

Proceso No 26605

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta n.º 119.

Bogotá, D.C., veintidós de abril de dos mil nueve.

V I S T O S

La Corte resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del procesado DELIO ENRIQUE CASTRO ACUÑA, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 21 de junio de 2006 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, la cual de manera integral confirmó la que el 21 de febrero del mismo año emitió el Juzgado 1º Promiscuo del Circuito de Sabanalarga con la que condenó al procesado a la pena de 360 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como autor responsable del delito de homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Fueron resumidos por el ad quem de la siguiente manera:

“Se desprende la foliatura, que el día 1º de Enero de 2005 fue capturado el señor DELIO ENRIQUE CASTRO ACUÑA, por haberle causado la muerte con un arma blanca a NESTOR

GASPAR HERNANDEZ DE LA HOZ, en la calle 11 con la carrera 15 del Municipio de Candelaria (Atlántico), quien llegó hasta la cantina denominada 'AGROMAR', donde se encontraban varias personas departiendo, se inició una discusión entre el occiso y el procesado, el cual se encontraba rodeado sus hermanos (sic), sacando este último un arma corto punzante (daga), con la cual le causó heridas graves a su victimario (sic), por lo que de inmediato varios vecinos del sector dieron aviso a los agentes de policía de la localidad, quienes acudieron al lugar de los hechos, y posteriormente trasladaron al herido hasta el Hospital local de esa vecindad en donde finalmente falleció a causa de las heridas propinadas por CASTRO ACUÑA."

Con base en el informe de policía relacionado con los señalados sucesos y la captura del sindicado DELIO ENRIQUE CASTRO ACUÑA, la Fiscalía 2ª Seccional de Barranquilla abrió instrucción el 3 de enero de 2005, fecha en la cual fue escuchado en indagatoria, a quien con resolución del siguiente 7 de los mismos mes y año le impuso medida de detención por el delito de homicidio agravado, decisión confirmada el posterior 31 de marzo por la Fiscalía 5ª de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior.

Entre tanto, el 29 de marzo la oficina decretó el cierre parcial de la instrucción, calificada el 4 de mayo de 2005 con acusación respecto de CASTRO ACUÑA como probable responsable del delito de homicidio agravado. Apelada esta determinación por la defensa, fue confirmada el 30 de junio de 2005.

La fase del juicio fue asumida por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga. La audiencia pública de juzgamiento fue instalada el 3 de noviembre de 2005 y culminó, luego de varias sesiones, el 13 de diciembre de esa anualidad, acto preámbulo del fallo de primera instancia, confirmado con el que es objeto de este recurso extraordinario.

Contra tal determinación fue interpuesto recurso de casación, cuya demanda fue

admitida el 16 de marzo de 2007, ordenándose el traslado respectivo al Ministerio Público.

El proceso arribó al Despacho el pasado 11 de marzo del año en curso, con concepto del Procurador Primero Delegado para la Casación Penal (e).

LA DEMANDA

El casacionista denuncia la sentencia de segunda instancia por considerar que violó de manera indirecta una norma de derecho sustancial a causa de un error de derecho determinado por falso raciocinio.

El yerro se presentó en la estimación de los testimonios de José del Carmen Castro Silvera y Pedro Manuel Castro Crespo, al no ser aplicados los artículos 7º y 232 del Código de Procedimiento Penal y por aplicarse de manera indebida los artículos 60, 61, 104-7 del Código Penal.

A pesar de ser presencial, conforme se extrae de sus intervenciones del 5 de enero y 28 de noviembre de 2005, el testigo Castro Silvera logró ver muy poco debido a que los nervios lo atacaron porque nunca había visto una pelea de esa magnitud; porque, además, cuando salió a relucir el arma cortopunzante, junto con su padre y un ayudante cerraron la cantina y se fueron para sus casas, lo que les impidió ver alguna otra circunstancia y, también, porque el lugar estaba oscuro.

Igual aspecto se desprende de los testimonios que rindió el testigo Pedro Manuel Castro Crespo.

Sin embargo, el a quo les dio toda credibilidad para tener por cierta la indefensión de la víctima de la que supuestamente se aprovechó el procesado, desconociendo que no estaban en capacidad de percibir tal situación.

El tribunal, por su parte, con base en las referidas declaraciones, adquirió la certeza sobre la configuración del estado de indefensión de la víctima, supuestamente aprovechado por el acusado.

Como pautas de la sana crítica ignoradas en esos razonamientos, se tiene que se desconoció la regla de la experiencia que enseña que ningún ser humano es capaz de percibir imágenes en la oscuridad y a la distancia que indica el testigo Castro Silvera, porque los hechos ocurrieron en lugar oscuro, a las tres y media de la madrugada, sin luminarias y a unos 20 metros de distancia.

Respecto del testimonio de Castro Crespo es posible advertir el desconocimiento de la regla de la experiencia de acuerdo con la cual percibir una escena se debe estar en el momento y lugar de su ocurrencia, porque según aquél lo dijo no se quedó a percatarse del desenlace de la trifulca pues dijo que una vez vio que el procesado esgrimió un arma cortopunzante, procedió a cerrar el negocio e irse para su casa.

