho le mandaba la puñalada al cuello” (fl. 64).

Pero la consideración del Tribunal, no se fundó tan sólo en lo narrado por este declarante, sino en el relato que de los hechos hiciera Yolanda Sarmiento quien dijo:

“Yo estaba sentada en la discoteca Bulevar, le dicen el hueco, esperando que una amiga acabara de bailar, mi amiga se llama MARINA, cuando escuché un ruido de una botella de aguardiente, salí a mirar y ya le estaban pegando a NELSON, el señor BARRIGA, le dio una puñalada en el brazo y le mandó la otra en el cuello, después lo mandaron a donde yo estaba sentada él quedó ahí y luego empezó a botar sangre y se tapó la cara y yo lo cogí a sacarlo de donde lo dejaron...Yo no vi nada más ahí...Yo vi sólo a ellos, estaban dentro de la discoteca , había harta gente pero la gente corría era a salirse...Yo no vi sino al señor BARRIGA dándole la puñalada a NELSON”.

Estos testigos son claros en precisar que en el momento de la agresión, o antes de ella, no observaron la participación de personas distintas al victimario o la víctima, y este relato fue el que el Tribunal incorporó en su decisión sin que al hacerlo hubiere distorsionado su contenido, menos aún si de sus expresiones no se establece que la víctima o un grupo de amigos suyos se hubiera enfrentado con Mayorga Niño como para afirmar que ello determinó la intervención del procesado, según se aduce por el recurrente.

Aquí nuevamente asiste razón a la Delegada al conceptuar que lo que el censor critica es la posición del Tribunal “porque con apoyo en algunas pruebas declaró probados unos hechos contrarios a los que favorecen las pretensiones del libelista y agrega que dichos medios de convicción le sirvieron para rechazar la credibilidad que se debe a otros testimonios, pero, respecto de estos últimos, no señala la existencia de yerro alguno

que haya afectado el contenido de la sentencia, dejando el planteamiento en una simple confrontación sobre el valor que se debe asignar a unas u otras pruebas”.

Con el propósito de enunciar la configuración de un nuevo error de apreciación probatoria por parte del Tribunal, el censor sostiene que en el fallo materia de ataque se hicieron agregados a las manifestaciones de Jaime Eduardo Robayo Bustos, a fin de corroborar la versión de los hechos suministrada por Yolanda Sarmiento y hacerla coherente con la de aquél.

Sin embargo, el casacionista no ofrece ningún desarrollo y demostración a su propuesta, la que deja en su solo enunciado, toda vez que no indica cuáles concretamente fueron las adiciones realizadas al testimonio de Robayo Bustos, ni establece la repercusión negativa que ello pudo haber tenido para los intereses de su representado, lo que impide a la Corte entrar a verificar si le asiste razón en la postulación del ataque.

A pesar de lo defectuoso de su planteamiento, a renglón seguido el demandante supone haber logrado demostrar la existencia de los errores de apreciación probatoria, y retoma lo relativo al testimonio de Yolanda Sarmiento para afirmar tan sólo que su dicho “resulta controvertido por la casi totalidad de deponentes que atendieron el llamado del instructor”. Pero no indica concretamente a cuáles medios se refiere, ni en qué específicamente consistió el yerro del juzgador que diera lugar al no reconocimiento de la disminuyente punitiva que invoca.

Contrariando la exigencia de claridad y precisión en la formulación del reproche, el casacionista sostiene que el tribunal omitió apreciar acorde con las reglas de la sana crítica el testimonio de Yolanda Sarmiento para inferir el indicio de mentira, pero no indica cuáles fueron los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia que desconoció el juzgador ni dedica espacio alguno a demostrar cómo construyó el indicio de mentira o el error cometido en tal actividad.

Afirma asimismo que dicha omisión resulta más evidente al abstenerse el Tribunal de exponer razonadamente el mérito que le asiste a cada una de las pruebas en que funda su decisión, pero no toma en cuenta que los fallos de primera y segunda instancia integran una unidad jurídica inescindible en aquellos aspectos que no hubieren sido materia de modificación con ocasión del pronunciamiento del ad quem.

