

Proceso No 28198

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 98

Bogotá D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil ocho (2008).

VISTOS

Mediante sentencia del 15 de junio de 2004, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena absolvió a YAMIL CARABALLO SALCEDO, quien fue acusado por los delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; y condenó por los mismos ilícitos, en calidad de autor a REMBERTO TORRES UTRIA, a la pena de trece (13) años ocho (8) meses de prisión, a inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al pago de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales por concepto de indemnización de perjuicios morales; y le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Al desatar la apelación interpuesta por el defensor y el apoderado de la parte civil, con fallo del 28 de febrero de 2007, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla -actuando como órgano de descongestión- modificó la sentencia de primera instancia, en el sentido de revocar la absolución y en su lugar condenar también a YAMIL CARABALLO SALCEDO por los delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas

de fuego de defensa personal; aumentó la sanción por la coparticipación criminal, quedando entonces aquél y REMBERTO TORRES UTRIA, condenados a diecisiete (17) años de prisión, a inhabilitación de derechos y funciones públicas por igual término; al pago de cincuenta (50) salarios por concepto de indemnización de perjuicios morales; y les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En esta oportunidad, la Sala califica el aspecto formal de la demanda de casación presentada por el apoderado conjunto de los implicados y adopta oficiosamente otras determinaciones.

HECHOS

Fueron relatados de la siguiente manera en la resolución acusatoria:

“Narran los autos que el día primero (1) de diciembre de 2002, a eso de las nueve de la noche, en la caseta ubicada en el barrio La Quinta, calle segunda de Las Flores de esta ciudad, donde se llevaba a cabo un baile comunitario, se presentó una gresca entre los señores ROBERTO CARLOS FRÍAS y SANDY OSPINO, en el que (sic) éste poseyendo una champeta o arma blanca procedió a amenazar y amagarle tanto a aquél como a otro señor apodado EL PANDU, por cuanto este sujeto supuestamente tres meses atrás le había inferido (sic) unas lesiones personales; ante tal eventualidad ROBERTO CARLOS procedió a hacer varios disparos al aire y salió de la caseta.

Ya en la esquina de la caseta, ante nueva agresión, ROBERTO CARLOS disparó su arma de fuego contra la humanidad de SANDY, resultando herido en el abdomen; inmediatamente REMBERTO TORRES UTRIA, quien se encontraba muy cerca, le dispara a ROBERTO CARLOS por la espalda y al desplomarse éste¹, se acercaron SANDY, REMBERTO y YAMIL CARABALLO SALCEDO, quienes al mismo tiempo le propinan golpes en la cara y mano, lo despojan del revólver, procediendo este último a realizar un disparo con su arma y de fuego y pronunció amenazas a las

personas presentes, para que no le prestaran ayuda al herido mortal, para luego emprender todos la huída.” (Folio 287 cdno. 1. Se destaca)

LA DEMANDA

Dos cargos contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla propone el defensor de YAMIL CARABALLO SALCEDO y REMBERTO TORRES UTRIA, con fundamento en la causal primera de casación prevista en el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), por violación indirecta de la ley sustancial; y por incongruencia, según la causal segunda ibídem.

PRIMER CARGO: violación indirecta de la ley sustancial

Asegura que los Jueces de instancia incurrieron en varios yerros, por los siguientes motivos:

- Se acogió la versión de dos declarantes que no estaban presentes en la escena del crimen -no especifica quiénes-, de modo que dejó de aplicarse el artículo 32 (ausencia de responsabilidad) del Código Penal, Ley 599 de 2000.
- En su testimonio, Ever Aponte, desnaturaliza la prueba de cargos, pues él informó que las señoras Yulis Puello y Jakeline Carrillo, no se encontraban en el lugar de los hechos.
- Según lo declarado por Rafael Julio, Jorge Luis Cañate y Alexander Figueroa, YAMIL CARABALLO SALCEDO fue un simple espectador pasivo de los hechos.
- CARABALLO SALCEDO tiene su propia arma de fuego, con salvo conducto, por lo cual no ha debido ser condenado por porte ilegal, sólo porque con un arma distinta se cometió el homicidio, de acuerdo con lo concluido en la experticia.

-. Las “testigos de cargos”, señalan que YAMIL CARBALLO “disparó en la frente del occiso”, hecho que fue desmentido por la prueba científica; pero aún así el Tribunal Superior les otorgó credibilidad, tras asegurar que ellas no tenían por qué estar enteradas de aspectos técnicos.

-. Además, “los testigos” de descargos avalan la tesis de la legítima defensa, por parte de REMBERTO TORRES, quien se defendió de la agresión injusta contra su integridad.

-. En su declaración, Ever Aponte, coincide con los testigos de descargo, cuatro en total; y debe concederse mérito a sus versiones, a la luz del derecho probatorio y la crítica del testimonio.

Con base en lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo impugnado y, en su lugar, absolver a los implicado YAMIL CARABALLO SALCEDO y REMBERTO TORRES UTRIA.

SEGUNDO CARGO: congruencia

Sostiene el libelista, que sin haber acudido al procedimiento de variación jurídica de la conducta, en el fallo de segundo grado se agregó la circunstancia contenida de mayor punibilidad contenida en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal.

No hace una petición concreta como consecuencia de este reproche.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. CON RELACIÓN A LA DEMANDA

El libelo presentado por el defensor de YAMIL CARABALLO SALCEDO Y REMBERTO TORRES UTRIA no satisface los requisitos formales establecidos en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000. Debido a ello, será inadmitido.

Dado que el recurso extraordinario de casación se rige por el principio dispositivo, las pretensiones de la demanda delimitan la competencia de la Sala de Casación Penal, con excepción de la nulidad que puede ser decretada oficiosamente en aras de la protección de los derechos fundamentales y la eventual intervención de oficio para el restablecimiento de garantías superiores a los sujetos procesales, si a ello hubiere lugar.

Por tanto, no constituye una especie de tercera instancia; no consiste en someter a un nuevo juicio al procesado, ni en sede de casación puede postularse un debate probatorio generalizado y sin acatamiento de la lógica argumentativa que le es inherente, puesto que el recurso extraordinario no fue concebido como un medio adicional para litigar libremente, sino como una excepcional manera de llevar a conocimiento del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria el fallo proferido por el Ad-quem, por las causales taxativamente señaladas en la ley, que hubiesen sido seleccionadas y adecuadamente desarrolladas en la demanda.

De ahí que, el recurso de casación se concibe como un instituto procesal extraordinario que busca remediar o poner fin a la violación de la Constitución Política, del bloque de constitucionalidad en lo pertinente y de la ley, que hubiese ocurrido y se refleje en la sentencia de segunda instancia, por errores de juicio o de actividad; y como tal, comporta la elaboración de un juicio lógico jurídico sobre la sentencia misma, siguiendo el derrotero trazado en las causales invocadas.

No se trata de exigir que el libelista estructure fórmulas únicas o sacramentales para postular sus reproches, ni se precisa siquiera que utilice la terminología acuñada por la doctrina y la jurisprudencia para designar las distintas especies de errores en la estimación probatoria. Sin embargo, sí es de esperarse que el casacionista discurra de un modo claro, lógico, y profundo, hasta demostrar que el fallo presenta defectos protuberantes en su estructura jurídica, de tal suerte que no es factible mantener su vigencia.

1. Sobre la violación indirecta de la ley sustancial

Aún cuando el defensor menciona la existencia de errores en la valoración probatoria, se dispersa en múltiples afirmaciones en tal sentido, sin la argumentación analítica y profunda que en cada caso requiere el recurso extraordinario; de suerte que no es factible desentrañar la formulación de los cargos, ni su fundamentación “en forma clara y precisa”, según exige el artículo 212 de la Ley 600 de 2000.

1.1 La jurisprudencia de la Sala ha reiterado en múltiples ocasiones que puede demandarse la casación del fallo con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo, por violación indirecta de la ley sustancial, cuando el Tribunal en el ejercicio de la apreciación probatoria haya incurrido en errores de hecho o de derecho

El error de hecho, que al parecer fue el camino que eligió el libelista, puede estar determinado por: falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio.

-. Incurre en error de hecho por falso juicio de existencia el juez que omite apreciar una prueba legalmente aportada al proceso, o cuando, contrario sensu, infiere consecuencias valorativas a partir de un medio de convicción que no forma parte del mismo por no haber sido incorporado.

-. El error de hecho por falso juicio de identidad supone, en cambio, que el juzgador sí tiene en cuenta el medio probatorio legal y oportunamente practicado; no obstante, al sopesarlo lo distorsiona, tergiversa, recorta o adiciona en su contenido literal.

En este evento, el censor tiene la carga de confrontar por separado el tenor literal de cada prueba sobre la que hace recaer el yerro, con lo que el Tribunal pensó que ellas decían; y así, demostrada la diferencia y el desfase, debe continuar hacia la trascendencia de aquella impropiedad.

-. Si la prueba existe legalmente y es valorada en su integridad, pero se le asigna una fuerza de convicción que contraviene los postulados de la sana crítica, es decir, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia común y los aportes de las ciencias, se incurre en error de hecho por falso raciocinio.

En esta hipótesis, el demandante corre con la carga de demostrar cuál postulado científico, o cuál principio de la lógica, o cual máxima de la experiencia fue desconocido por el juez, e igualmente tiene el deber de indicar cuál era el aporte científico correcto, o cuál el raciocinio lógico, o cuál la deducción por experiencia que debió aplicarse para esclarecer el asunto debatido.

-. La trascendencia de los yerros endilgados al Ad-quem no consiste, como suele creerse, en las afirmaciones personales que al respecto haga el demandante, sino en demostrar con argumentos razonables que de haberse valorado correctamente las pruebas sobre las que se hacen recaer los errores, entonces el sentido del fallo sería distinto, porque sus fundamentos actuales perderían sustento y no podrían subsistir.

1.2 El libelo que examina se asemeja por entero a un alegato de instancia, confeccionado libremente, sin consultar la realidad procesal y sin el rigor argumentativo condigno a la pretensión de quebrar el fallo, conformado por las sentencias convergentes en el mismo sentido; y, además, no postula ni desarrolla alguna de las modalidades de error, independientemente de que no lo mencione con el nombre atribuido por la jurisprudencia y la doctrina, de modo que no es factible deducir su verdadero sentido.

1.3 El libelista asegura que los Jueces de instancia apreciaron defectuosamente las pruebas testimonial y científica, sin especificar siquiera a quién o a qué aspectos concretos se refiere en cada evento; y, en ningún momento cuestiona el fundamento del fallo por correlación con la manera como los funcionarios judiciales sopesaron el conjunto

integral de medios de convicción acopiados.

En lugar de una argumentación de esa naturaleza, el libelista persiste en anteponer su propia versión, a través de comentarios genéricos y desarticulados para tratar de convencer que YAMIL CARABALLO SALCEDO y REMBERTO TORRES UTRIA, son inocentes.

1.4 En el fallo se hizo referencia a todo el conjunto de pruebas recaudadas, análisis que le permitió concluir, entre otras cosas que: i) Yulis Paola Puello y Jacqueline Carillo sí estuvieron presentes en el escenario del crimen y, por ello, observaron a los implicados como protagonistas del homicidio; ii) si bien los declarantes Alexander Figueroa Caraballo, Marcial Torres San Martín y Rafael Julio Domínguez Castro concuerdan entre sí, sus relatos entran en contradicción con el resto de los medios acopiados; y carecen de fuerza demostrativa porque pretenden construir una legítima defensa inexistente; iii) se descarta la legítima defensa, porque el homicidio se produjo en una riña, “por viejas enemistades” donde hubo agresiones mutuas y se percibe claramente “la voluntad de los contendientes de causarse daño”; v) los procesados intervinieron en coautoría por división del trabajo delictivo; y vi) además de la herida por arma de fuego, que fue la generadora del deceso, se encontraron el cadáver un traumatismo craneoencefálico, lo que demuestra que Roberto Carlos Frías (occiso) continuó siendo agredido por los procesados, aún después de haberle disparado por la espalda.

Ese conjunto de reflexiones, que en el fallo se explican con remisión constante a la prueba respectiva, nada significaron para el libelista, quien especula sobre la manera como sucedieron las cosas.

La exposición del pensamiento del defensor, con la esperanza de que prevalezca sobre el criterio del Tribunal Superior, pero sin ligarla a la demostración de algún error en el ejercicio de estimación probatoria, no alcanza la entidad de un cargo a la altura del recurso extraordinario.

Demostrado lo anterior, es palmario que carece de base mínima aceptable al reproche planteado por el libelista, en el marco de la violación indirecta de la ley sustancial, máxime que, en adelante, sus opiniones se explayan en un campo subjetivo, sin posibilidad de ser admitidas como reflexiones condignas a las exigencias de la lógica jurídica y la argumentación razonable inherentes al recurso extraordinario; más aún cuando se busca la absolución de los procesados, lo cual implica quebrar el fallo proferido por el Tribunal Superior, que viene amparado con la doble presunción de legalidad y acierto.

1.5. Así las cosas, los planteamientos del libelista no tienen entidad para cuestionar la estructura jurídica y argumentativa del fallo, donde se expusieron pluralidad de razones sobre el mérito o poder suasorio de cada medio de prueba, máxime que éste, amparado por la presunción de legalidad y acierto, no se torna deleznable por el sólo hecho de que la defensa piense que el recaudo probatorio ha debido interpretarse de distinta manera.

2. Sobre la incongruencia

Si bien el censor enuncia en modo correcto la causal de casación que invoca, no ocurre lo mismo con el desarrollo del reproche, pues se limita a relatar que en el fallo se agregó una causal de incremento punitivo, que no fue endilgada en la resolución acusatoria.

Vale decir, la queja se redujo a ese enunciado, como si en sede extraordinaria bastase sugerir la presencia de un problema, para que la Corte Suprema de Justicia se encargue de revisar las actuaciones y hacer las comparaciones pertinentes, hasta obtener las conclusiones a que haya lugar.

El artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, exige al casacionista, frente a todos los cargos, sine excepción alguna, expresar “en forma clara y

precisa” las razones en que se cimenta su postura.

En tratándose de la causal segunda de casación, prevista en el numeral segundo del artículo 207 ibídem, es obligatorio que el censor demuestre la falta de congruencia a través de la comparación puntual y objetiva de la imputación contenida en la resolución acusatoria o en la variación de la calificación jurídica de la conducta si hubiese ocurrido en el juicio, con los factores asumidos por los jueces de instancia para dosificar la pena.

Sin un ejercicio de esa naturaleza, la utilización de palabras como incongruencia o falta de consonancia por el libelista, podrían no tener eco en la realidad procesal, sino en su visión particular y subjetiva del asunto, y es por ello que, el sólo enunciado no es admisible como un cargo autónomo de casación.

Las impropiedades advertidas con antelación conllevan a inadmitir la demanda, máxime que –con la excepción siguiente- en la revisión del expediente no se observa la vulneración de alguna garantía fundamental, que amerite el ejercicio de las facultades oficiosas de la Sala de Casación Penal en los términos del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000.

II. CASACIÓN OFICIOSA

Como lo precisó esta colegiatura en la Sentencia del 12 de septiembre de 2007 (radicación 26967), pese a que se inadmitirá la demanda, es factible enmendar de manera inmediata un yerro que conspira contra una garantía fundamental de los implicados, sin necesidad de disponer el traslado al Ministerio Público para que conceptúe al respecto.

-. En la resolución acusatoria proferida por la Fiscalía Décima Seccional de Cartagena, el 26 de junio de 2003, se endilgó a los procesados YAMIL CARABALLO SALCEDO y REMBERTO TORRES UTRIA la calidad de coautores del concurso de delitos integrado por

homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Con el Fiscal instructor no aludió a ninguna circunstancia de mayor punibilidad, ni en su descripción fáctica ni en su consecuente jurídico; y no se observan referencias al respecto en las motivaciones de la providencia acusatoria destinadas a la “calificación jurídica provisional”, ni en la parte resolutive. (Folio 287 cdno. 1)

-. En la sentencia de primera instancia, emitida el 15 de julio de 2004 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, se absolvió a YAMIL CARABALLO SALCEDO, y con relación a la punibilidad con relación a REMBERTO TORRES URRUTIA, a quien condenó, el A-quo expresó lo siguiente:

“Se procede a precisar el grado de pena a imponer haciéndose el bastanteo necesario de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 31, 55, 58, 60 y 61 del C.P. y al quantum penológico previsto en el artículo 103 (homicidio) en el que se prevé pena de prisión que va de trece (13) a veinticinco (25) años y FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMA DE FUGO O MUNICIONES contemplado en el C.P. Libro SEGUNDO, Título XII, Capítulo Segundo, Artículo 365 y sancionado con pena de uno (1) a cuatro (4) años.

Como quiera que en el caso que nos ocupa, no se presentan fundamentos reales modificadores de la pena, en lo que respecta al HOMICIDIO los extremos punitivos previstos en el Art. 103 del C.P. quedan inalterables.”

(...)

En atención a que en el expediente no existe constancia de antecedentes penales en contra del encartado, debe reconocerse a su favor la circunstancia de menor punibilidad consagrada en el numeral 1° del Art. 55 del C.P. Se estima por el Despacho imponer como pena ciento cincuenta y seis (156) meses de prisión en contra de REMBERTO TORRES URRUTIA por el punible de Homicidio.

Pero como quiera que en el presente caso se dio un concurso de conductas punibles, se considera y así se dispone, aumentar la pena en ocho (8) meses más, en lo concerniente al punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES, quedando en definitiva la pena en CIENTO SESENTA Y CUATRO MESES DE PRISIÓN. Es decir, trece (13) años, ocho (8) meses. (Folios 103 y 104 cdno. 2)

Como se observa, el Juez de primera instancia, después de dividir el ámbito de punibilidad en cuartos, a través de operaciones aritméticas correctamente elaboradas, por el delito de homicidio, impuso al implicado la pena de 13 años de prisión, que es el extremo inferior del cuarto mínimo, precisamente porque a su favor sólo militaba la buena conducta anterior, como circunstancia de menor punibilidad, y ninguna de mayor punibilidad, porque no le fueron endilgadas en la resolución acusatoria.

Esos 13 años derivados del homicidio, fueron incrementados con 8 meses más, por el concurso con el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, para un total de 13 años 8 meses de prisión.

-. El apoderado de la parte civil interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, de una parte, para que se revoque la absolución concedida a YAMIL CARABALLO SALCEDO, y, de otra, con el fin de que a los dos procesados se aumente la sanción, debido a que actuaron en coparticipación criminal. (El defensor de REMBERTO TORRES UTRIA también impugnó, con la pretensión de que este procesado fuera declarado inocente.)

Al desatar la alzada, con fallo del 28 de febrero de 2007, la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, después que decidió condenar a los dos implicados como coautores, con relación a la pena imponible, acotó:

“Como bien lo advierte el impugnante, el juez de primera instancia omitió ubicar los

cuartos correctos dentro de los cuales se debe aplicar la pena a Remberto TORRES UTRIA, toda vez que no son los mínimos sino los medios, pues aunque a favor del procesado concurre una circunstancia de menor punibilidad derivada de la carencia de antecedentes penales, también concurre una circunstancia de mayor punibilidad derivada de la coparticipación criminal, que se aplicará igualmente a Yamil CARABALLO SALCEDO, toda vez que se revoca su absolució n y se condena como coparticipe...”

(...)

Pues bien: en opini3 n de la Sala, el cuarto dentro del cual se debe aplicar la penas el primer cuarto medio porque en contra de los procesados concurre la circunstancia de mayor punibilidad derivada de la coparticipaci3 n criminal, prevista en el artí culo 58 del código penal, y el concurso previsto en el artí culo 31 de la misma obra.

(...)

Hechas las anteriores precisiones, deviene que para el caso, la inscripci3 n se debe hacer en el primer cuarto medio, y dentro de este, en su extremo menor, para quedar en definitiva la pena a purgar por Remberto TORRE UTRIA y Yamil CARABALLO SALCEDO en dieciséis (16) años de prisi3 n, pena a la que se incrementa en un (1) año de risi3 n por el concurso con el delito de Porte Ilegal de Armas de Fuego de defensa personal.”
(Folio 25 cdno. Tribunal. Las negrillas pertenecen al texto)

-. Como se observa, el Ad-quem incurrió en los siguientes yerros, que conspiran contra los derechos fundamentales de los procesados: i) agregó a la cuenta de cobro de los implicados la causal de mayor punibilidad consistente en “obrar en coparticipaci3 n criminal”, pese a que no fue endilgada a ellos en sus connotaciones fáctica y jurídica en la resoluci3 n acusatoria; ii) entendió que por tratarse de un concurso de conductas punibles operaba una especie de circunstancia de mayor punibilidad; iii) afectado por aquel pensamiento equivocado seleccionó los cuartos medios para dosificar la sanció n

imponible; y iv) decidió que con motivo del concurso entre el homicidio y el porte ilegal de armas, hacía un incremento de 12 meses, sin suministrar ninguna explicación acerca de por qué no acogía los 8 meses, que por el mismo concepto había determinado el Juez de primera instancia.

- No fue correcta la inclusión de la circunstancia de mayor punibilidad, prevista en el numeral 10° (obrar en coparticipación criminal) del artículo 58 del Código Penal, Ley 599 de 2000, cuando en la resolución acusatoria no se hizo tal imputación, en ninguna de las facetas de la doble imputación indispensable, fáctica y jurídica.

En reiteradas oportunidades la Sala de Casación Penal ha abordado ese tópico, así, por ejemplo:

En la Sentencia del 26 de octubre de 2006 (radicación 21198) se indicó:

“El Juez Penal del Circuito Especializado de Armenia reconoció en pro del implicado la circunstancia de menor punibilidad prevista en el numeral 1° (carencia de antecedentes penales) del artículo 55 de la Ley 599 de 2000; y en forma equivocada aseguró que concurrían las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 2° (motivo abyecto o fútil), 6° (hacer más nocivas las consecuencias del ilícito) y 10° (obrar en coparticipación criminal) del artículo 58 ibídem.

Ello explica que hubiese partido del segundo cuarto medio para señalar la pena correspondiente (...).

En el mismo error sobre las causales de agravación punitiva sucumbió el Ad-quem (...).

Olvidó el Juez colegiado que todos, sin excepción, los factores que inciden en la mayor punibilidad deben ser objeto de imputación fáctica jurídica en la resolución acusatoria; porque, si ello no ocurre, no quedan sometidos a la dialéctica que comporta del principio

de contradicción y, por tanto, el funcionario judicial no puede tenerlos en cuenta para dosificar la pena, a riesgo de vulnerar el derecho a la defensa y desconocer el principio de congruencia.”

En Sentencia del 14 de mayo de 2007 (radicación 25666) volvió a ratificarse la misma tesis jurisprudencial:

“Previamente, se precisa aclarar que la Sala difiere de lo conceptuado por el Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, sólo en cuanto afirma que en contra de los implicados concurre la circunstancia de mayor punibilidad consistente en “obrar en coparticipación criminal”, que trae el numeral 10° del artículo 58 del Código Penal.

Y la Sala difiere de tal aserto, por cuanto en la acusación no se endilgó ese factor; siendo claro que todos, sin excepción, los factores que inciden en la mayor punibilidad deben ser objeto de imputación fáctico jurídica en la resolución acusatoria; porque, si ello no ocurre, no quedan sometidos a la dialéctica que comporta el principio de contradicción y, por tanto, el funcionario judicial no puede tenerlos en cuenta para dosificar la pena, a riesgo de vulnerar el derecho a la defensa y desconocer el principio de congruencia.”

-. La misma línea jurisprudencial fue ratificada por esta Sala de la Corte en la Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (radicación 26207), se donde acotó:

“Ya no puede admitirse, como antaño se hacía, que existen algunas circunstancias de mayor punibilidad que son objetivas y que gravitan en el espectro de la acusación, así no se hayan endilgado fáctica ni jurídicamente.

En el derecho penal contemporáneo, constitucionalizado y de estricta culpabilidad, endilgar objetivamente un factor constitutivo del ilícito, o un ingrediente fáctico que incide en la punibilidad, significa ni más ni menos que aplicar en esa parte responsabilidad objetiva, a pesar de que el artículo 12 del Código Penal, Ley 599 de 2000,

al desarrollar en categoría de norma rectora el principio de culpabilidad, proscribiremos toda forma de responsabilidad objetiva. Un principio rector no admite excepciones, a menos que un precepto de igual o superior jerarquía lo condicione.

En otras palabras, el raciocinio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, debe extenderse a todas y cada una de las causales de mayor punibilidad concomitantes, fuere cual fuere la clasificación que la doctrina o la jurisprudencia, para efectos académicos, hicieren de ellas.

Es imprescindible en todo caso hacer análisis de contenido subjetivo. Así, para incrementar la sanción por “obrar en coparticipación criminal”, se precisa no sólo la imputación fáctica y jurídica en la resolución acusatoria, sino que, además, debe demostrarse en el fallo la manera como esa coparticipación se reflejó en el delito o en sus consecuencias; y todo, en forma singularizada para cada persona involucrada; pues, se insiste, en el derecho penal de hoy nada es objetivo, sino que, por el contrario, frente a todo elemento que incida en el tipo y por ende en la punibilidad, el juez está obligado a realizar una correcta subsunción de tipicidad, a verificar la antijuridicidad y a estructurar el merecido reproche de culpabilidad.”

-. Las circunstancias de mayor punibilidad, que autorizan a cambiar de cuarto en el ámbito de movilidad de la pena de un delito, son exclusivamente las contenidas en el artículo 58 del Código Penal, Ley 599 de 2000; su contenido aflictivo es de interpretación restringida y, por ende, no es jurídicamente viable que sobre esa selección taxativa que el legislador predeterminó se hagan agregados por analogía ni a discreción de los funcionarios judiciales.

-. El concurso de conductas punibles (artículo 31 ibídem) se trata por el legislador como un fenómeno jurídico que ocurre “cuando con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones” se infringe “varias disposiciones de la ley penal o

varias veces la misma disposición”; y al que corresponde la sanción calculada en la forma como dicha norma establece.

Desde ningún punto de vista el concurso de conductas punibles puede ser tomado como una de aquellas circunstancias de mayor punibilidad, que generan como efecto la ubicación del Juez en los cuartos medios o en el cuarto máximo, para el ejercicio de la dosificación de la sanción restrictiva de la libertad que correspondiere en cada caso concreto.

Lo anterior, además, porque en tratándose del concurso, antes de seleccionar cuál es el delito más grave, el funcionario judicial debe determinar el monto de la eventual sanción que correspondiere a cada delito aisladamente considerado; y es en ese cálculo individual por cada conducta, que se tiene en cuenta todas las circunstancias convergentes.

-. Cabe recordar que el artículo 59 del Código Penal, Ley 599 de 2000, estipula que “toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”.

El Juez colegiado se apartó de ese deber, cuando sin ofrecer explicaciones para ello, decidió que en lugar de 8 meses de incremento por el concurso con el delito de porte ilegal de armas, correspondían 12 meses.

El incremento así concebido, sin motivación ni fundamentación razonada, se observa arbitrario, dado que, si el A-quem tenía motivos para adoptar una determinación de esa naturaleza, se los reservó, de modo que vulneró el derecho fundamental del procesado al debido proceso, en cuanto incluye la motivación del fallo en todos sus extremos.

-. De conformidad con el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, la casación tiene por fines la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las

personas que intervienen en la actuación penal.

En consecuencia, se enmendarán los yerros advertidos, en el sentido de declarar que no concurre en contra de los procesados la circunstancia de mayor punibilidad consistente en “obrar en coparticipación criminal”, prevista en el numeral 10° del artículo 58 del Código Penal, porque no fue endilgada en la resolución acusatoria, ni sobre ella versó el debate probatorio, por sustracción de materia.

Por tanto, como sólo fue reconocida a favor de los implicados como circunstancia de menor punibilidad “la carencia de antecedentes penales”, enlistada en el numeral 1° del artículo 55 ibídem, es claro que para individualizar la pena el juzgador tenía que ubicarse en el primer cuarto, como lo dispone el artículo 61 del mismo régimen.

Se observa adecuado el razonamiento del Juez de primer grado, cuando aplicó la sanción mínima de 13 años de prisión para el delito de homicidio –que se produjo en medio de una riña con agresiones mutuas entre los contrincantes- y a ello aumentó 8 meses con ocasión del concurso con el ilícito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Por consiguiente, se casará parcialmente y de oficio el fallo, en el sentido de declarar que YAMIL CARABALLO SALCEDO y REMBERTO TORRES UTRIA quedan condenados a la pena de trece (13) años ocho (8) meses de prisión en calidad de coautores del concurso de delitos integrado por homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal; y al mismo lapso se contrae la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En todos los demás aspectos la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá permanecerá incólume.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Inadmitir la demanda de casación presentada a nombre de YAMIL CARABALLO SALCEDO y REMBERTO TORRES UTRIA. Contra esta determinación no procede recurso alguno.
2. Casar parcialmente y de oficio el fallo del veintiocho (28) de febrero de dos mil siete (2007), proferido por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Barranquilla, en el sentido de declarar que YAMIL CARABALLO SALCEDO y REMBERTO TORRES UTRIA quedan condenados como coautores del concurso de delitos integrado por delito homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, a la pena de trece (13) años ocho (8) meses de prisión. Al mismo término se reduce la inhabilitación de derechos y funciones públicas.
3. En todos los demás aspectos la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla permanece incólume.
4. Contra lo decidido en el presente fallo no procede recurso alguno.

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

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 De acuerdo con el protocolo de necropsia, el señor Roberto Carlos Frías Ojeda, de 23 años de edad, falleció por anemia aguda producto de herida de corazón por proyectil de arma de fuego. (Folio 196 cdno. 1)