Lo correcto habría sido inferir que ninguno de los testigos estaba en capacidad de observar con la suficiente claridad y detenimiento lo que dijeron haber visto respecto de la presunta indefensión de la víctima, razón por la cual no se les debió dar credibilidad.

Además de esas declaraciones dentro del proceso no obra ninguna otra prueba que dé cuenta de la aludida circunstancia de la indefensión. Eso trae como consecuencia que de las referidas declaraciones sólo surgen incertidumbres sobre ese particular, las que a estas alturas del proceso no es posible absolver, motivo por el cual debe suprimirse el comentado aumento punitivo.

Debido a que en el fallo demandado se aplicó una agravante con base en pruebas que se analizaron con desapego de las reglas de la sana crítica, el error es de gran trascendencia porque en la decisión significó aumento de la punición.

Se solicita a la Corte, entonces, con base en los precedentes argumentos, casar la sentencia demandada, para que se suprima de ella el agravante previsto en el artículo 104-7 del Código Penal y se imponga al procesado la pena señalada en el artículo 103 ibídem.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. El Procurador 1º Delegado para la Casación Penal es partidario de que se desestime el cargo contenido en la demanda, según la siguiente exposición:

Las reglas de la experiencia que la demandante reputa desconocidas en realidad no lo son, porque carecen de las características de permanencia y generalidad en cuanto no son aplicables a otros casos indeterminados dentro del mismo contexto sociohistórico. No están basadas en la racionalidad, la sensatez y el sentido común, sino en conjeturas y opiniones de la recurrente.

Esos rasgos de permanencia y generalidad o universalidad propios de las reglas de la experiencia, decantados en diferentes pronunciamientos de la Corte (21 de noviembre de 2002, radicado 16472 y 9 de abril de 2008, radicado 23754) no se amoldan a los predicados por la casacionista como reglas de la experiencia, toda vez que si se dice que “ningún ser humano es capaz de percibir imágenes en la oscuridad y a la distancia que cita el testigo (20 a 25 metros” y que “para percibir una escena se debe estar en el lugar y momento de su ocurrencia”, es posible, frente a lo primero que para captar imágenes en la oscuridad la persona utilice visores nocturnos o, respecto de lo segundo, que sin hallarse en el lugar y momento de la escena, la perciba por fotografías, videos, grabaciones, circuitos cerrados de televisión o cualquier otro medio tecnológico.

Al contrario, esos enunciados fueron expuestos para oponerlos a la inferencia del fallador, porque le sirven a la censura para sostener que las aseveraciones de los

testigos carecen de credibilidad, porque José del Carmen Castro Silva relató que el suceso tuvo lugar en sitio oscuro porque las lámparas estaban dañadas y que estaba a 20 metros de distancia, y porque Pedro Manuel Castro Crespo cerró su negocio y se fue para su casa al ver que el procesado esgrimió el arma, atestaciones que generan, para la actora, incertidumbre alrededor de lo ocurrido y son insuficientes para tener como demostrada la condición de indefensión.

De esa forma la casacionista cuestiona no la transgresión de una regla de la experiencia, sino la credibilidad que el sentenciador otorgó a los testigos presenciales de los hechos. Así propuesto, el cargo no tiene visos de prosperidad porque la discusión gira en torno a la divergencia de criterios, sobre una “valoración parcial e interesada de la prueba testimonial por parte de la defensa”.

No probó la casacionista que el ad quem al valorar en conjunto las pruebas hubiera vulnerado las reglas de la sana crítica para deducir la circunstancia de indefensión en la que estaba Gaspar Hernández de la Hoz cuando fue atacado por el procesado CASTRO ACUÑA.

Además de las mencionadas declaraciones de José del Carmen Castro Silvera y Pedro Manuel Castro Crespo, los sentenciadores de las instancias valoraron otros elementos probatorios para concluir que hacia las cuatro de la madrugada del 1º de enero de 2005, DELIO ENRIQUE CASTRO departía en las afueras de la cantina “Aeromar” de propiedad de Pedro Manuel Castro en el municipio de Candelaria, Atlántico, y cuando por allí pasaba Néstor Gaspar Hernández de la Hoz, lo llamó y de inmediato se generó una discusión que terminó con la muerte de éste a causa de varias puñaladas que en el tórax le asestó aquél.

De acuerdo con lo manifestado por los señalados testigos en sus diferentes apariciones procesales, en las que dieron cuenta que DELIO le hacía lances con la puñaleta a Néstor,

quien se hallaba desarmado y rodeado también por los hermanos del procesado, Marquito, Alex y Álvaro.

El tribunal hizo un análisis acertado para imputar la circunstancia de agravación contenida en el artículo 104-7 del Código Penal, porque está acreditado dentro del proceso que:

- * Hernández se desplazaba por el lugar, alicorado, sólo y desarmado cuando DELIO ENRIQUE CASTRO lo llamó y comenzó la pelea después de breve discusión.

- * Hernández no era problemático, no se metía con nadie, tenía muchos amigos y ostentaba comportamiento excelente.