Tampoco que en este caso el Tribunal confirmó íntegramente la sentencia de primer grado y que en ésta se indicó que “las versiones de quienes dan cuenta haber presenciado cuando BARRIGA MALDONADO, sin más, agrede con un cuchillo en el cuello a NELSON ENRIQUE, a quien catalogan también como una persona pacífica y tranquila, merecen mayor credibilidad, pues como se ha visto, no ofrecen indicio alguno de interés en querer perjudicar al sindicato, sencillamente por cuanto ninguna clase de enemistad o relación con éste reputan. Versiones que se limitan a exponer lo por ellos percibido, sin dubitación alguna, y coincidentes entre sí” (fl. 203 y ss.).

Entonces, este otro aspecto de la censura no sólo carece de fundamento sino que ha debido postularse y desarrollarse de manera autónoma con apoyo en la causal tercera y no en la primera que erradamente se invoca.

Posteriormente incurre en una petición de principio al dar por demostrado precisamente aquello que debió acreditar en la demanda. Así, al abordar nuevamente el tema de la adición al testimonio de Jaime Eduardo Robayo Bustos, afirma que el tribunal olvidó tomar cuenta el dicho de este testigo en cuanto refirió que en la mesa junto con la víctima se encontraba el sujeto conocido como Juan Plumas, dormido según se dice, de manera que cuando el occiso quiso despertarlo, causó su enojo, con la consiguiente reyerta.

En este punto, es el casacionista quien hace agregados al medio, que no se establecen de su contexto objetivo lo cual resta seriedad a su propuesta. Como se ha señalado, la sugerida adición a la prueba por parte del juzgador no existió realmente, pues el

testigo refirió expresamente no haber visto a otros participantes en el hecho, distintos de la víctima y victimario. En cuanto a la referencia que hizo a la presencia de Juan Plumas, no obedeció a una percepción directa y personal del declarante, sino a comentarios que se presentaron con posterioridad al hecho: “unos dicen que fue que el muchacho que le dicen JUAN PLUMAS estaba durmiendo encima de la mesa porque estaba borracho...” (fl. 64).

En muestra elocuente del desorden argumentativo con que aborda la censura, el demandante, con la pretensión de denotar la existencia de un nuevo error de apreciación probatoria, dice que el ad quem acude a interpretaciones personales, conjeturas o suposiciones, carentes de respaldo probatorio, “al concluir que no era necesaria la defensa en pro de Nelson Enrique Hurtado, por cuanto al acudir Barriga Maldonado ya se había producido la vulneración al bien jurídico de la integridad y que dicha agresión no fue de tal magnitud que ameritara una respuesta de esa índole”.

A este respecto debe decirse que el demandante no toma en cuenta el contexto en que el juzgador de alzada hizo una tal consideración. De ese modo la tergiversa, pues éste no se refirió a la necesidad de la defensa a favor de Nelson Enrique Hurtado sino de José Alberto Mayorga Niño, y aclaró que lo hace por vía de hipótesis para el supuesto de llegar a admitir la posibilidad fáctica postulada por el defensor y la eventual credibilidad de los medios en que éste se apoya. Concluye que de todos modos no resultaría acreditada la justificante, menos su exceso, en la conducta del procesado.

Las expresiones utilizadas por el Tribunal, a las cuales el censor no es fiel, aparecen reproducidas por la Corte al resolver el cargo que antecede, donde se consigna que, aún de llegar a admitirse “en gracia de discusión” que el hoy occiso fue quien dio comienzo a la pelea, de la declaración de José Alberto Mayorga Niño se establece que la defensa no era necesaria pues la agresión ya se había producido y ésta no era de entidad tal que ameritara una respuesta como la realizada por el procesado (fl. 11 cno).

Trib.).

En últimas, lo que se evidencia en el desarrollo del cargo, es que el demandante pretende anteponer su particular percepción de los hechos a la declaración fáctica realizada por el juzgador, lo cual resulta inadmisibile en sede extraordinaria, pero sin llegar a demostrar la real existencia de errores de apreciación probatoria demandables en casación.

Ello resulta establecido de las ulteriores referencias que hace a los testimonios de José Alberto Mayorga Niño, Martha Liliana Mayorga, Alejandro Galeano, Ana Patricia Guayambuco, Uriel Lisandro esquivel Martínez, Jaime Eduardo Robayo Bustos, Yolanda Sarmiento y Daniel Mayorga, a los cuales atribuye subjetivo mérito persuasivo. De este modo pretende la prosperidad de su postura, pero sin acreditar la ilegalidad del fallo no obstante ser de su carga hacerlo.

Es de tal entidad la precariedad en la censura, que aduce no haberse tomado en consideración el testimonio de Daniel Mayorga, sin percatarse que el Juzgador de primera instancia hizo expresa referencia a lo dicho por éste, para descartarlo por no merecerle credibilidad alguna: “ Lo anterior nos está indicando que en realidad no hubo esa multicitada agresión que se pretende hacer aparecer por este testimoniante como por Martha Liliana Mayorga (fl. 79), Daniel Mayorga Latorre (fl. 100) y el mismo sindicado BARRIGA MALDONADO (fl. 5, 30), ya que de haber ocurrido así, obviamente las consecuencias para este agredido hubiesen sido mayores, y de verdad, graves” (fl. 202) (se destaca).

A estos desaciertos de orden técnico y de fundamentación, de suyo suficientes para declarar la improsperidad de la censura, se agregan otros no menos evidentes. Así, el censor omite indicar de qué manera en sede extraordinaria habrían de verse corregidos unos tales yerros probatorios, ni cómo la apreciación de dichos medios, en conjunto y

siguiendo las reglas de la sana crítica, con los demás sobre los cuales no concurre ningún tipo de error, conducirían a demostrar que el procesado actuó en legítima defensa y, además, que la defensa resultó desproporcionada a la agresión. Nada de esto siquiera ensaya, lo que denota que simplemente trató de enunciar una propuesta de ataque pero no abordó el proceso demostrativo completo.

En lugar de ello, a partir de particulares raciocinios y en total desconexión del fallo que pretende combatir, afirma simplemente que de haber procedido el Tribunal a apreciar los medios en la forma como lo propone “habría reconocido en la providencia por él proferida, a favor de JOSÉ ANTONIO BARRIGA MALDONADO, la circunstancia de atenuación punitiva de la legítima defensa en exceso, al condenarlo por el delito de homicidio simple”. Esto, no se compadece con el carácter técnico y rogado que la casación ostenta y sí, por el contrario, convierte la demanda en un alegato libre de formalidad, propio de las instancias.

Dicha falta de apego a la técnica y lógica que rige el medio de impugnación extraordinaria, resulta asimismo patentizada cuando sin invocar un cargo distinto, al final refiere que a la actuación no fueron allegados los testimonios de Juan Plumas y Martha Calderón. Sin embargo, no desarrolla el enunciado inicialmente propuesto en la “relación de pruebas no practicadas” entre las que incluyó los testimonios de Janeth Casallas, Marina N. y Sandra N., y la ampliación de la declaración de Daniel Mayorga, para lo cual ha debido acudir a la causal tercera de casación por violación del principio de investigación integral, cuya transgresión tampoco desarrolla ni demuestra.

En razón de lo anteriormente expuesto, el cargo no prospera.

Como quiera que no se casará la sentencia, y, en consecuencia, no se modifica la pena impuesta en el fallo, compete al Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad realizar la redosificación a que hubiere lugar, a propósito de la entrada en vigencia del nuevo

Código penal, y la aplicación del principio de favorabilidad (artículo 79.7 del Código de procedimiento penal).

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado para la Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen. NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Permiso

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE A. GÓMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Comisión de servicio Permiso

ALVARO O. PÉREZ PINZÓN MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE L. QUINTERO MILANÉS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

