

PROCESO No. 11132

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.66

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., once de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de junio de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó al procesado HECTOR JULIAN BERNAL REYES a la pena principal de cuatro años de prisión y multa de seis mil pesos (\$6.000.00), como autor responsable del delito de homicidio culposo.

Hechos y actuación procesal.

En las horas de la tarde del 9 de marzo de 1993, en la residencia de la familia López Arango ubicada en la calle 56B No.12A-08 de la ciudad de Cali, resultó herida de un disparo en la región torácica la menor Marisel López Arango, cuando departía con su novio Héctor Julián Bernal Reyes, quien de inmediato la trasladó hasta el centro de salud más cercano, y luego al Hospital Departamental, donde falleció minutos más tarde.

Escuchado Bernal Reyes en indagatoria, explicó que ese día Marisel sorpresivamente le sustrajo el revólver de la pretina del pantalón, colocándolo encima de

sus piernas, al tiempo que amenazaba con botárselo, y que al procurar recuperarlo, ella lo haló bruscamente hacia su cuerpo, presentándose el disparo. La menor se encontraba sentada en una silla y él de pie frente a ella cuando sucedieron los hechos. Sostiene que el arma con la cual se presentó el accidente, un revólver marca Llama, calibre .38 largo, de ensamblaje nacional, es de su propiedad, y está amparado con salvoconducto (fls.17, 35).

Muy cerca de la pareja, en el mismo sitio de los acontecimientos, se encontraba la señora María Oliva Arango de López, madre de la víctima, revisando un cheque, quien afirma haber escuchado inicialmente un ruido como “cuando voltean el revólver o el tambor”, y luego, al dirigir la vista hacia ellos para indagar por lo que estaba ocurriendo, la detonación. Su hija exclamó “ay mami”, y su yerno “ayúdenme”. No sabe quién disparó. Ella tenía las manos vacías y él sostenía algo en la mano derecha. Agrega que su yerno solía exhibir irresponsablemente el arma, y que en varias oportunidades lo previno diciéndole que cualquier día iba a pasar un susto (fls.10 y 39).

De acuerdo con el protocolo de necropsia, la menor presentaba un impacto de arma de fuego con orificio de entrada de 8 mm. y anillo de contusión de 2 mm., en hemitórax izquierdo, tercer espacio intercostal izquierdo paraesternal, que atraviesa tórax, lesiona corazón, pulmón derecho, diafragma e hígado, con salida a nivel escapular derecho, en dirección adelante-atrás, izquierda-derecha, arriba-abajo (fls.70).

A través de testimonios de familiares de la víctima, logró establecerse que Marisel experimentaba temor y aversión por las armas, siendo este sentimiento uno de los principales motivos de disgusto con su novio, quien solía disfrutar exhibiendo el revólver de su propiedad e intimidando con él a las personas, según se desprende de las referidas versiones, y de los informes rendidos por el Dragoneante de la Policía Nacional James Eliécer Hernández y el Investigador del Cuerpo Técnico de la Fiscalía Diego Luis García (fls. 7, 55, 58, 61, 118, 129).

Resuelta la situación jurídica y cerrada la investigación, se la calificó el 2 de marzo de 1994 con resolución acusatoria por el delito de homicidio simple, de conformidad con lo establecido en el artículo 323 del Código Penal (fls.200). Apelada esta decisión por la defensa, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante proveído de 12 de mayo siguiente, confirmó la acusación, con la aclaración de que el procesado debía responder a título de culpa, a tenor de lo establecido en el artículo 329 del Código Penal (fls.245-1).

Rituada la causa, el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia de 10 de marzo de 1995, condenó al procesado Bernal Reyes a la pena principal de 4 años de prisión, y multa de \$6.000.00, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena aflictiva, como autor responsable del delito de homicidio culposo, en armonía con los cargos imputados en la resolución de acusación (fls.307).

Apelado este fallo por la defensora del imputado, el Tribunal Superior, mediante el suyo de 28 de junio del mismo año, que ahora es objeto de recurso extraordinario, lo confirmó en todas sus partes, adicionándolo en el sentido de ordenar expedir copias para que se investigara el posible delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal en que hubiera podido incurrir el procesado (fls.360).

La demanda.

Con fundamento en las causales primera y segunda de casación, sendos cargos presenta la impugnante contra la sentencia recurrida.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial debido a un error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de la prueba.