- * CASTRO también había ingerido licor y estaba consciente de sus actos; cuando HERNÁNDEZ pasó casualmente por el lugar donde aquél departía con sus hermanos Marquito, Alex y Álvaro, aquél lo abordó, se suscitó la trifulca en la que DELIO le “tiraba viajes” con la puñalita y sus hermanos atacaban con puños, mientras que Néstor alzaba los brazos para defenderse, pero estaba desarmado y retrocedía.

Todo eso acredita la superioridad numérica de los atacantes y la forma imprevista como fue abordado Hernández, quien iba solo, embriagado y desarmado, circunstancias que aprovechó DELIO ENRIQUE CASTRO para asestarle las mortales heridas.

Ante la claridad de lo ocurrido, es evidente que se satisfacen las exigencias del artículo 104-7 del Código Penal porque “el autor aprovechó las circunstancias de indefensión de la víctima para hierla mortalmente”.

2. En el proceso de dosificación punitiva se vulneraron las garantías del non bis in ídem y de legalidad de la pena que asisten al procesado.

Conforme aparece en las consideraciones que al respecto fijó el a quo, que pasaron desapercibidas para el tribunal, pues la deducción del homicidio agravado por la circunstancia prevista en el artículo 104-7 del Código Penal, que obedeció al estado de indefensión en el que estaba la víctima, se utilizó de modo indebido dos veces, para agravar el homicidio y para deducir los cuartos medios dentro de los cuales se realizó la mensura de la sanción.

De conformidad con el artículo 61 del Código Penal, el sentenciador sólo se puede mover dentro de los cuartos medios del ámbito de punibilidad cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, las cuales no son otras que las denominadas de menor y mayor punibilidad consagradas en los artículos 55 y 58 de la Ley 599, siempre que no hayan sido previstas de otra manera, como ocurre con la que trae el citado numeral 7º del artículo 104 ibídem, que agrava la pena del homicidio y la eleva de 25 a 40 años de prisión. Por eso no se puede aplicar de nuevo para la ubicación en los cuartos medios, porque tal proceder comporta una doble incriminación, expresamente prohibida por la Constitución y la ley.

Lo correcto era fijar la pena dentro del cuarto mínimo de movilidad ante la concurrencia exclusiva de circunstancias de menor punibilidad, como la de ausencia de antecedentes penales señalada en el artículo 55-1 del Estatuto Penal.

Por esa razón, la pena que corresponde aplicar a DELIO ENRIQUE CASTRO es la de 318.4 meses de prisión, en lugar de los 360 meses que se le impusieron. Ese guarismo se deduce al tener en cuenta que el a quo se movió en el primer cuarto medio que va de 345 a 390 meses de prisión, dentro del cual 360 meses corresponden al 92.3% de ese tope máximo que constituye el 100 por ciento.

Al aplicar el indicado porcentaje del 92.3% al hito superior del cuarto mínimo correspondiente al homicidio agravado, esto es, 345 meses, se obtiene como resultado

318.4 meses de prisión, que corresponden a la pena principal que deberá purgar el procesado.

Los falladores, de otra parte, también se equivocaron en la imposición de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por período igual al de la pena de prisión más 10 días, es decir, 30 años y 10 días, porque desconocieron lo señalado en el artículo 51 de la Ley 599 de 2000 que establece 20 años como máxima duración de esa penalidad, término que es el aplicable en este caso, que, además, no se subsume en la hipótesis contemplada en los artículos 51-2º inciso y 52-3er inciso ibídem.

Como es patente, en las señaladas condiciones, el quebranto a las garantías del nos bis in ídem y de legalidad de la pena, se solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada para que se redosifiquen las penas principal y accesoria impuestas al procesado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La censura formulada con fundamento en la causal primera de casación, por quebranto indirecto de la ley sustancial a causa de un error de hecho determinado en un falso raciocinio, no tiene visos de prosperidad.

El núcleo de la censura radica en que el tribunal desconoció las reglas de la sana crítica al valorar los testimonios de José del Carmen Castro Silvera y Pedro Manuel Castro Crespo, porque arribó a deducciones que no se desprenden de su contenido, en concreto la que habla de estado de indefensión en el que se hallaba la víctima cuando fue atacada por el procesado y que permitió la condena de éste por homicidio agravado, al apartarse de pautas de la experiencia aplicables a los respectivos relatos.

Para la casacionista, una de las reglas de la experiencia desconocidas fue: “Ningún ser

humano es capaz de percibir imágenes en la oscuridad y, a la distancia que cita el testigo”, pues a pesar de que José del Carmen Castro Silvera dijo en sus declaraciones que el sitio donde ocurrieron los hechos estaba oscuro porque las lámparas estaban dañadas y que tuvieron lugar a una distancia de 20 a 25 metros del lugar donde el testigo se hallaba, los juzgadores le dieron credibilidad para demostrar la situación de indefensión en que se hallaba la víctima.

La otra regla de la experiencia que no tuvieron en cuenta los sentenciadores es: “para percibir una escena, se debe estar en el lugar y momento de su ocurrencia”, porque pese a que el testigo Pedro Manuel Castro Crespo dijo que una vez vio que DELIO sacó el arma procedió a cerrar su establecimiento e irse para la casa, los juzgadores adquirieron certeza sobre la configuración de la comentada causal de agravación.

Sobre la naturaleza y aplicación de las reglas de la experiencia en la valoración de la prueba testimonial, cabe recordarse que:

“Ahora bien, la experiencia es una forma específica de conocimiento que se origina por la recepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable.

Del mismo modo, si se entiende la experiencia como el conjunto de sensaciones a las que se reducen todas las ideas o pensamientos de la mente, o bien, en un segundo sentido, que versa sobre el pasado, el conjunto de las percepciones habituales que tiene su origen en la costumbre; la base de todo conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicio, las cuestiones de hecho, que versan sobre acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la experiencia, y las

cuestiones de sentido, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos.

Así, las proposiciones analíticas que dejan traslucir el conocimiento se reducen siempre a una generalización sobre lo aportado por la experiencia, entendida como el único criterio posible de verificación de un enunciado o de un conjunto de enunciados, elaboradas aquéllas desde una perspectiva de racionalidad que las apoya y que llevan a la fijación de unas reglas sobre la gnoseología, en cuanto el sujeto toma conciencia de lo que aprehende, y de la ontología, porque lo pone en contacto con el ser cuando exterioriza lo conocido.

(...)

Atrás se dijo que la experiencia forma conocimiento y que los enunciados basados en ésta conllevan generalizaciones, las cuales deben ser expresadas en términos racionales para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y facticidad, en un contexto socio histórico específico.

En ese sentido, para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B.” (Sentencia de casación del 21 de noviembre de 2002, radicación 16.472).

Tal como lo señala el Procurador Delegado, la postulación de las referidas reglas de la experiencia por parte de la casacionista fue la base que le permite eludir la estrictez de una debida demostración del desconocimiento a los dictados de la sana crítica, pues no sólo parte para la elaboración de esas sesgadas premisas de la evocación segmentada de los testimonios en ciernes, sino que, además, sin detenerse a demostrar los rasgos particularizadores de generalidad y universalidad de las reglas de la experiencia por ella

alegadas, entra sin disimulo alguno a desvelar su inconformidad con la credibilidad asignada a dichos elementos de convicción por parte de los juzgadores de las instancias, para así desconocer, también porque le resultaba funcional a su argumentación, que las sentencias se apoyaron en un análisis conjunto de otros medios de prueba.

Sostener que ningún ser humano es capaz de percibir imágenes en la oscuridad y menos a la distancia que refiere la demandante, resulta por los menos una afirmación apresurada; tal premisa, por cierto, tampoco está revestida de las características de generalidad y universalidad que generen un patrón semejante de validez, pues para eso, en primer lugar, es necesario establecer en qué grado de oscuridad se hace la percepción, es decir, si se trata de una oscuridad absoluta, sin ninguna posibilidad de visibilidad, o relativa, por ocurrir el suceso en zona urbana o en noche de luna llena.

En segundo término, dado el sentido absoluto de la premisa “ningún ser humano es capaz de percibir imágenes en la oscuridad”, se abandona el lindero de una regla de experiencia para adentrarse necesariamente en el de la ciencia, pues la misma debe estar apoyada de un estudio científico especializado que diga que ningún ser humano, o sea, ningún habitante del planeta Tierra, es capaz de percibir imágenes en la oscuridad, cosa que, desde luego, no es posible de acreditar, pues lo que enseña la experiencia es que tal capacidad o incapacidad de percepción está condicionada a disímiles factores, ambientales, físicos y hasta fisiológicos, y hasta apoyada por los avances tecnológicos que mencionó el Delegado en su concepto.

Similar cosa ocurre con la otra regla de experiencia que aduce la demandante, según la cual “para percibir una escena se debe estar en el lugar y momento de su ocurrencia”, porque, como lo sostiene el Delegado, es posible que sin estar alguien presente en el sitio y momento en el que se desarrolla cierto acontecimiento, lo perciba bien porque quede registrado en un soporte tecnológico o transmitido en ese instante por algún medio de

difusión y, además, en razón a que, es preciso reiterar, la esgrime con apoyo en el contenido fraccionado de la prueba, como se verá.

En la declaración del 5 de enero de 2005 rendida ante el instructor, el señor José del Carmen Castro Silvera expresó lo siguiente:

“Yo estaba con mi papá PEDRO CASTRO y el PAPI a quien mi papá busca para que lo ayude en el negocio de cantina y DELIO quien estaba afuera de la cantina, ya nosotros habíamos apagado la música y el pai (sic) estaba metiendo las sillas y en eso venía el muchacho que venía pasando y DELIO lo llamó y después ahí estaba discutiendo y se empujaban y mi papá les dijo que no fueran a pelear pero el muchacho DELIO sacó un puñal y después venían los hermanos de DELIO, uno de nombre Marquito, y otro ALEX y el otro ALVARO, y todos lo llevaban rodeado y el pelado reculando y vimos que DELIO llevaba cuchillo.

Nosotros no sabemos por qué viene el problema... El muchacho pasó como a las 3:30 de la mañana y nosotros los vimos hablando bien ahí, duraron hablando y después salieron de discusión, el lugar estaba oscuro porque las lámparas están dañadas. El muchacho que murió era buena gente y no metía con nadie. PREGUNTADO: a que distancia se encontraba usted del lugar donde dice que hablaba DELIO con el joven NESTOR.

CONTESTO: como de 20 a 25 metros de adentro de la cantina a donde estaban ellos y donde lo mató. Yo observe que DELIO le tiraba con el puñal y el muchacho subía los brazos como para defenderse pero él estaba sin arma e iba retrocediendo y entonces los hermanos de DELIO atacaban al muchacho con puños y DELIO le tiraba con la puñaleta... el muchacho nunca llegó a entrar a la cantina, lo que pasó es que DELIO se para de donde está sentado y lo llama y se puso a hablar con él y ahí salieron de discusión... yo estaba adentro de la cantina y cuando oímos el alboroto de que peleaban y fue cuando mi papá dijo que no pelearan y en eso fue cuando venían los hermanos de DELIO y saca el puñal y lo atacaron y el pelao cayó en patio escueto” (folio 40, c .o. 1).

En la declaración rendida dentro de la audiencia pública en la sesión del 28 de

noviembre de 2005, CASTRO SILVERA manifestó:

“Nosotros, mi papá, estaba yo, y otro muchacho que se llama ‘el papi’ no se como se llama, creo que es Hernández, mi papá estaba metiendo las cervezas yo estaba recogiendo los CD y el otro muchacho estaba recogiendo las sillas, entonces DELIO estaba afuera y sus hermanos, MARQUITOS, ALEX y un sobrino de DELIO de nombre ALVARO PACHECO, cuando estábamos adentro nosotros salimos mi papá y yo y el otro muchacho salimos a ver la pelea de DELIO con el señor NESTOR HERNANDEZ, entonces DELIO saca un puñal, estaba peleando y mi papá les dijo ustedes que van a pelear, nosotros con los nervios cerramos las puertas y salimos para la casa. El comenzó la pelea como a 5 metros de la cantina el muchacho cae como a 20 metros... Yo vi que estaban peleando ellos dos, el le tiraba DELIO a NESTOR, el se defendía como podía, de ahí no vi más nada... ellos estaban ahí discutiendo y los hermanos atacaban también al muchacho... fue un puñal, NESTOR no tenía armas, quien tenía era DELIO. DELIO tenía un puñal, pero no le puedo decir como era el arma. REPREGUNTADO ALEX CASTRO Y ALVARO PACHECO usted los vio cuando sujetaban a la víctima o le propinaban cuchilladas CONTESTO No señor, lo llevaban atacando el iba reculando y este le iba DELIO le iba tirando con la navaja... REPREGUNTADO: cuando usted manifiesta que la pelea se originó a 5 metros del establecimiento, usted vio cuando el señor DELIO, le causaba las heridas a la víctima CONTESTO Si, lo iba atacando. REPREGUNTADO: cuando manifiesta que él cayó la víctima, como a 20 metros del establecimiento, usted lo vio. CONTESTO no señor, el mismo día pero como a las 10 u 11 del día fue que nos dimos cuenta donde cayó. REPREGUNTADO pero si vio cuando el señor DELIO le propinaba las heridas a la víctima CONTESTO NO el lo llevaba atacando, no se. REPREGUNTADO en declaración anterior usted manifiesta que vio al señor DELIO causándole las heridas CONTESTO no, ellos lo llevaban atacándolo...” (Folio 98 c. o. 2).

Por su parte, el señor Pedro Manuel Castro Crespo declaró ante el fiscal el 5 de enero de 2005 lo siguiente:

“El día 31 de diciembre del pasado año hasta las cuatro y media de la madrugada del día 1 de enero del 2005, yo estaba con JOSE DEL CARMEN CASTRO, un hijo mío y otro amigo que le dicen EL PAPI SILVERA HERNANDEZ, y pasó que el muchacho DELIO, yo ya tenía la cantina cerrada porque me iba a acostar entonces DELIO se quedó afuera y yo estaba llenando las cervezas en el congelador para venderlas durante el día 1 de enero, y el muchacho que murió venía y yo oí cuando DELIO le dijo ven acá y yo me puse a meter las cervezas y al rato siento la discusión de los dos, DELIO y el muchacho y se están empujando y yo les dije oye están fregaos porque van a pelar y cuando están cerquita empujándose vino DELIO y sacó una navaja, eso pasó a cinco metros de la cantina a la calle, y el muchacho como estaba desarmado, y DELIO le tiraba viajes con la puñaleta y el muchacho iba reculando, entonces al ratico salieron los hermanos de DELIO que se llama MARCOS CASTRO y el otro ALEX CASTRO y otro que es como sobrino de ellos que no se como se llama, yo y al hijo mío y al PAPI nos dio nervios y cerré la cantina y nos fuimos, cuando yo vi que el DELIO le tiraba con la puñaleta me dio nervios y yo me fui y el muchacho cayó como a veinte metros de la cantina por un patio escueto, y como le dije yo me fui y al ratico se oía que decían que DELIO apuñaleó a uno... Yo vi a DELIO que le tiraba con la puñaleta a NESTOR y en eso veo que vienen los hermanos y el sobrino y no me di cuenta de más nada porque cerré la cantina y me fui para mi casa y al muchacho herido lo encuentran a veinte metros de la cantina... Yo no se si se conocían o si eran amigos o enemigos, yo escuché que DELIO llamó al muchacho le dijo hey ven acá y después siento que están discutiendo y DELIO saca la puñaleta y empieza a tirar viajes al muchacho” (folio 42 c. o. 1).

En el testimonio vertido durante la audiencia pública, sesión del 28 de noviembre de 2005, el señor Castro Crespo narró lo siguiente:

“El local mío tiene 3 puertas, de las tres puertas hay dos cerradas, esta una abierta la cerveza se me había terminado y el hijo mío está recogiendo los CD del equipo y yo estoy llenando las cervezas, en ese momento yo escucho que el señor DELIO con

GASPAR están discutiendo, entonces en la discusión, fue como a 5 metros del local, afuera, yo me paro en la puerta y los veo y les dijo (sic) ustedes están jodidos que van a pelear, entonces el señor DELIO saca una navaja, entonces a mi me dio nervio, cerré las puertas con el hijo mío y nos marchamos, ahí estaba un hermano de él MARCOS CASTRO Y ALEX ACUÑA, y otro que no se como se llama un tal ALVARO, no se quien es, yo cerré y yo me fui como a los 15 minutos me enteré de que uno estaba herido por allá pero como a 20 metros del local mío...PREGUNTADO en declaración anterior la fiscalía del 5 de enero de 2005, usted manifiesta: 'vino DELIO y sacó una navaja, eso pasó a los 5 metros de la cantina a la calle, y el muchacho como estaba desarmado, y DELIO le tiraba viajes con la puñalita y el muchacho iba reculando' que tiene usted que decir al respecto. CONTESTO. Sacó la navaja y yo cerré la puerta..." (Folio 94 c. o. 2).

En la sentencia demandada, sobre el punto materia de debate, esto es, si existía base probatoria para imputar la circunstancia de agravación, el juzgador colegiado discurrió de la siguiente forma:

"Toda vez que el recurrente inconforme con la decisión de primera instancia no niega su autoría o responsabilidad frente al hecho punible endilgado en su contra, además que limita su impugnación a la calificación como delito agravado, la cual fue impuesta desde los orígenes del proceso en la resolución de acusación, consecuentemente debe la Sala dejar por sentado que no ahondara (sic) en el tema de la sindicación por homicidio por no ser materia de descontento por el apelante.

Ahora bien, en lo que respecta a la causal que agravó el tipo de la conducta, es decir, la estipulada por la causal 7ª del artículo 104 del Código Penal vigente, el cual se refiere cuando el hecho se cometa colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación, para lo cual se aprecia que de acuerdo al análisis probatorio obrante en la foliatura se desprende no solo el carácter demostrativo que se acredita de la responsabilidad del condenado, sino que además evidencia el

móvil o el conducto que utilizó el encartado DELIO CASTRO para atentar en contra de la humanidad de su víctima NESTOR GASPAR HERNANDEZ.

De la conducta punible, que aparece demostrada motivadamente en la sentencia condenatoria de primera instancia, cabe anotar que aunque el A-quo no fue muy enfático en el tema de la circunstancia que agravó el tipo, ello no significa la falta de mérito en su aplicación, es decir, no se puede afirmar que esta fuese improcedente, por el contrario se encuentra plenamente comprobada la situación de aprovechamiento de las circunstancias de desventaja en que se encontraba el victimario, lo cual es utilizado como estímulo en el actuar delictivo, para entonces terminar con la vida de su contrincante.

En vista de esta situación, resulta pertinente realizar una relación de los aspectos que desde el punto de vista del agresor se encontraban a su favor, según los testigos presenciales de los hechos, tales como:

1. Iniciamos el cotejo con el Sr. JOSÉ CASTRO SILVERA quien sostiene haber presenciado el desenvolvimiento de la disputa entre el procesado y su víctima, de lo cual manifestó:

(...)

2. A su vez el propietario de la cantina donde sucedieron los lamentables hechos que terminaron con la muerte del joven NESTOR HERNANDES, el Sr. PEDRO MANUEL CASTRO, sostuvo en su declaración lo siguiente:

(...)

Lo anterior concuerda indiscutiblemente con un estado de superioridad numérica innegable en cuanto a los atacantes que se enfrentaban en contra del finalmente occiso HERNANDEZ DE LA HOZ, independientemente de la intención de cada uno de los

agresores, es decir, ya que obviamente los hermanos y/o acompañantes del encartado simplemente intentaban amedrentar a su víctima y brindar su apoyo incondicional con respecto al pleito que se disputaba, mas su finalidad no era terminar con la vida del agredido, caso contrario era la posición del autor principal o imputable de la conducta, quien armado con un elemento corto punzante tendía a ultimar la humanidad de su opositor, propósito que consiguió con el apoyo de individuos que no influyeron determinadamente con el acto criminal, como para ser juzgados por su conducta indebida, tal y como lo sugiere el impugnante en su respectiva sustentación del recurso impetrado, pero que sí representaron la ventaja aparente o numérica que influyó en la intimidación de la víctima.

No se puede pasar por alto el grado de alcoholemia en que se encontraban tanto el sujeto activo como pasivo de la conducta, quien en el caso del obitado lo hacía más vulnerable a esquivar los ataques que con el arma corto punzante le propinaba su adversario, caso contrario del atacante para quien el exceso de alcohol lo impulsa a consumir a como de lugar su propósito de ultimar a NESTOR HERNANDEZ.”

Como se ve, para el tribunal sí obraba dentro del proceso prueba suficiente para sostener la imputación de la causal de agravación del homicidio, por cuanto en los testimonios de José Castro Silvera y Pedro Manuel Castro quedó retratada la manera como el procesado DELIO ENRIQUE CASTRO, blandiendo arma corto punzante, emprendió el ataque en contra de Néstor Gaspar Hernández de la Hoz, respaldado o apoyado por unos familiares que lo agredían con puños.

Ahora bien, el contenido genuino de las declaraciones en cuestión acaba por derrumbar la tesis sostenida por la casacionista. Recuérdese que de manera hábil sostiene que en la oscuridad y a 20 o 25 metros de distancia ningún ser humano es capaz de percibir imágenes, pero lo que elude mencionar es que los testigos vieron desde una distancia de 5 metros el momento exacto en que CASTRO ACUÑA empezó a lanzarle

puñaladas a Hernández de la Hoz, la manera como éste reculaba tratando de defenderse con sus brazos y la llegada de los familiares de aquél que también la emprendieron contra la víctima; cosa diferente es que hayan dicho los declarantes que ésta cayó a 20 o 25 metros de distancia medida desde la cantina, lo que no equivale a decir que allí fue el sitio en el que se asestaron las heridas que le segaron la vida, ni que hayan estado en imposibilidad de presenciar el instante preciso en el cual comenzó la agresión por parte de la única persona que tenía en su mano la puñalita, esto es, DELIO ENRIQUE CASTRO ACUÑA, lo cual hicieron, se repite, desde 5 metros.

Como la valoración de las pruebas consultó los postulados de la sana crítica y en atención a que las reglas de la experiencia aducidas por la demandante no tienen tal carácter, el cargo será desestimado.

Casación oficiosa

Razón le asiste el señor Procurador Delegado al sugerir a la Corte la activación de la facultad que le confiere el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, porque en las sentencias de las instancias se conculcaron las garantías del *non bis in idem* y de legalidad.

En efecto, en cuanto a la primera de tales garantías, el quebranto aparece en la tarea de mensura de la punición adelantada por el juez de conocimiento, que no mereció reparo alguno por parte del *ad quem*.

El Juez 1º Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, Atlántico procedió a señalar que la pena para el delito de homicidio agravado iba de 25 a 40 años de prisión –que era la vigente para el momento en que ocurrieron los hechos, y que, de conformidad con los artículos 60 y 61 del Código Penal, los cuartos de movilidad eran: el primero, entre 300 y 345 meses; el segundo, de 345 a 390; el tercero, de 390 a 435 y, el último, de 435 a 480 meses.

Luego, como encontró que concurría la atenuante de ausencia de antecedentes al lado de la circunstancia de agravación específica señalada en el artículo 104-7 del Código Penal, la pena a imponer estaría dentro de los cuartos medios, por lo que al considerar la gravedad de la conducta, el daño real creado con ésta y la intensidad del dolo, fijó la pena en 360 meses de prisión, es decir, 15 meses por encima del tope mínimo del segundo ámbito de movilidad.

Empero, la solución sugerida por el agente del Ministerio Público consistente en despejar a qué porcentaje equivalen esos 360 meses respecto del hito máximo del primer cuarto medio, 390 meses, deviene gravosa para los intereses del procesado.

Sobre la manera de llevar a cabo la dosificación punitiva, la Corte, en sentencia del 30 de noviembre de 2006 emitida dentro del radicado 26.227, señaló:

“Pues bien, en orden a abordar el estudio del único cargo propuesto en la demanda, resulta pertinente recordar que el Capítulo Segundo, Título IV del Código Penal -artículos 54 a 62-, se ocupa de definir los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad, señalando en detalle las diferentes etapas que debe agotar el fallador para establecer la sanción.

En esa dirección, lo primero que ha de hacer el juez es fijar los límites mínimos y máximos de la pena, establecidos en el tipo penal por el que se procede, disminuidos y aumentados en virtud de las circunstancias modificadoras de punibilidad concurrentes, que se aplican con base a las reglas que prescribe el artículo 60 del Código Penal, conformándose de esta manera el llamado marco punitivo.

Enseguida procede establecer el ámbito punitivo de movilidad, para lo cual se ha de dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, determinados con base en los fundamentos no modificadores de los extremos punitivos, esto es, las circunstancias de menor y mayor punibilidad señaladas en los artículos 55 y 58 ídem, ámbito que viene a servir de barrera

de contención para limitar la discrecionalidad judicial, pues el juez sólo podrá ejercer su arbitrio en la dosificación dentro del tracto formado por los respectivos cuartos.

Pero a pesar de que el método para obtener el ámbito punitivo de movilidad ordena dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 61 sólo existen tres (3) ámbitos de movilidad: el primero, conformado con el cuarto mínimo, “cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva”, el segundo, con los dos cuartos medios “cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva” y, el tercero, con el cuarto máximo “cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva”.

Obtenidos esos tres tractos de movilidad, el inciso 3º del artículo 61 ídem dispone que el juzgador impondrá la pena dentro del cuarto o cuartos que corresponda, ponderando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. Además, en los casos de tentativa, se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

De tales preceptivas se obtienen, entre otras, dos conclusiones que la Sala destaca por ser necesarias para la solución del caso:

a. Que sólo existen tres ámbitos punitivos de movilidad, conformados con los cuatro cuartos que a su vez conforman el marco punitivo específico.

Que el sentenciador en la determinación particular de la pena debe moverse dentro del ámbito de movilidad que corresponde al caso, pues, en caso contrario, la pena aunque se encuentre dentro del marco punitivo, resultaría ilegal porque la discrecionalidad a la

luz de la Ley 599 de 2000 está reglada en términos de medición cuantitativa.”

Para el caso que nos ocupa, es claro que el juez de primera instancia se equivocó al ubicarse en los cuartos medios por considerar que concurría una circunstancia de menor punibilidad, la carencia de antecedentes penales, con la circunstancia específica de agravación contenida en el numeral 7º del artículo 104 de la Ley 599, porque precisamente ésta fue la base para imputarle el delito de homicidio agravado y partir de una pena de 25 años de prisión, luego no era posible, en acatamiento a la garantía fundamental del non bis in ídem, volverla a considerar para ubicarse en un ámbito superior de movilidad.

Como lo señala el Procurador Delegado, cuando el artículo 61 del Estatuto Penal menciona las circunstancias de atenuación o agravación punitiva como aquellas a tenerse en cuenta para la ubicación en alguno de los ámbitos de punibilidad, no se refiere a aquellas que tienen la virtualidad de modificar los extremos punitivos, sino a aquellas que denomina como de menor o mayor punibilidad en los artículos 55 y 58 ibídem, como, respecto de las primeras, la carencia de antecedentes penales (numeral 1º).

Por tal razón, y teniendo en cuenta que en este caso específico no fue imputada de manera oportuna ninguna circunstancia de mayor punibilidad, es decir, las que permiten la mensura dentro del respectivo ámbito de punibilidad, es necesario, entonces, redosificar la pena que corresponde a la delincuencia ejecutada por CASTRO ACUÑA.

El artículo 104 de la Ley 599 establecía una pena de prisión de 25 a 40 años para el delito de homicidio agravado, es decir, entre 300 y 480 meses, que genera un ámbito de punibilidad de 180 meses, los cuales dan los cuartos, así:

Mínimo: de 300 a 345 meses

Primer cuarto medio: de 345 a 390 meses

Segundo cuarto medio: de 390 meses a 435

Máximo: de 435 a 480

Entonces, si sobre un referente de 345 meses en su oportunidad el juzgador hizo un aumento de 15 meses, lo cual equivale a un porcentaje del 4.3%, en esa misma proporción, sobre un referente de 300 meses, debe aumentarse el mínimo del cual se parte, lo cual equivale a 12 meses y 27 días, quedando un total de pena de prisión de 312 meses y 27 días

De otra parte, el principio de legalidad de la pena, también erigido como garantía fundamental, fue violado por los juzgadores de las instancias.

La anomalía aparece ostensible cuando se observa que, sin más consideración, el juez de primer grado impuso la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por período igual al de la pena principal, esto es por 360 meses de prisión, sin percatarse que el máximo posible de tal sanción, así acceda a la de prisión, es de 20 años, como lo señala el inciso 2º del artículo 51 del Código Penal, salvo que se trate de pena impuesta a servidor público condenado por delitos contra el patrimonio del Estado porque en tal evento se aplica el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución, que no es el caso de que trata el presente proceso.

Por tal razón, la pena accesoria se fijará en el máximo de 20 años.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO CASAR la sentencia en punto de los aspectos alegados en la demanda de

casación presentada en nombre del procesado DELIO ENRIQUE CASTRO ACUÑA.

SEGUNDO: CASAR PARCIALMENTE Y DE OFICIO la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 21 de junio de 2006, para declarar que las penas que debe purgar DELIO ENRIQUE CASTRO ACUÑA como autor responsable del delito de homicidio agravado en la persona de Néstor Gaspar Hernández de la Hoz, son de 312 meses y 27 días de prisión, como principal, e inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas, en su carácter de accesoria, por el término de 20 años.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Comisión de servicio

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Comisión de servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria