

Proceso No. 28872

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA N.º.190

Santiago de Tunja, quince (15) de julio de dos mil ocho (2008).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Felicitó Mosquera Murillo contra la sentencia del 28 de agosto de 2007, en virtud de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la dictada el 20 de junio del mismo año por el Juzgado 32 Penal del Circuito de conocimiento, con la modificación en cuanto a la pena impuesta, y lo condenó por el delito de homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 2 de marzo de 2007, aproximadamente a las 23:30 horas, cuando Hernán Alonso Alzate Torres se disponía a poner marcha el vehículo de su propiedad, en compañía de su novia y de tres amigos, Felicitó Mosquera Murillo lo interceptó y le disparó en varias ocasiones con un arma de fuego, causándole instantáneamente la muerte.

Ante la huida del agresor y las voces de auxilio, una patrulla de la Policía Nacional lo capturó y le halló en su poder un revólver marca “Llama” calibre 38 sin salvoconducto.

2. El 4 de marzo de 2007, ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad, se realizó audiencia de legalización de captura, y la Fiscalía 87 Seccional le formuló imputación por el delito de homicidio, previsto en el artículo 103 del Código Penal, agravado por el numeral 3º del artículo 104 ibidem, toda vez que utilizó arma de fuego en la ocurrencia del ilícito. Mosquera Murillo se allanó a la imputación y seguidamente se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad.

En consecuencia, se dio pasó a la audiencia de individualización de pena que tuvo lugar el 17 de mayo siguiente ante el Juzgado 32 Penal del Circuito con funciones de conocimiento. Se citó para el 7 de junio siguiente con el fin de dar inicio al incidente de reparación integral, pero llegado el día, ante la inasistencia de la víctima y lo informado por su apoderada, se entendió desistida la pretensión.

El 20 de junio de 2007 se profirió sentencia de primera instancia en la que se le condenó a la pena principal de 20 años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El fallo fue apelado por la defensa y el Tribunal Superior lo confirmó, excepto en cuanto a la sanción impuesta que fijó en 215 meses de prisión. La accesoria corrió igual suerte.

LA DEMANDA

La defensora de Mosquera Murillo recurre la sentencia con apoyo en las causales segunda y primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

Antes de plantear los argumentos en los que sustenta la acusación explica que aunque su prohijado aceptó los cargos, le asiste interés para recurrir toda vez que la demanda no envuelve retractación sino que va dirigida a que se reconozca la prevalencia del

derecho sustancial.

1. Cargo principal. Nulidad por afectación de la garantía de legalidad y violación de la estructura del proceso.

A su defendido se le imputó el punible de homicidio agravado por una causal inapropiadamente deducida, cuando lo debido era endilgarle el de homicidio simple en concurso heterogéneo con el de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, cuya pena le resulta menos gravosa.

Este último se comete por el solo hecho de portar el elemento peligroso, y su representado lo llevaba consigo sin el correspondiente permiso de la autoridad competente. La agravación del numeral 3º del artículo 104 del Código no se refiere a la calidad del arma utilizada sino que exige que el ataque a la vida se realice por medio de la conducta delictiva prevista en el artículo 365 ibidem, esto significa que debe mediar, no el porte sin permiso, sino el delito jurídicamente considerado.

La imputación hecha por la Fiscalía no consulta el sentido de la norma (artículo 104-3), lo que lesiona el principio de legalidad. Esa irregularidad sustancial no se sana por la decisión “torpe” del procesado, por la “ligereza” del ente acusador ni por la “estulticia” del defensor que asistió a la audiencia de imputación. Si la aceptación de cargos viola el principio de legalidad, el acto está viciado de nulidad y, por ende, es nulo todo el procedimiento originado en esa actuación procesal.

La Juez del conocimiento no cumplió con lo reglado en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, que le exige examinar la aceptación de cargos a efectos de que no desconozca derechos fundamentales, tales como favorabilidad, legalidad y debido proceso. No escuchó la audiencia de imputación en la que se advierte que su defendido no respondía con seguridad y guardaba silencios, lo que da a entender que no estaba seguro de lo que decía.

Pide se decrete la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la audiencia de formulación de imputación.

2. Cargo subsidiario. Violación directa de la ley sustancial porque se aplicó indebidamente el numeral 3º del artículo 104 del Código Penal y se dejaron de aplicar los artículos 103 y 365 ibidem.

Se asumió erradamente que el porte de armas de fuego agrava el homicidio, en lugar de tenerlo como delito independiente, y con ello se quebrantaron los postulados de tipicidad, legalidad y favorabilidad.

El numeral 3º del artículo 104 exige que el ataque a la vida se realice por medio de la conducta prevista en el artículo 365, lo que significa que debe mediar el delito jurídicamente considerado, no tan solo el porte.

El porte de armas no es una circunstancia modificadora de la punibilidad del homicidio sino un delito autónomo, cosa distinta ocurriría con la conducta descrita en el artículo 356 del Código Penal porque en ese caso el hecho de disparar el arma de fuego contra el vehículo no puede naturalísticamente ejecutarse sin portar o llevar consigo el elemento. El fallador reconoció la existencia de dos tipos penales independientes pero de manera equívoca hizo que el homicidio consumara el porte como si se tratara de un concurso aparente de tipos.

Su defendido causó la muerte de un hombre y aunque no se incluyó en la imputación, portaba un arma de fuego sin salvoconducto. Ante esa situación se debió acudir al artículo 31 del estatuto sustantivo.

Pide se case la sentencia y se dicte la de reemplazo, en la que, aplicando los artículos 103 y 365, en concordancia con el 31 de Código Penal, se imponga la pena que legalmente corresponda como autor de homicidio simple en concurso con porte ilegal de

armas.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. La defensa reiteró los argumentos de la demanda y aclaró que la nulidad que solicita, en el evento de prosperar el cargo principal, se funda en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

La imprecisión de la fiscalía al hacer la imputación fue de tal entidad que el juez de control de garantías tuvo que pedirle explicación y aclaración. En esa audiencia su representado que había matado a otro con un arma de fuego, pero su defensor pasó por alto la irregularidad del agravante. Se le debió imputar el delito de porte de armas y ahí sí imponer el agravante.

En la audiencia de individualización de pena el abogado pidió a la juez del conocimiento declarar la nulidad por la ilegalidad de la agravación, pero la funcionaria manifestó que su oficio era solamente dictar sentencia. El Tribunal, por su parte, tampoco aceptó revisar el asunto

2. El delegado de la Fiscalía pidió no se case la sentencia porque los cargos imputados fueron correctos.

Recordó que el asunto relativo al agravante ya fue definido por la Corte en la sentencia del 25 de junio de 2007 (radicado 27.383), en la que se pronunció sobre la conexidad consecuencial.

Es cierto que el ente acusador olvidó imputar el concurso heterogéneo con porte ilegal de armas, pero ello ya no puede enmendarse.

No se violaron los principios de legalidad, debido proceso ni congruencia, y una vez

aceptados los cargos es inviable la retractación. El procesado aceptó los cargos imputados y el juez de conocimiento no tenía la función de verificar la legalidad porque ello le corresponde al de control de garantías, labor que se hizo en su momento cuando le pidió que escuchara con atención los cargos imputados, luego los recordó nuevamente, le preguntó si había entendido y lo interrogó sobre la voluntariedad de su decisión.

3. El Procurador Delegado para la casación penal solicitó casar la sentencia, proferir la de reemplazo por el delito de homicidio simple y redosificar la pena. Si la fiscalía desea investigar el delito de porte de armas tiene derecho de hacerlo.

Los dos cargos formulados se fundan en los mismos argumentos, pero de prosperar alguno, los efectos serían distintos. Es más favorable para el procesado que se dicte un fallo de reemplazo a que regrese el asunto a la imputación, porque allí se agravaría su situación.

Fue imprecisa la deducción del agravante del homicidio, porque el artículo 104, numeral 3, del Código Penal prevé que la pena será mayor si el homicidio se comete “por medio” de cualquiera de las conductas previstas en el capítulo II del título XII, y no todas las allí previstas son idóneas para lograr el homicidio. El legislador usó una fórmula genérica que resulta impropia para muchas situaciones porque no todas las modalidades delictivas allí previstas permiten la comisión del delito de homicidio, en tanto que se exige que el delito de peligro sea usado como medio para causar la muerte. Los verbos rectores del artículo 365 no son aptos para causar la muerte a otra persona.

Aunque en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia traída a colación por la Fiscalía se abordó el asunto, lo cierto es que allí se hizo referencia al lanzamiento de una granada de fragmentación y dentro los verbos rectores señalados en el artículo 359 aparecen “emplear” o “lanzar”, los que por sí mismos pueden causar la muerte.

Recuerda que esta Sala de Casación ha sostenido que una cosa es la retractación y otra pretender garantizar los derechos.

Por la naturaleza residual del instituto de las nulidades, no se hace necesario decretarla en esta oportunidad porque la Corte puede dictar la sentencia que corresponda y suprimir la agravación imputada.

No comparte los argumentos en los que la defensa sustentó el segundo cargo, porque si la Sala de Casación agrega el concurso violaría el principio de congruencia.

4. El representante de la víctima sostuvo que la sentencia no debe ser casada porque se cometió un homicidio agravado “a sangre fría” y sin escrúpulos.

Comparte los argumentos expuestos por la Fiscalía porque el homicidio agravado no es un tipo subordinado sino especial. El porte ilegal de armas de fuego como delito autónomo no puede ser más relevante que el homicidio agravado, como lo pretende la defensa y el Ministerio Público. De manera que el menor valor del porte de armas en el homicidio agravado se proyecta sobre aquél y lo consume.

Por constituir una unidad de acción e intención no puede hablarse de concurso real y material de tipos. El porte ilegal del arma sirvió de medio para acabar con la vida de la víctima.

El control de legalidad del allanamiento a cargos le corresponde hacerlo al juez de control de garantías y no al de conocimiento.

LAS CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Con fundamento en lo expuesto la Sala debe resolver (i) si se afectaron garantías

fundamentales, concretamente la legalidad y la estructura del proceso, y (ii) si hubo una aplicación indebida del 3º del artículo 104 del Código Penal y una falta de aplicación de los artículos 103, 365 y 31 ibidem.

Para tal fin verificará si el fallador acertó al aplicar en el caso concreto el agravante punitivo del homicidio por la utilización de un arma de fuego de defensa personal, y si el juez de conocimiento se encontraba limitado exclusivamente a individualizar pena sin hacer reparo alguno respecto al acto de allanamiento a la imputación.

Previamente estudiará si existe interés jurídico para recurrir.

2. El allanamiento a la imputación y el interés para recurrir

2.1. La Sala ha manifestado que cuando la persona a quien se le imputa la comisión de una conducta punible admite su responsabilidad de manera libre, consciente, espontánea e informada sobre las consecuencias que ello entraña, se encuentra impedida para luego plantear cualquier impugnación que busque deshacer los efectos de la aceptación¹. Con el allanamiento a la imputación fáctica y jurídica efectuada por la fiscalía el procesado admite ser el responsable de la conducta punible que se le endilga, en los términos en que se le formula, y renuncia al derecho de no autoincriminación y a un juicio público en el que se debata su responsabilidad en la comisión del ilícito.

En ese orden, resulta desatinado que luego de admitir su responsabilidad, bajo los lineamientos expuestos en la formulación de imputación, intente debatir un asunto que se dio por superado, menos cuando el juez verificó que su acogimiento fue libre y voluntario, sin presiones de ninguna índole, y se hizo en presencia de su defensor.

Esa postura se apoya en el artículo 293 de la Ley 906 de 20042, según el cual la aceptación de la imputación por parte del indiciado no admite retractación cuando

haya sido voluntaria, libre y espontánea, y descarta, en consecuencia, la posibilidad de que con posterioridad discuta asuntos relacionados con su responsabilidad, ya sea para debatir sobre su inocencia, para intentar una forma de degradación o inclusive para pregonar la existencia de una causal excluyente de aquella³.

2.2. No obstante, la jurisprudencia ha reconocido que hay eventos en los cuales, a pesar de que haya tenido lugar el allanamiento a cargos, es viable recurrir el fallo condenatorio. Ello tiene lugar cuando se demuestre en forma clara que en dicho acto se incurrió en vicios de consentimiento, en vulneración de garantías fundamentales, o cuando lo cuestionado sean aspectos relacionados con la dosificación punitiva o los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad⁴.

En efecto, cuando el imputado decide dar por terminado de manera anticipada el proceso y renunciar al juicio oral, en manera alguna se desprende de sus derechos y garantías fundamentales, por lo que -tal como lo ha manifestado la Corte- su situación no queda al arbitrio de los funcionarios judiciales, y “tratándose de nulidades, es un hecho que la defensa y el sindicado tienen interés para recurrir extraordinariamente, salvo, claro está, que se utilice este motivo de ataque como pretexto para retractarse de la aceptación de cargos”⁵.

2.3. En esta ocasión la recurrente no alega que el consentimiento de su defendido haya sido viciado, pero sí plantea vulneración de garantías fundamentales. Sin duda, el debido proceso es una garantía reconocida en la Carta Política y el principio de legalidad, como una de sus expresiones, puede resultar eventualmente lesionado cuando la conducta desplegada por el agente no se adecua al tipo penal imputado y con fundamento en el cual se profirió sentencia condenatoria, o cuando el proceder criminal solo encaja en una acción típica⁶.

En el caso sub examine la defensa de Mosquera Murillo se encuentra

legitimada para recurrir en casación porque, tal como se indicó en la demanda, su inconformidad no se orienta a controvertir la responsabilidad en el homicidio perpetrado - hecho que fue admitido- ni en el hecho de que para realizar la conducta se utilizó un arma de fuego. Su desacuerdo radica en el agravante presuntamente inexistente imputado por la fiscalía y acogido por los falladores.

Por consiguiente, de comprobarse que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, no es posible oponer la manifestación libre y voluntaria del indiciado y el presunto cumplimiento de las formas, a los derechos y garantías fundamentales.

3. La agravación del homicidio contemplada en el numeral 3º del artículo 104 del Código Penal

3.1. En el registro de la audiencia preliminar se advierte que la fiscalía imputó el delito de homicidio, previsto en el artículo 103 del Código Penal, agravado por el numeral 3º del artículo 104 ibidem, toda vez que Mosquera Murillo utilizó arma de fuego en la ocurrencia del delito.

En criterio del delegado de la Fiscalía y del apoderado de la víctima se acertó en la imputación hecha y esa posición fue avalada por la Corte en la sentencia del 25 de julio de 2007 (radicado 27.383).

En verdad en dicha providencia se hizo referencia a la conexidad consecuencial, en la medida en que existió nexo entre el hecho punible descrito en el artículo 366 del Código Penal -el acusado lanzó una granada de fragmentación- con los homicidios cometidos, toda vez que “el porte del arma tiene existencia propia frente a los ataques a la vida consumados y tentados con la misma”.

Sin embargo, las circunstancias fácticas que rodearon la comisión de las conductas

punibles en esa oportunidad difieren a las del hecho por el que se procede en esta ocasión. Además, la Corte considera necesario puntualizar el asunto con el propósito de evitar imprecisiones y futuras violaciones de garantías fundamentales.

3.2. El legislador consideró que el delito de homicidio, cometido en determinadas circunstancias, requiere de un juicio de valor extremo y por ende de una mayor sanción punitiva. El artículo 104 del Código Penal establece que la pena será de veinticinco a cuarenta años de prisión, aumentada en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo según la Ley 890 de 2004, cuando ese delito -el homicidio- se cometa, entre otras hipótesis, por medio de cualquiera de las conductas previstas en el capítulo II del título XI del libro segundo, esto es, el correspondiente a los delitos de peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones.

Sobre el delito complejo en la sentencia mencionada la Corte sostuvo:

“Respecto del criterio de consunción como solución al concurso aparente de delitos, y especialmente en cuanto se refiere al denominado hecho típico acompañante, de lo que se trata es que el juicio de desvalor de uno de los comportamientos en aparente concurso, consume el juicio de desvalor del otro delito, dado que la entidad de este último no trasciende ni cobra autonomía en punto de la lesión al bien jurídico tutelado, en la medida que su punición ya ha sido establecida por el legislador al tipificar el otro comportamiento⁷.

Recuérdese que el hecho posterior copenado, según el cual, el primer delito no tiene sentido para el agente sino en la medida que cometa el segundo, como ocurre con el delito de hurto y la receptación, en el cual, el apoderamiento de la cosa mueble ajena interesa al autor del delito, sólo en la medida que pueda enajenarla y concretar el provecho ilícito pretendido, esto es, agotar el delito, y por ello el legislador descartó como autor del ilícito de receptación a quien haya tomado parte en la conducta

punible inicial⁸.

Similar situación se da en el hurto calificado por violación de morada ajena y el delito de violación de habitación ajena, pues el legislador ha recogido en la primera de las normas los varios órdenes de agravio al derecho ajeno, de donde se tiene que debe existir preferencia por el tipo más rico descriptivamente que lo es el delito complejo, porque los elementos adicionales de las formas agravadas y atenuadas marcan la diferencia con el tipo básico y conducen a su desplazamiento⁹.

Así las cosas, el delito complejo sólo existirá en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de éste o como circunstancia de agravación punitiva¹⁰. Los hechos apreciados aisladamente, si ello fuere posible, constituiría por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario, el complejo, el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos y situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos; el hecho que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma, perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, pues de no ser así se violaría el principio *non bis in ídem*¹¹".

En el delito complejo el tipo que se consuma, ya dentro de la conducta o en el agravante, debe estar contenido integralmente en el de mayor riqueza descriptiva. Si ello no ocurre se estaría ante un concurso ideal o formal.

La expresión "por medio de" utilizada por el legislador en el artículo 104 para efectos de configurar las circunstancias de agravación punitiva, se refiere sin lugar a dudas a que la conducta punible a la cual se remita sea un delito autónomo. Por manera que se trata de un hecho que acompaña al del principal objeto de tutela, que de haber sido

realizado en forma independiente al homicidio, daría lugar a la aplicación de una sanción penal, aunque de menor intensidad, pues guardaría su autonomía.

Se requiere, entonces, que el tipo de homicidio agravado subsuma la conducta a la que hace alusión el numeral 3º del artículo 104. Ejemplos claros de esa consunción pueden encontrarse, sin que signifique enunciación estricta, en los delitos descritos en el artículo 356 “disparo de arma de fuego contra vehículo”, o en el del 359 “empleo o lanzamiento de sustancias y objetos peligrosos”, en la medida en que las conductas allí descritas conducen, por sí mismas, a la eventual realización de la conducta principal y de mayor impacto. En el primero: disparar, y en el segundo: emplear o lanzar.

En ese orden, el tipo de homicidio agravado por esos comportamientos, por virtud del principio de consunción, se aplica de preferencia puesto que consume el de disparo de arma de fuego contra vehículo (artículo 356)¹², y el del empleo o lanzamiento de las sustancias u objetos a que se refiere el artículo 358 (artículo 359). Esa situación deforma el llamado concurso ideal y, en consecuencia, el bien jurídico de la seguridad pública pierde autonomía para darle paso a otro de mayor entidad social y jurídica: la vida.

Ahora bien, el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, descrito en el artículo 365 de la Ley 599 de 2000, agrupa las conductas de: importar, traficar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, vender, suministrar, reparar o portar armas de fuego de defensa personal y municiones. Dicho punible se configura cuando el sujeto despliega una de ellas respecto de armas o municiones de esa naturaleza, no alguna otra, porque se rigen por el principio de taxatividad¹³.

Ya la Sala explicó el significado de esos verbos rectores en el auto del 10 de agosto de 2005 (radicado 23.871):

“Debe partirse de la premisa de que las palabras de la ley han de ser entendidas en su sentido natural y obvio, esto es, el gramatical, “pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”, según reza el artículo 28 del Código Civil. De ahí surge que:

- . El Porte debe ser comprendido en los términos previstos por el artículo 17 del Decreto 2535 de 1993, según el cual, “Se entiende por porte de armas y municiones la acción de llevarlas consigo, o a su alcance para defensa personal”.

- . Importar es la acción de introducir en el país los objetos que necesariamente vienen del extranjero.

- . Traficar comporta comerciar, negociar con la mercancía, esto es, que debe existir un “negocio” que implique cualquier actividad que tenga como objeto el lucro o el interés.

- . Por fabricar se tiene la producción, construcción, elaboración, hechura del objeto, esto es, producirlo en su integridad, pero también significa transformación de una cosa por medio del trabajo adecuado.

- . Transportar es llevar o conducir las cosas de un lugar a otro.

- . Por almacenar se entiende reunir o guardar muchas cosas.

- . Distribuir consiste en entregar las mercancías a los vendedores o consumidores, esto es, que al objeto se le da su oportuna colocación o el destino conveniente.

- . Vender implica, por una parte, un convenio por el cual el vendedor entrega la cosa convenida al comprador, recibiendo a cambio el precio acordado; y, por otra, la simple exposición u oferta al público de la mercancía con el fin de que alguien la compre,

sin que sea necesario concretar el negocio para que se estructure la acción de “vender”.

. Suministrar es proveer, facilitar lo necesario o conveniente para un fin.

. Reparar quiere decir arreglar, componer una cosa que está rota, descompuesta o estropeada”¹⁴.

En la misma providencia, pero en relación con las conductas de conservar y adquirir, propias solamente del tipo penal del artículo 366 -uso privativo de las fuerzas armadas- señaló:

“. Conservar es mantener una cosa con ánimo de permanencia, esto es, guardarla con cuidado, con perseverancia, estabilidad o inmutabilidad, o, lo que es lo mismo, con la intención de no despojarse de ella, al menos en el corto tiempo.

. Y adquirir es ganar, lograr, obtener o conseguir el objeto que se pretende o desea, hacerlo propio.

Los límites que se observan entre un concepto y otros, en veces se muestran sutiles, pero es necesario considerarlos, en especial en aquellos eventos en que uno u otro comportamiento signifiquen cambio de competencia. Esa delimitación se debe hacer en cada caso específico dilucidando con base en las pruebas recaudadas el propósito que animaba al sujeto pasivo de la acción penal, ocurrido lo cual, deberá escogerse la conducta típica que con mayor riqueza descriptiva recoja en su integridad el comportamiento investigado”.

Cada una de las conductas es autónoma¹⁵ y cada artículo hace una descripción independiente de los comportamientos, tanto que, por ejemplo, no puede equipararse el simple porte a la fabricación o tráfico.

Nótese que los verbos utilizar o usar, definidos como “aprovecharse de algo” o “hacer servir una cosa para algo”¹⁶ no fueron incluidos por el legislador en el listado de conductas del artículo 365.

Así las cosas, y a la luz de los principios de terminación o taxatividad, como concreción del axioma constitucional de la legalidad, se tiene que la prohibición penal quedó delimitada, por disposición expresa del legislador, a la comisión y verificación de esas conductas, y no se hizo mención alguna a utilizar o usar.

Entonces, al no haber sido prevista la utilización o el uso del arma como conducta punible autónoma, no es posible permitir que quede subsumida por el tipo penal de homicidio agravado.

En el CD contentivo de la audiencia de imputación adelantada a Mosquera Murillo consta que la fiscal le formuló cargos como “autor del delito de homicidio, en los términos del artículo 103 del Código Penal, agravado conforme al numeral 3º del artículo 104 de la misma obra penal, toda vez que de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida se puede inferir razonablemente que el aquí indiciado es autor del delito de homicidio con el agravante del numeral 3º del artículo 104 del Código Penal”¹⁷. Expuso que los elementos materiales de prueba indican que “disparó un arma de fuego en repetidas ocasiones contra la humanidad del señor Hernán Alzate Torres causándole de manera inmediata la muerte”. Y en cuanto a la causal de agravación del numeral 3º del artículo 104, señaló que ello tenía lugar “comoquiera que utilizó arma de fuego en la ocurrencia del delito”¹⁸. (Subraya la Corte).

Lo dicho en precedencia conduce a afirmar que la conducta imputada como circunstancia de agravación punitiva es atípica.

Podría pensarse que el simple porte del arma homicida permite deducir el agravante. Sin

embargo, tal postura no puede ser consentida por la Corte toda vez que, de un lado, esa conducta no fue clara e inequívocamente imputada por la Fiscalía, y, de otro, es claro que tal comportamiento, per se, no es idóneo para cometer el homicidio. No constituye un medio apto para ocasionar la muerte.

En efecto, el porte visto aisladamente y teniendo como base su significado, no alcanza a cumplir el fin propuesto por el tipo penal de homicidio.

Por consiguiente se lesiona el principio de legalidad cuando como en este caso, se imputa el agravante del artículo 104, numeral 3º del Código Penal por la utilización del arma de fuego de defensa personal para cometer el homicidio.

No se desconoce que ese actuar, como tal, merece un reproche mayor que aquel en el que se deja de utilizar ese elemento, pero al no haber sido previsto por el legislador como punible autónomamente, es improcedente tenerlo como agravante específico. Tal hipótesis daría lugar a que conforme al artículo 61 del estatuto sustantivo, se tenga en cuenta para el momento de individualizar la pena y permita al juez sancionarlo con mayor severidad dentro del marco de movilidad del cuarto a que haya lugar.

Ante la ausencia de la consunción -como se dejó dicho- la conducta atribuida por el agravante es atípica.

3.3. Por lo expuesto, el primer cargo formulado por la casacionista debe prosperar ante la palmaria afectación de la garantía fundamental del debido proceso, concretamente por lesionar el principio de legalidad. En consecuencia, no hay lugar a abordar el estudio del segundo cargo propuesto.

Ahora, la solución sugerida por la recurrente para enmendar ese yerro -la nulidad- no resulta viable en cuanto tal medida es residual y en esta ocasión, ante la evidente atipicidad del agravante imputado, lo debido es que la Corte dicte la sentencia de

reemplazo.

No es procedente, como atinadamente lo sostuvo el delegado de la Procuraduría, agregar en sede de casación el punible de porte de armas, por la vía del concurso, porque ello violaría el principio de congruencia. Empero, la Fiscalía, como titular de la acción penal, podrá adelantar la acción penal correspondiente. Tal proceder no agrava la situación del condenado, toda vez que en su momento podrá solicitar la acumulación jurídica de penas.

3.4. Antes de proferir el fallo sustitutivo, la Sala, dentro de su labor pedagógica, debe llamar la atención sobre dos aspectos esenciales y que pasaron desapercibidos por el Tribunal.

En primer lugar, es deber de los jueces de control de garantías instruir al indiciado sobre la imputación, tanto fáctica como jurídica, hecha por la Fiscalía con el fin de que entienda no sólo los hechos por los que se le va enjuiciar, sino que esos hechos se adecuan a los supuestos que contiene el injusto típico, teniendo en cuenta el contenido y alcance de la descripción típica¹⁹.

Lo anterior resulta relevante porque en el registro correspondiente la Juez de control de garantías le preguntó a Mosquera Murillo si había entendido “claramente los hechos que constituyen la imputación fáctica” y él manifestó que sí²⁰, en consecuencia lo declaró vinculado como imputado. Olvidó hacer referencia en ese momento al aspecto jurídico, lo que, sin duda, contribuyó al reparo ahora formulado.

En segundo término, es desacertado afirmar que el juez de conocimiento no puede decretar la nulidad del acto de allanamiento, pues, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia²¹, cuando por decisión voluntaria del imputado se pone término a la investigación de manera anticipada, la actuación de la autoridad judicial se contrae a dictar sentencia de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta

nulidad del acto, o que sea manifiesta la vulneración de garantías fundamentales.

El juez en esos eventos no es un simple convidado de piedra que pueda limitar su actuar a individualizar pena. El debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial, como postulados superiores, exigen su plena observancia.

4. La sentencia de reemplazo

Atendiendo las consideraciones expuestas la Corte se erige en Tribunal de instancia para proferir el fallo de reemplazo. Para tal efecto, actuará dentro del marco de la imputación efectuada y observará los parámetros tenidos en cuenta por los falladores.

En ese orden se excluirá, por los motivos descritos en el aparte anterior, el agravante del artículo 104 numeral 3º del Código Penal y se declarará penalmente responsable a Felicito Mosquera Murillo, en calidad de autor, del delito de homicidio simple, previsto en el artículo 103 ibidem.

Dicho artículo sanciona la conducta con pena de 156 a 300 meses de prisión, pero con el aumento dispuesto por la Ley 890 de 2004 queda de 208 a 450 meses. La Sala se moverá dentro del cuarto mínimo, como lo hicieron los falladores de instancia, esto es, de 208 a 268.5 meses. Por consiguiente, a 208 meses se le aumentará el porcentaje equivalente a 30 meses que incrementó el Tribunal, es decir 7.5%, para un total de 223 meses y 18 días de prisión.

Como las instancias contemplaron la rebaja del 50% por el allanamiento a cargos, se hará lo propio y, en consecuencia, se impondrá una pena de 111 meses y 24 días de prisión. Ese mismo lapso se impondrá como pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Las restantes determinaciones se mantendrán incólumes.

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

Primero. Casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 28 de agosto de 2007.

En consecuencia, se declara penalmente responsable de la comisión del delito de homicidio simple, en calidad de autor, a Felicito Mosquera Murillo, y se le condena a la pena de 111 meses y 24 días de prisión. Ese mismo término se dispone para la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Segundo. Precisar que las restantes determinaciones adoptadas en el fallo recurrido se mantienen incólumes.

Tercero. Remitir copia de esta providencia al Juzgado 32 Penal del Circuito de conocimiento de esta ciudad.

Cuarto. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Fallo de casación del 20 de octubre de 2005 (radicado 24.026).

2 Norma declarada exequible, por los cargos examinados, en la Sentencia C-1195 del 22 de noviembre de 2005.

3 En torno al punto puede consultarse la sentencia del 20 de octubre de 2005 (radicado 24.026)

4 Providencia del 21 de febrero de 2007 (radicado 26.587).

5 Sentencia del 9 de junio de 2004 (radicado 13.594).

6 En el fallo del 6 de septiembre de 2007 (radicado 24.786) la Corte estudió el recurso de casación formulado por unos procesados que decidieron acogerse a sentencia anticipada. Al advertir que se les imputó un concurso de delitos a pesar de que el proceder criminal solo encajaba en uno de ellos, resolvió casar la sentencia y dictar la de

reemplazo.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 26 de enero de 2005, radicación 21474 y 28 de julio de 2004, radicación 21520.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 9 de junio de 2004, radicación 22415.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 22 de agosto de 1989. Similar situación se presenta en el concurso aparente que se da entre hurto y secuestro. Véase las sentencias de casación de 26 de enero de 2005, radicación 21474 y 17 de agosto de 2005, radicación 21382.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de septiembre de 1983, radicación 22415.

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 4 de octubre de 1968 y 3 de septiembre de 1971, citadas por Luis Carlos Pérez, Derecho penal. Partes general y especial, Tomo V, Bogotá, Editorial Temis, 1986, p. 209-210.

12 Sobre esta causal de agravación puede consultarse la sentencia del 27 de octubre de 2004 (radicado 21.030).

13 En relación con el principio de taxatividad, la Corte ha señalado, por ejemplo, que “las acciones de importar, traficar, fabricar, reparar, almacenar, conservar, adquirir, suministrar o portar partes, piezas o accesorios de un arma, como es el caso de los proveedores, en la medida en que tales elementos no quedaron cubiertos por el núcleo esencial de la prohibición establecida por el legislador, conducen a considerar que tal conducta es atípica en el ámbito penal” (providencia del 8 de febrero de 2008, radicado 28.908).

14 Auto del 10 de agosto de 2005 (radicado 23.871).

15 Auto del 30 de agosto de 1994 (radicado 9.601).

16 Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición. 2001.

17 Cd N° 2, registro 3º, 09:34

18 Cd N° 2, registro 3º, 12:49

19 La Corte ha enfatizado que aun cuando la Comisión redactora del Código no ocultó su inclinación por la imputación fáctica “no debe perderse de vista que la íntima conexión entre el derecho penal sustancial y el instrumental, permite afirmar que éste solo puede ocuparse de la investigación de conductas previamente definidas en la ley, razón por la cual la imputación jurídica resulta siendo esencial, máxime tratándose de la aceptación de cargos o de formas de terminación abreviada del proceso. Con ello, por lo demás, se garantiza adecuadamente el derecho de defensa, el conocimiento de los hechos que se atribuyen y sus correspondientes consecuencias jurídicas, y se permite que debido a ese conocimiento, libre y voluntariamente pueda el imputado optar entre aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el juicio para discutir los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra” (Sentencia del 20 de octubre de 2005, radicado 24.026).

20 Cd N° 2, registro 3º, 16:29

21 Sentencia del 18 de junio de 2008 (radicado 29.252).