Sostiene que la tergiversación de su contenido fáctico proviene de la circunstancia de haber tomado los juzgadores de instancia el comportamiento antecedente del procesado, con respecto al manejo del arma, como fundamento de la decisión de condena, dándole un valor trascendental, presentándose, en consecuencia, una disconformidad entre la realidad del ente dado (comportamiento antecedente) y la imagen que del mismo se forma el sentenciador.

Esta violación indirecta se presenta respecto del artículo 29 de la Constitución Nacional, “al no encuadrar la valoración probatoria dentro del principio de la sana crítica”, lo cual condujo, a su vez, a la violación del artículo 12 del Código Penal, que consagra las funciones de la pena.

En el proceso no existe prueba cierta de las circunstancias en las cuales se produjo el hecho. No obstante, se le atribuye al procesado haber extraído el arma de la pretina del pantalón para alardear, y con fundamento en ello, la producción del accidente. Es decir, se está castigando a Bernal Reyes por su comportamiento antecedente en relación con al manejo del arma, por su “chicanería” como lo plantean algunos testigos, y no por las precisas circunstancias que acompañaron el hecho punible.

Nadie puede afirmar que el sindicato haya sacado ese día el arma para presumir, ni en el plenario obra prueba de ello. Y, si no hubo actos de ostentación, por qué se le va juzgar por los “alardes” antecedentes? No se trata de castigarlo por lo que es, o ha dejado de hacer, sino por lo que “ha hecho”. Pero en este caso pervive la aberración de la peligrosidad, en contra del principio de culpabilidad.

Además de lo expresado, el juzgador dedujo como circunstancias de agravación del hecho punible, la primera y segunda del artículo 66 del Código Penal, pero éstas solo serían aceptables si la investigación hubiera probado que Bernal Reyes llegó a “alardear” ante su novia, caso en el cual podrían pretextarse motivos fútiles, o

demostrado que las circunstancias que enmarcaron el hecho dificultaron su defensa. Ambas consideraciones, son igualmente el resultado de la tergiversación de la prueba respecto a la conducta antecedente del procesado.

La ponderación de esta circunstancia, la hipervaloración de la misma frente al hecho punible, condujeron en igual forma al sentenciador a considerar un mayor grado de culpabilidad, con incidencia en la dosificación de la pena, y consecuente violación del principio non bis in idem, además del artículo 29 de la Constitución Nacional, ya que habiéndose tipificado el hecho como un homicidio culposo, y no habiéndose probado el aludido “alarde”, no puede predicarse un mayor grado de culpabilidad.

La culpabilidad y la peligrosidad son diferentes en su esencia, y causan efectos distintos. Una consecuencia jurídica del acto culpable es la pena, en cuanto “realidad del reproche que grava al autor en la medida de su culpabilidad, o el perjuicio jurídico que le alcanza por haber invadido la esfera jurídica a él cerrada, y en consecuencia es retributiva; más allá de ello no se permiten los avances judiciales” (fls.401).

Con base en la peligrosidad la sentencia plantea que en el proceso “sí está demostrada su imprudencia en el actuar con su arma de fuego frente a una niña desconocedora del manejo del artefacto, con el ítem de que varios testigos lo señalan como persona afecta a la intimidación de otros con la misma arma”, derivando de estas consideraciones las modalidades del hecho punible, según las cuales no hubo posibilidad de defensa de la víctima

Esta concepción peligrosista es ratificada por el juzgador cuando sostiene que “en cambio son ostensibles las pruebas traídas al proceso que ponen de relieve una tendencia del señor Bernal Reyes a ‘hacer disparos al aire’ o ‘intimidar’ a familiares de la novia, o en la calle a otras personas con el revólver que llevaba consigo, lo cual no

puede ser aceptado como sintomático de una personalidad recta y sana”, distorsionando de esta manera el sentido de la prueba, y falseando su intención (sic) fáctica, en cuanto le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

#### Causal segunda:

La resolución de acusación, por parte alguna, alude a circunstancias de agravación del delito de homicidio. No obstante, en la sentencia impugnada, el juzgador incorpora las circunstancias establecidas en el artículo 66, numerales 1º, 2º y 3º del Código Penal, para efectos de la dosificación de la pena, al precisar:

“De tal manera, las pretensiones de la defensa cuando aboga por un tratamiento más tolerante con el procesado Bernal Reyes, resultan totalmente opuestas al espíritu de los textos legales de que se ha hecho referencia, pues si bien es cierto sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva, y el mínimo cuando concurren exclusivamente de atenuación (...) (art.67 C.C.), apenas resulta obvio inferir que si en este caso no se aplicó ni el mínimo ni el máximo, es porque al compaginarse las circunstancias de atenuación previstas en los numerales 1º, 6º y 8º del artículo 64 del estatuto penal, con las de agravación consignadas en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 66 ibidem, el resultado no puede ser otro que el de aplicar una pena que promedie ambos extremos y, por lo tanto, la de cuatro años que se impuso es la adecuada, y como tal se debe confirmar, según se adujo en párrafo precedente, pues la disminución de la pena impuesta -dada la modalidad del hecho punible- no amerita aceptación por parte de esta Sala”.

En virtud de este planteamiento, se presenta una incongruencia entre el pliego de cargos y la sentencia, que viola el derecho de defensa, en cuanto sorpresivamente se dedujeron circunstancias de agravación no imputadas al procesado previamente, y que de no haber sido tenidas en cuenta, habrían determinado una pena menor de cuatro (4)

años.

Con fundamento en estas consideraciones, solicita a la Corte casar la sentencia.

Concepto del Ministerio Público.

1. En punto al segundo cargo, de cuyo estudio se ocupa en primer término, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal sostiene que la demandante, ab initio, entremezcla indebidamente consideraciones inherentes a las causales tercera y segunda, en cuanto alude al mismo tiempo a la vulneración de las garantías del procesado y la falta de consonancia entre la sentencia y el pliego de cargos, posturas que no se compadecen con el imperativo que reporta el principio de no contradicción, según el cual, no es viable proponer, al interior de una misma censura, argumentaciones excluyentes.

En la causal tercera, debe comprobarse la estructuración de vicios in procedendo, esto es, aquellos generadores de infracciones al debido proceso, el derecho de defensa y la falta de competencia; en la segunda, el exceso en que incurrió el sentenciador al proferir el fallo, respecto de los linderos fijados en la resolución acusatoria.

Esta mixtura en la formulación del cargo, impide realizar un pronunciamiento a fondo del mismo, pues la Corte, en virtud del principio de limitación que regenta el recurso, no puede seleccionar uno de ellos, ni enmendar un tal desacierto, imponiéndose, por tanto, su rechazo.

Además de estas deficiencias de orden técnico, se tiene que la deducción en el fallo de circunstancias genéricas de agravación no incluidas en el pliego de cargos, no genera incongruencia susceptible de ser alegada dentro de los marcos de la causal segunda, como veladamente lo sugiere la casacionista en el decurso del reproche.

Explica que la indeterminación o falta de concreción de estas agravantes, en absoluto incide en la calificación provisional de la conducta, como si acontece con las de naturaleza específica, que representan además una sanción adicional al quantum punitivo en los montos taxativamente predeterminados por la ley.

Las genéricas, en cambio, solo trascienden el ámbito punitivo para el juzgador, atendiendo a su discrecionalidad limitada en mínimos y máximos, como con acierto lo sostuvo la Corte en providencia de 9 de noviembre de 1994, cuyos apartes pertinentes transcribe.

Considera que la deducción en la sentencia de agravantes genéricas no incluidas en la resolución de acusación, se erige en lesiva del aspecto punitivo, y por lo mismo, del derecho de defensa, “lo que implica su alinderamiento en los parámetros de la causal tercera de casación”, como claramente quedó establecido en el fallo de casación que viene de ser citado.

Siendo ello así, una tal irregularidad debe ser postulada en sede extraordinaria al amparo de la causal tercera de casación, no en la forma errática como lo hizo el recurrente, quien solo acierta en la invocación de la nulidad, la que entremezcla con la causal segunda, sino con plena comprobación de la trascendencia del yerro de cara a la situación de su defendido.

En el caso sub judice, cierto es que las agravantes del artículo 66 deducidas por el Tribunal, además de no haber sido incluidas en la resolución acusatoria, adolecen de la debida motivación, pero no lo es menos que el monto de la pena permaneció incólume, en cuanto que su tasación se encuentra enmarcada dentro de los límites legales del artículo 329, y se atendió a la gravedad y modalidades del hecho punible, así como al mayor grado de culpabilidad, directrices que permiten obtener el quantum equivalente al impuesto, aún en el evento de prescindir de la aplicación de las citadas

agravantes.

Es del criterio, por tanto, que el cargo no debe prosperar, no solo debido a las falencias técnicas atrás referidas, sino por resultar intrascendente.

2. En relación con el primer reproche sostiene que la casacionista no logra individualizar el falso juicio en la selección de las normas, como era lo esperado, dejando dicho aspecto inmerso en la incertidumbre. Además, yerra cuando alude a los mandatos presuntamente transgredidos, toda vez que la infracción al artículo 29 de la Carta debe ser alegada al amparo de la causal tercera de casación; y, con respecto al artículo 12 del Código Penal, no resulta demostrada su escueta afirmación.

En contra de la prosperidad de la censura concurre también la falta de individualización de los medios de prueba de donde surge el falso juicio de identidad, puesto que la recurrente se limita a presentar una relación in genere, que en modo alguno satisface la exigencia de concreción en punto a la prueba tergiversada, dando cabida a consideraciones personales sobre algunas de las conclusiones plasmadas en el fallo, que en manera alguna permiten demostrar el rompimiento de las reglas de la sana crítica.

Al margen del aspecto técnico, las inferencias a que alude el cargo no responden a distorsiones objetivas de la prueba, sino a evaluaciones válidas de los juzgadores de instancia, de las que coligieron aspectos comportamentales del acusado. Además, el reproche que ameritó su condena no se hizo depender de actuaciones ocurridas antes de los hechos, ni por lo mismo de consideraciones peligrosistas, como lo sostiene la demandante.

En cuanto a la imposición de las agravantes genéricas contenidas en el artículo 66, numerales 1º, 2º y 3º, afirma que si bien es cierto carecen en absoluto de motivación, y no se compaginan con la naturaleza culposa del homicidio endilgado,

también lo es que la injerencia de esta irregularidad en la determinación del monto de la pena resulta intrascendente, como quiera que su tasación persiste en los términos referidos en la contestación del cargo anterior.

Consecuente con sus planteamientos, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

#### SE CONSIDERA:

##### Causal primera:

Este cargo, además de infundado, resulta en su planteamiento confuso, pues la impugnante hace derivar de un mismo error de apreciación probatoria, consecuencias jurídicas distintas, claramente irreconciliables, determinando que la censura se torne contradictoria e indescifrable, con menoscabo de los principios de claridad y concreción que deben regentar la fundamentación de todo ataque en sede extraordinaria.

La propuesta de impugnación, como se recuerda, parte del supuesto de que los juzgadores de instancia apreciaron indebidamente el comportamiento antecedente del procesado en cuanto al manejo del arma, hipervalorándolo, error que los habría llevado, en primer lugar, a condenarlo por un hecho antecedente, en segundo término, a deducir en su contra las agravantes genéricas de los numerales 1º y 2º del artículo 66 del Código Penal y, en tercer orden, a derivar un mayor grado de culpabilidad con incidencia en la dosificación de la pena.

Esta mezcla de pretensiones en la formulación del cargo, enerva ab initio su análisis en casación, ante la imposibilidad de poder establecer si lo buscado por la demandante es la absolución del implicado, la exclusión de las circunstancias de

agravación previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 66 del Código Penal, o la degradación de la culpabilidad culposa, situaciones estas últimas que, en oposición a la primera, implicarían el mantenimiento de la decisión de condena.

Reflejo de esta indeterminación resultan ser los vacíos que la demanda presenta en punto a las consecuencias jurídicas de la impugnación, las normas de derecho sustancial transgredidas, y el sentido de la violación, así como las equivocaciones en la invocación de preceptos que, como los artículos 29 de la Constitución Política y 12 del Código Penal, ninguna correspondencia guardan con la cuestión fáctico jurídica planteada.

En cuanto dice relación con la naturaleza del error alegado, es también evidente la falta de claridad de la libelista, pues equipara el error de hecho originado en la distorsión del contenido material de la prueba, con el derivado del desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la estimación racional de su mérito, también de facto, pero de contenido distinto.

El primero, ha sido repetidamente sostenido por la Corte, surge cuando el juzgador, al apreciar la prueba, tergiversa su expresión literal poniéndola a decir lo que ella no dice. Es de carácter objetivo, contemplativo, y su demostración supone hacer evidente la falta de consonancia entre el contenido material del medio probatorio, y la percepción que la sentencia hace de su texto.

El segundo, en cambio, se presenta cuando el fallador, al establecer el mérito de la prueba, lo hace con desprecio de las reglas de la sana crítica. Es de carácter apreciatorio, y su demostración supone acreditar que la inferencia realizada no corresponde a la que imponen los postulados de la lógica, la ciencia o la experiencia.

La casacionista, al referirse al comportamiento antecedente del

procesado en relación con el manejo del arma, asegura que esta circunstancia fue distorsionada en su contenido fáctico por los juzgadores de instancia, pero también que fue sobreponderada e hipervalorada, con lo cual termina haciendo un planteamiento mixto, inaceptable en esta sede por atentar contra los principios lógicos de concreción y no contradicción, al ser entremezclados dentro de una misma alegación errores de naturaleza distinta.

Además de ello, no precisa de qué manera los juzgadores distorsionaron el contenido fáctico de dicho elemento de prueba, o cómo lo sobrevaloraron, ni cuál su incidencia en la parte dispositiva del fallo, haciendo que el planteamiento resulte adicionalmente indemostrado.

Al margen de estas inconsistencias de carácter técnico y de fundamentación que la censura presenta, no es cierto que el comportamiento antecedente del procesado en relación con el manejo irresponsable del arma, haya sido el fundamento de la condena. Ni siquiera puede afirmarse que haya constituido elemento importante de convicción en la determinación de su responsabilidad, pues cuando los juzgadores aludieron a su conducta anterior, lo hicieron para emitir un juicio negativo sobre su personalidad, no para afirmar su compromiso penal en el hecho, como puede claramente verse en el siguiente aparte del fallo de segundo grado:

“Y si de la ‘personalidad del agente’ se trata, tampoco sería atinado echar sobre el procesado un manto de perdón u olvido catalogándolo como un ciudadano ejemplar por el solo hecho de no registrar antecedentes judiciales o de policía, pues no siempre la inexistencia de éstos demuestra por si solo nobleza de alma o un comportamiento estrictamente ajustado a las reglas de la convivencia humana, incluido el respeto a la ley.

“En cambio son ostensibles las pruebas traídas al proceso que ponen de

relieve una tendencia del señor Bernal Reyes a 'hacer disparos al aire', o a 'intimidar' a familiares de la novia, o en la calle a otras personas, con el revólver que llevaba consigo, lo cual no puede ser aceptado como sintomático de una personalidad sana y recta" (fls.376).

La conclusión de los juzgadores en el sentido de que el procesado exhibió el revólver para "alardear", la obtuvieron no de su conducta antecedente, sino del análisis de las circunstancias que rodearon los hechos, y que los llevaron a descartar, por inverosímiles, sus explicaciones sobre la forma como sucedieron.

El cargo no prospera.

Causal segunda:

Aún cuando la demandante en el enunciado de la censura alude a la causal tercera como vía de ataque, es claro que se trata de un error no obstativo, como quiera que a continuación identifica claramente la causal, al concretar el cargo en los siguientes términos: "CUANDO LA SENTENCIA NO ESTE EN CONSONANCIA CON LOS CARGOS FORMULADOS EN LA RESOLUCION DE ACUSACION".

Tampoco resulta ser un contrasentido que en el desarrollo del reproche afirme que por virtud de esta irregularidad se afectaron las garantías procesales y, además, el derecho de defensa del implicado, pues no puede perderse de vista que el vicio de incongruencia es de carácter in procedendo, que no solo compromete el proceso debido en su estructura conceptual, sino que puede llegar a afectar el derecho de defensa, como ocurre cuando el procesado es sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas o jurídicas que no ha tenido posibilidad de controvertir, por no haber sido deducidas en la resolución de acusación.

Respecto a la vía dentro de cuyo marco debe encuadrarse el ataque cuando en la sentencia se deducen circunstancias genéricas de agravación punitiva no incluidas en el pliego de cargos, la doctrina de la Corte ha sostenido que, en tratándose de circunstancias de naturaleza subjetiva, es decir de aquellas que requieren análisis o valoraciones previas para su deducción, una tal situación genera un vicio de inconsonancia, susceptible de ser alegado dentro del ámbito de la causal segunda.

Esto, en razón a que tal tipo de circunstancias no pueden ser imputadas en la sentencia si no han sido objeto de concreción en el acto de formulación de cargos, bien por su nominación jurídica, ora por sus elementos constitutivos, erigiéndose, por tanto, en parte integrante del marco fáctico jurídico de la acusación (Cfr. Casación Agosto 2/95 Mg. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel, Casación mayo 29/97, Mg. Pte. Dr. Fernando Arboleda Ripoll, Casación febrero 25/98 Mg. Pte. Dr. Dídimo Páez Velandia, Casación Junio 25/98, Mag. Pte. Dr. Carlos Eduardo Mejía, entre otras).

En el caso analizado, se tiene que el juez a quo, al realizar la dosificación de la pena, fundamentó en los siguientes términos la decisión de imponer al procesado como pena aflictiva 4 años de prisión:

“En las condiciones en que actuó el sindicado, su personalidad temeraria, la gravedad del hecho y todas las circunstancias modales acusadas hacen parte de los criterios a tener en cuenta para la graduación de la pena (art.61 Código Penal) donde se verán representados al desplazarse significativamente de los mínimos, tanto como la imprudencia del procesado se corresponda con la cercanía en que estuvo de la culpabilidad dolosa que -repetimos- fue lo que hizo pensar a los instructores en que tan descabellado comportamiento solo podía verse a través de ésta.

(...)

“PUNIBILIDAD. Consecuente con lo comentado en la parte motiva

de este fallo y por haberse deducido en el procesado un mayor grado de culpabilidad que se refleja en la intensidad de la imprudencia y la falta de precauciones en el comportamiento altamente riesgoso asumido por el señor Héctor Julián Bernal Reyes, se concluye que la pena a imponer es la de cuatro (4) años de prisión y multa en cuantía de seis mil pesos..." (fls.325 y 326).

Apelado este fallo, el Tribunal, en respuesta a las alegaciones de la defensa, que pretendía la disminución de la pena privativa de la libertad en un año o más, y el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, se refirió in extenso a la gravedad del hecho, el grado de culpabilidad y la personalidad del procesado, para avalar las consideraciones plasmadas por la primera instancia, y adicionalmente a las circunstancias genéricas de atenuación y agravación concurrentes, aspecto en relación con el cual hizo las siguientes precisiones:

"... las pretensiones de la defensa cuando aboga por un tratamiento más tolerante con el procesado Bernal Reyes, resultan totalmente opuestas al espíritu de los textos legales de que se ha hecho referencia (artículos 61 y 67 del Código Penal, aclara la Sala), pues si bien es cierto sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva, y el mínimo cuando concurren exclusivamente de atenuación (...) (art.67 C.P.), apenas resulta obvio inferir que si en este caso no se aplicó ni el mínimo ni el máximo, es porque al compaginarse las circunstancias de atenuación previstas en los numerales 1º, 6º y 8º del artículo 64 del estatuto penal, con las de agravación consignadas en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 66 ibidem, el resultado no puede ser otro que el de aplicar una pena que promedie ambos extremos y, por lo tanto, la de cuatro años que se impuso es la adecuada y como tal se debe confirmar, según se dedujo del párrafo precedente, pues la disminución de la pena impuesta -dada la modalidad del hecho punible- no amerita aceptación por parte de esta Sala" (fls.376-1).

Como puede claramente verse, cierto es que el Tribunal Superior refirió como circunstancias genéricas de agravación concurrentes, las previstas en los numerales 1º, 2º y 3º (indefensión) del artículo 66 del Código Penal, todas de naturaleza subjetiva, y que las mismas no fueron objeto de concreción en la resolución acusatoria, situación que permitiría pensar que desconoció su marco fáctico y jurídico, con quebrantamiento de la estructura conceptual del proceso.

Empero, no cuesta trabajo advertir que las consideraciones del Tribunal en relación con la existencia de un equilibrio cuantitativo entre las circunstancias genéricas de atenuación y agravación relacionadas, fueron complementarias a las que sirvieron al a quo para fijar la pena en cuatro años de prisión, referidas fundamentalmente a la gravedad del hecho, la personalidad del procesado y el grado de culpabilidad, cuya validez el tribunal avaló, de donde se sigue que el error, no obstante haber existido, sería intrascendente, en razón a que los argumentos que llevaron al Juez de primera instancia a fijar la pena en cuatro años, fueron compartidos en su integridad por el Tribunal.

El ad quem solo quiso abundar en consideraciones, equivocándose por partida doble; de una parte, porque no le era permitido aludir a circunstancias genéricas de carácter subjetivo no incluidas en el pliego de cargos; y, de otra, porque las circunstancias alegadas resultan abiertamente incompatibles con la naturaleza culposa del delito imputado.

El cargo no prospera.

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

**R E S U E L V E:**

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen. CUMPLASE.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA NILSON PINILLA PINILLA

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA