

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

AP8248-2016

Radicación: 48836

Aprobado Acta N° 387

Bogotá, D. C., noviembre treinta (30) de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS

La Corte estudia si la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Exilio Daza Rodríguez reúne los requisitos para ser admitida, en orden a que la Sala, en sede de casación, emita un pronunciamiento de fondo frente a la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Cali el 30 de junio pasado, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 18 Penal del Circuito de la misma ciudad que lo declaró responsable del delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa, en concurso con la conducta de porte de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS

Fueron narrados en la sentencia de segundo grado como sigue:

El 22 de junio de 2008, aproximadamente a las 22 horas en las inmediaciones de la cancha de fútbol del barrio Los Naranjos II, ubicada en la carrera 26G5 con calle 77 de

esta ciudad, en momentos en los cuales José David Mosquera Viáfara, quien era menor de edad, departía con unos amigos y se disponía a jugar un partido de futbol, observó al señor José Exilio Daza Rodríguez haciendo disparos de arma de fuego en contra del grupo de amigos; lo conoce por ser vecino del sector. Como consecuencia de los disparos él recibe un impacto de proyectil de arma de fuego en la región toraco abdominal posterior (espalda) lo que le causa paraplejia desde la vértebra T 8 que compromete extremidades inferiores y órganos de excreción. El señor José Exilio se aprovechó de la situación de indefensión en la que se encontraba José David, pues estaba distraído desarmado y se disponía a jugar un partido de futbol.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Por los hechos antes narrados se dio inició a la acción penal, en consecuencia de la cual, se ordenó la captura de José Exilio Daza Rodríguez que se hizo efectiva el 5 de julio de 2012.

En esa fecha se surtieron las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, oportunidad en la que la Fiscalía atribuyó al indiciado los cargos de homicidio agravado en la modalidad de tentativa, Art. 104 numeral 7 y porte de armas de fuego defensa personal, Art. 365 del Código Penal y le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión.

1. El escrito de acusación fue presentado el 29 de agosto siguiente y se formuló en audiencia de 8 de abril de 2013 ante el Juez 18 Penal del Circuito de conocimiento de ciudad de Cali.

1. Dicha autoridad, luego de adelantadas las audiencias preparatoria y de juicio oral emitió fallo de primera instancia el 28 de julio de 2015 en el que declaró responsable penalmente a Daza Rodríguez como autor de homicidio agravado en la modalidad de tentativa en concurso con porte ilegal de armas, imponiéndole la pena de 206 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

En cuanto a la libertad se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, motivo por el que se libró orden de captura contra el procesado, a quien se le había sustituido la detención carcelaria por reclusión domiciliaria.

1. El fallo fue impugnado por la defensa del acusado, razón por la que el Tribunal Superior de Cali, mediante sentencia de 30 de junio de 2016 le impartió confirmación.

1. Contra la anterior determinación la misma parte recurrió en casación, por lo que corresponde ahora a la Corte hacer el estudio de la demanda.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

1. Como primer cargo invoca como causal la segunda por violación directa de la norma sustancial derivada de la exclusión evidente de «la dignidad humana, artículos 1 y 2 del Código Penal y aplicación indebida de los artículos 103, 104-7, 27, 31 y 365 de la misma obra».

Como sustento del reparo cita el demandante apartes de la sentencia C-713 de 2008 para seguidamente indicar que luego de cuatro años de investigación la policía no utilizó medidas coercitivas para acopiar los testimonios de los acompañantes de la víctima, tal y como se diseñó en el programa metodológico, con los cuales habría aflorado que el autor de los disparos no fue José Exilio Daza Rodríguez, en detrimento del derecho de «contradicción».

Crítica que el reconocimiento fotográfico se hubiera llevado a cabo cuatro años después de ocurrido el hecho, paso del tiempo que en su criterio permitió el equívoco señalamiento y la falta de inmediación respecto de lo que manifestó el testigo en dicha diligencia investigativa.

Resalta la importancia del conocimiento que asiste a Julian Angucho Guatusmal, cuya declaración fue ordenada en juicio pero que no pudo practicarse ante la ausencia del testigo para comparecer al juicio. Sin embargo, según el demandante, la entrevista que recaudó el investigador Mora Tordecillas permite concluir la existencia de duda sobre la responsabilidad del procesado, en tanto que el entrevistado manifestó no haber reconocido al hombre que estaba haciendo los disparos y que supo que se trataba de José Exilio Daza Rodríguez por los comentarios que hacía la gente y la víctima, José David Viafara al salir del hospital.

En seguida cita la sentencia C-370 de 2006 con el fin de indicar que el procesado se encuentra en desventaja en relación con la actividad investigativa desarrollada por la policía judicial que se apartó del programa metodológico; «tanto que no allegó la totalidad de los testimonios de los acompañantes de la víctima al momento de los hechos. Elemento vital, de suma importancia para la defensa y la contradicción».

Concluye que la investigación adolece de serias omisiones que impidieron conocer la versión de los testigos presenciales de los hechos, situación que condujo a la trasgresión

del debido proceso y al derecho a la administración de justicia en un plazo razonable.

Precisa que el fallo está soportado en el testimonio del ofendido y de su progenitor, quienes tienen un marcado interés en responsabilizar a Daza Rodríguez.

Vuelve a plantear el estado de duda, con base en que el padre de la víctima en su primera entrevista señaló como autor del hecho a una persona distinta al procesado, mientras que en una segunda versión manifestó que se trataba de Daza Rodríguez.

Acusa la sentencia de contener una argumentación sofística debido a que los testimonios antes reseñados no se aproximan a la realidad.

1. La segunda censura contra el fallo del Tribunal se propone por la senda de la causal tercera de casación, derivada del desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba, lo cual condujo a la trasgresión del principio de presunción de inocencia que, agrega, no se quiebra por el simple hecho de que la víctima haya señalado a uno de sus vecinos, el aquí procesado, como el causante de las heridas que lesionaron su integridad física.

Llama la atención en que al inicio de la investigación se hace alusión al nombre del acusado como autor de los hechos sin que los testigos y denunciante hicieran la descripción de sus características físicas, como sí lo hicieron al reconocerlo a través de fotografías cuatro años después de acontecido el delito. Tampoco se recopilaron los testimonios de los acompañantes del ofendido que eran aproximadamente veinte jóvenes.

Para el demandante las anteriores circunstancias son indicativas de que no existe certeza sobre la responsabilidad del acusado.

A lo anterior suma que los jueces de instancia demeritaron los testimonios ofrecidos por la defensa, según los cuales el procesado se encontraba distante del lugar en el que se produjeron los disparos que dejaron como saldo cuatro heridos.

La petición común a ambos cargos es que se case la sentencia para que se absuelva a José Exilio Daza Rodríguez.

Como una consideración final y subsidiaria enuncia la posible prescripción de la acción penal respecto del delito de porte de armas de defensa personal «tal como lo deja entrever el magistrado ponente en el fallo de segunda instancia».

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En el sistema procesal regido por la Ley 906 de 2004, la casación se concibe como un medio de control constitucional y legal que procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos cuando afectan derechos o garantías procesales. Por lo mismo, debe concluirse que este recurso, concebido como un control constitucional, es consecuencia natural de la función que ejerce la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, según así lo prevé el artículo 235 de la Carta y, por ende, guardiana de los fines primordiales contemplados en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

De acuerdo con lo que estatuye la citada Ley 906, para que la demanda sea admitida se requiere que el libelista, además de contar con interés, acredite la afectación de derechos o garantías fundamentales, para lo cual también deberá formular y desarrollar los correspondientes cargos y, por supuesto, demostrar la necesidad de intervención de la Corte para lograr algunos de los fines establecidos para la casación, según lo previsto en el artículo 180 de esa normatividad, es decir, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos y la unificación de la jurisprudencia,

propósitos que, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, son los mismos del proceso penal, lo que explica que las causales de casación tengan un diseño dirigido a lograr esos fines.

Valga reiterar que el recurso extraordinario no es un instrumento que permita continuar con el debate fáctico y jurídico llevado a cabo en el agotado proceso, por lo que no es procedente realizar toda clase de cuestionamientos a manera de instancia adicional a las ordinarias del trámite, sino que debe ser un escrito claro, lógico, coherente y sistemático en el que, al tenor de los motivos expresa y taxativamente señalados en la ley, se denuncian errores bien sea de juicio o de procedimiento en que haya podido incurrir el sentenciador, procediendo a demostrarlos dialécticamente y evidenciando su trascendencia, para de esa manera concluir que la sentencia no es acorde con el ordenamiento jurídico, cuya desvirtuación, se reitera, compete al libelista.

2. En el evento que ocupa la atención de la Sala el censor para sustentar el primer reparo acude a la causal segunda alegando una violación directa de la Ley, sin tener en cuenta que ésta se refiere a las irregularidades sustanciales que implican el desconocimiento del debido proceso, la cual debe sustentarse de acuerdo con los presupuestos lógicos y argumentativos de las causales de nulidad.

Desconoce el recurrente que la violación directa de la ley es un yerro de estricta aplicación del derecho en el que no caben discusiones relativas a la apreciación de las pruebas o a la declaración de los hechos delictivos con todas sus circunstancias por parte del fallador.

La situación con la que muestra desacuerdo se refiere a que no se hubiera llamado a declarar a las personas que fueron objeto de los disparos con arma de fuego, supuestamente por parte del procesado, queja que no guarda relación alguna con la trasgresión directa de la norma que invoca, ni con el ejercicio del derecho de

contradicción que también refiere, puesto que no puede alegar la falta de controversia de una prueba, que como él mismo lo acepta, no fue allegada al juicio, aspecto que denota la falta de coherencia de su escrito.

En un ejercicio propio de las instancias busca restarle crédito a una diligencia investigativa en la que la víctima reconoció la fotografía de José Exilio Daza Rodríguez, señalándolo como su agresor, por considerar que el paso del tiempo, cuatro años, impide que el reconocimiento sea fiable.

Este reparo además de que se postuló por la vía inadecuada -violación directa e invocando la causal de nulidad- se funda en la mera apreciación del demandante, pues no pone en evidencia algún error de hecho en la apreciación del testimonio de la víctima quien en juicio se ratificó de ese señalamiento, el que no solo hizo en esa diligencia policiva sino desde mucho antes.

Siguiendo con las inconformidades propuestas por el censor, en su mayoría relacionadas con la estimación de las pruebas, esta vez presenta una concerniente a una posible trasgresión al debido proceso, porque así la Corte lo deduce, más no porque el libelista haga alusión a ella, la cual tiene que ver con la necesidad de que se escuchara en declaración a Julián Angucho Guatusmal, pues, sostiene, su versión es contrapuesta con los señalamientos de la víctima.

Frente a tal reparo se deja de indicar su trascendencia, la que además la Sala no advierte, pues según el propio demandante lo que el testigo tenía que decir es que no reconoció al agresor, circunstancia que no descarta, ni deja sin respaldo, el señalamiento de la víctima en este proceso, quien suministró datos precisos del agresor, ya que lo había visto con anterioridad por ser residente del sector donde sucedió el ataque.

La misma crítica debe hacerse en torno al señalamiento acerca de que no se

recaudaron los testimonios de las personas que aquel 22 de junio de 2008, conformaban el grupo de jóvenes al que se dirigieron los disparos, puesto que desconoce la Sala de qué forma tales declaraciones ponen en entredicho lo manifestado por el ofendido; y al sostener el recurrente que tal sindicación está soportada en el ánimo vindicativo de éste y de su progenitor, hace palpable su intento por imponer su personal valoración probatoria frente a la expuesta por el Tribunal.

Faltando al principio de autonomía de las causales dentro del cargo que postula como la violación directa de la ley sustancial que como ya se dijo, en nada se corresponde con las quejas que plantea por consistir las mismas en cuestiones de estimación de los medios de convicción, ahora indica que la sentencia adolece de una argumentación sofística, vicio que debe proponerse por la senda de la nulidad demostrando que el fallo se contradice en forma grotesca con la verdad probada, ejercicio que la Corte no puede abordar por razón del principio de limitación, y que de todas formas la Corporación no observa.

Adicionalmente, liga la presunta falla de motivación de la sentencia a un problema eminentemente probatorio que como se indicó en páginas precedentes, correspondía sustentarse por la senda de la causal tercera como una trasgresión indirecta de la norma sustancial.

Pese a que al citar el segundo reproche de la demanda, sí acude a esta causal, no precisa en qué tipo de error incurrió el Tribunal, si fue de hecho -existencia, identidad, raciocinio-, o de derecho -legalidad, convicción-, simplemente se conforma con señalar que emerge duda sobre la responsabilidad del acusado, dado el poco mérito que al demandante le merece el testimonio del ofendido, José David Mosquera Viáfara.

No acredita el libelista los errores de estimación en que, a su juicio, incurrió el Tribunal para haber concluido que la versión ofrecida por la víctima resulta creíble, ni tampoco logra desacreditar el argumento de los falladores de instancia acerca de que el testimonio de Mosquera Viáfara es contundente dado que desde los albores de la investigación y así lo reiteró en desarrollo del juicio, el hombre que hizo los disparos contra el grupo de jóvenes que departían aquella noche, fue su vecino José Exilio Daza Rodríguez.

En los mismos términos debe referirse la Sala respecto de la queja acerca de que la prueba ofrecida por la defensa fue desestimada, primero porque no se establece en el libelo si a lo que se alude es a que se dejaron de apreciar algunos testimonios y cuáles, o si al haberlos apreciado se les restó poder demostrativo.

En el primer caso, el reparo debió proponerse como un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión y al amparo de la causal tercera, mientras que en el segundo, obligaba a la acreditación de cualquiera de los yerros de estimación atacables en casación con especificación de la prueba sobre la que recayeron, poniendo de presente su contenido y lo que de éste señaló el Tribunal, en orden a evidenciar que restar mérito a alguna de esas probanzas fue un razonamiento equivocado.

Ninguna de tales exigencias argumentativas fue satisfecha por el recurrente al conformarse con hacer una serie de afirmaciones carentes de demostración, encaminadas todas ellas, sin éxito, a restarle credibilidad al dicho de la víctima.

En este orden de ideas, la demanda de casación será inadmitida, ante los protuberantes errores de los que adolece como no enunciar ni seleccionar correctamente la causal, omitir presentar los reparos en forma autónoma y faltar a los principios de coherencia, sustentación suficiente y crítica vinculante.

3. Por último, frente a la «petición subsidiaria» para que se decrete la prescripción de la acción penal por el delito de porte de armas de defensa personal, como quiera que esta es una situación que de acuerdo con el censor, se habría configurado con posterioridad al fallo de segunda instancia, no es posible de atacarse a través del recurso de casación el cual se reserva para la sentencia de segundo grado. Por tal motivo, aun habiéndose configurado tal eventualidad, su ocurrencia no implica la admisión de la demanda con el consecuente fallo de casación, pues no es una situación que afecte la validez de la sentencia.

En caso de que la Corte advirtiera la ocurrencia de la prescripción de la acción penal, durante el trámite del recurso extraordinario, estaría en el deber de decretarla cesando procedimiento, con el fin de preservar el debido proceso del acusado.

Sin embargo, tal situación no es la que acontece en este caso, por cuanto una vez proferido el fallo de segunda instancia, el citado término se interrumpió nuevamente, momento a partir del cual se contabiliza por cinco años, según lo previsto en el artículo 189 de la Ley 906 de 2004.

Como quiera que el fallo data de 30 junio de 2016, fecha previa a que ocurriera la prescripción de la acción penal respecto del delito contra la seguridad pública, la potestad sancionadora del Estado no ha cesado y por tanto la condena por tal comportamiento es legítima.

4. Resta señalar que no se observa que con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación, se hayan violado derechos o garantías de los intervinientes, como para que tal circunstancia imponga superar los defectos de la demanda y decidir de fondo.

4. En caso de que se acuda al mecanismo de insistencia, deberán seguirse los parámetros fijados en CSJ AP, 12 dic. 2005 rad. 24.322.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de José Exilio Daza Rodríguez.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es viable la interposición del mecanismo de insistencia en los términos precisados atrás por la Sala.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria