

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

SP2235-2016

Radicación n° 45792

(Aprobado Acta No. 046)

Bogotá D.C., febrero veinticuatro (24) de dos mil dieciséis (2016).

V I S T O S

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de Víctor Julio Muegues Lesmes contra la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2014 por el Tribunal Superior de Santa Marta, que revocó la dictada el 7 de marzo de dicha anualidad por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, que lo había absuelto de los delitos de homicidio simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado, en tanto lo condenó por ambas conductas punibles.

HECHOS

Fueron declarados por el ad quem en los siguientes términos:

El día 15 de febrero de 2012, siendo aproximadamente las 19:50 horas, cuando se hallaba en el montallantas ubicado en la calle 9 No. 51-01, barrio Luis R. Calvo [de Santa

Marta], fue ultimado por impactos de proyectil de arma de fuego el joven PEDRO PABLO DONADO BARRIOS, para lo cual dos personas de sexo masculino arriban al lugar en una motocicleta y el parrillero saca un arma [de fuego] de la pretina del pantalón, le propina varios impactos a la víctima, huyendo inmediatamente...

Cabe anotar que como resultado de los actos de investigación adelantados por la policía judicial, se logró establecer que en el homicidio de Pedro Pablo Donado Barrios participaron Víctor Julio Muegues Lesmes y Jhon Jairo Pereira Zúñiga, el primero como ejecutor material y el segundo conduciendo la motocicleta utilizada para cometer la agresión.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Por los hechos relacionados ut supra, el 3 de octubre de 2012, ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta, una vez legalizada la captura de Víctor Julio Muegues Lesmes, pues la orden de aprehensión librada contra Jhon Jairo Pereira Zúñiga no fue necesario materializarla debido a su fallecimiento, la Fiscalía le formuló imputación como coautor del concurso heterogéneo de delitos de homicidio simple -art. 103 C.P.- y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado -art. 365, inc. 3º, num. 5º, ibídem-; quien rechazó los cargos.

Seguidamente, a instancia de la Fiscalía, el imputado fue afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión.

2. El 10 de diciembre de 2012, el delegado del ente acusador radicó escrito de acusación y, el 15 de enero de 2013, ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de conocimiento de Santa Marta, se cumplió la audiencia respectiva, en la que reiteró los cargos atribuidos en la formulación de imputación y, de otra parte, se reconoció la calidad de víctima a Pedro Manuel Donado Rodríguez, progenitor del obitado.

3. Realizada la audiencia preparatoria y agotado el juicio oral, el juez de conocimiento anunció el sentido del fallo condenatorio y señaló fecha para su lectura, previo a lo cual se produjo el cambio de titular del juzgado, procediendo el funcionario judicial entrante a declarar la nulidad del sentido del fallo emitido por su antecesor y profiriendo en su lugar uno de naturaleza absolutoria, consecuente con el cual, el 7 de marzo de 2014, dictó sentencia por cuyo medio exoneró a Víctor Julio Muegues Lesmes de los cargos formulados en la acusación y dispuso su libertad inmediata.

4. Apelada la anterior decisión por el delegado de la Fiscalía, en fallo adiado 5 de diciembre de 2014, el Tribunal Superior de Santa Marta lo revocó integralmente, en tanto condenó al procesado como coautor del concurso de delitos de homicidio simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y, en consecuencia, le impuso la pena principal de doscientos noventa y dos (292) meses y quince (15) días de prisión, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años.

Asimismo, le negó los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, al paso que ordenó librar captura en su contra para el cumplimiento de la sanción impuesta.

5. Contra la decisión de segundo grado, el abogado que representa los intereses del sentenciado Víctor Julio Muegues Lesmes interpuso recurso de casación.

6. Mediante auto adiado 29 de julio de 2015, la Sala inadmitió los cargos primero a tercero de la demanda de casación presentada a nombre del acusado y admitió la cuarta censura del libelo.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El cargo admitido por la Corte, en orden a pronunciarse de fondo, propuesto con fundamento en la causal primera de casación, prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, se sintetiza de la siguiente manera:

Señala el libelista que el juzgador de segundo grado incurrió en la violación directa de la norma sustancial por «aplicación indebida de los artículos 59 y 61 del Código Penal y por falta de aplicación de los artículos 3º y 8º ejusdem», yerro que se presentó en el proceso de individualización de la sanción impuesta a su defendido.

Luego de citar las razones que expuso el Tribunal en orden a individualizar la pena, arguye que en ellas no se advierte una justificación racional para que se impusiera una sanción superior al extremo mínimo del cuarto punitivo ídem, seleccionado por el sentenciador de segundo nivel en orden a su concreción, siendo ello el resultado de «aplica[r] de manera indebida» los criterios establecidos en el artículo 61 del Código Penal, de los cuales solo hizo alusión a la «intensidad del dolo... y [a] la antijuridicidad de la conducta (mayor o menor gravedad de la conducta)», pues los demás ni siquiera fueron mencionados.

Añade que además de limitarse a resaltar la «intensidad del dolo» como una de las razones para imponer a su representado el límite máximo del primer cuarto punitivo, que califica como «una muletilla sin fuerza de convicción y vacía de cualquier contenido», por cuanto no se precisó cómo dicho aspecto se concreta en el caso particular, lo que en últimas hace el ad quem «es considerar [como] un referente importante para la determinación específica de la pena, un elemento sine qua non para la configuración del tipo penal por el cual se condenó» al acusado Muegues Lesmes, incurriendo en la doble valoración de una misma circunstancia, esto es, el dolo, que en un primer momento tuvo en cuenta para acreditar la faz subjetiva del tipo y,

posteriormente, a fin de individualizar la pena, con lo cual desconoció el principio non bis in ídem.

De otra parte, el impugnante encuentra censurables los argumentos esbozados por el Tribunal en punto del criterio relativo al daño real ocasionado al bien jurídico, pues en la sentencia confutada «no se dice nada distinto a lo que se contempla en el mismo artículo 103 del Código Penal, como elemento para la configuración del tipo penal... matar a otro», lo cual, en su opinión, comporta que al interfecto se le frustre «cualquier proyecto personal, familiar o social», y por ello no es un motivo razonable que explique el incremento de la pena, como tampoco lo es el uso de un arma de fuego en el delito contra la vida, pues no se precisa por qué esa circunstancia comporta un «mayor desvalor de la conducta».

Concluye que los argumentos expuestos por el fallador de segundo grado en el proceso de individualización de la pena, en manera alguna constituyen una verdadera motivación de la que se impuso a su prohijado, y de serlo, esa «motivación es imperfecta, inconclusa e incoherente», de donde se sigue «que se ha aplicado de forma indebida el deber de motivación» consagrado en el canon 59 del Estatuto Punitivo, en otras palabras, afirma, «nos encontramos ante una sentencia que no logra dar cuenta de las razones que lo (sic) llevaron a saltar de una pena mínima establecida en 208 meses, a la máxima del primer cuarto», lo cual se reflejó en un incremento indebido de 60 meses y 15 días en la sanción, puesto que en el caso concreto lo procedente era aplicar el mínimo del cuarto ídem.

En ese orden, solicita a la Corte casar el fallo impugnado y, en su lugar, se redosifique la sanción respetando los parámetros legales establecidos en las normas indebidamente aplicadas y excluidas.

INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA PÚBLICA

1. Defensor del acusado.

El abogado que representa los intereses del acusado recurrente, luego de que esta Corporación accediera en una primera oportunidad a su solicitud de aplazamiento de la audiencia de sustentación, soportada en la imposibilidad de asistir a la misma debido a quebrantos de salud y por no contar su representado con los recursos para suministrarle los viáticos para viajar a esta capital, nuevamente deprecó similar petición, la que le fue negada ante la ausencia de acreditación de los motivos alegados, por lo que en últimas no asistió a la mencionada diligencia.

2. Fiscalía General de la Nación.

El Fiscal 10º Delegado ante esta Corporación, en relación con el cargo admitido, expone que el problema jurídico planteado por el demandante se contrae a establecer si en la sentencia de segundo grado, al individualizarse la pena dentro del primer cuarto, se respetó lo establecido en el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal y, por ende, si tal decisión conserva la doble presunción de acierto y legalidad.

El representante del ente acusador considera necesario, en orden a resolver la cuestión planteada, tener en cuenta los siguientes aspectos: (i) que dentro de este asunto se procedió por un delito de homicidio simple en el que, desde el punto de vista fáctico y jurídico, no fue predicada ningún tipo de circunstancia de agravación que ameritara exposiciones prolijas en el fallo impugnado; y (ii) que la discusión debe enmarcarse dentro de los lineamientos trazados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, en tratándose de la aplicación de los artículos 59 y 61 del Código Penal.

Frente a este último aspecto, destaca que esta Corporación, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 41350 y, en auto del 11 de marzo de 2015, radicación 42293, en punto de la motivación de la sanción, señaló que tales razonamientos pueden aparecer a lo largo de la providencia, sin que sea necesario dedicar un capítulo exclusivo para el

cumplimiento de esa exigencia. Asimismo, cita el fallo del 8 de junio de 2006, radicación 24375, del cual resalta que la Sala expresó que el hecho de no haberse endilgado al acusado circunstancias de mayor punibilidad, no conduce necesariamente a que al momento de tasar la pena, ésta se imponga en el mínimo respectivo.

Agrega que en el caso concreto se respetó lo preceptuado en los artículos 59 y 61 del Código Penal, particularmente al abordarse aspectos tales como la intensidad del dolo y el daño real causado al bien jurídico, puesto que, de un lado, el Tribunal al dosificar la pena no se valió de ningún criterio de ponderación diferente a aquellos señalados en el Código Penal, razón por la cual no se advierte vulneración de garantías.

Y por otra parte, los hechos demostrados en el expediente, considerados en el fallo con ocasión de la valoración del relato del principal testigo, revelan la intensidad del dolo en la realización de la conducta punible, a partir de algunas circunstancias que el Tribunal no dudó en calificar de «perversas», que lo llevaron a considerar que la misma merece repudio social por denotar el más raso desprecio por la vida.

Reconoce el Fiscal delegado que el ad quem «no se extendió de manera expresa» en el capítulo de la dosimetría penal en orden a explicar la intensidad del dolo, lo que no significa que con la argumentación ofrecida no puedan considerarse como «hechos probados» aquellos que denotan tal aspecto, puesto que, estima, debe tenerse en cuenta que la motivación de la sanción no necesariamente se debe enmarcar en un capítulo determinado, sino que puede expresarse a lo largo de la providencia, que es lo que dice sucede en el caso concreto, cuando el Tribunal refiere lo dicho por el testigo de cargo Pedro Manuel Donado Rodríguez sobre el acontecer delictual.

Para la Fiscalía, ese sucinto relato de los hechos denota lo que fue un acto de

sicariato, pues permite caracterizar las circunstancias que rodearon la ejecución del delito de homicidio y, por ende, la mayor lesividad y lo alevé de cómo se procedió por parte de sus ejecutores materiales.

En ese contexto, aduce, cobran vigencia los razonamientos que la Corte expuso en sentencia del 10 de junio de 2009, radicación 27618, que sirven para señalar que si bien fue «parca» la argumentación del fallador de segundo grado en el acápite relativo a la dosificación punitiva, del «contexto de la providencia se desprenden claramente los motivos por los cuales no impuso el mínimo de la pena», por cuanto no se puede desconocer que a lo largo de la sentencia se ilustran aspectos inherentes a la intensidad del dolo y al daño real causado, como que la acción no se dio en el marco de una confrontación entre iguales; se utilizó para su materialización un artefacto letal –arma de fuego–, que fue accionada varias veces sobre la víctima; no hubo advertencia previa que le permitiera a ésta protegerse, luego se hallaba en estado de indefensión; además, había un segundo sujeto encargado de facilitar la huida del lugar y permitir que el tirador se concentrara exclusivamente en la acción de matar y, por último, el victimario era conocido en el sector y generaba pánico en la población.

Tales circunstancias, agrega, «si bien no fueron expresamente manifestadas por el Tribunal, se desprenden del ejercicio hermenéutico de las pruebas», a través de una metodología propia, que consistió en transcribir la declaración del testigo y exponer las razones por las cuales le dio credibilidad, de donde se sigue que es posible concluir la intención dolosa del procesado, pues al homicidio «precedió un actuar vigilante de los sujetos activos hacia su víctima para ubicar el momento preciso que les permitiera materializar la conducta y garantizar la huida del lugar de los hechos», lo que, dice, permite que ese mayor reproche se refleje en el monto de la pena.

En consecuencia, la Fiscalía considera que el cargo debe desestimarse porque el censor no logra demostrar de qué manera fue desconocido el principio de legalidad de

la pena, al que simplemente se hizo mención en punto de que supuestamente trajo como consecuencia una falta de motivación.

3. Ministerio Público.

La Procuradora 3ª Delegada para la Casación Penal, frente al cargo formulado por el demandante, expresa que corresponde analizar si efectivamente la sentencia de segundo grado contiene una sustentación suficiente sobre la determinación del quantum punitivo en el caso concreto.

Lo anterior, acota, de conformidad con el artículo 59 del Código Penal, el cual establece que toda sentencia debe contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la fijación cualitativa y cuantitativa de la pena, por lo que se exige del juzgador un ejercicio racional al realizar tal procedimiento, ello con el propósito de que sobre el mismo se pueda ejercer control, el cual solo se garantiza en la medida en que se hagan evidentes y expresos los factores considerados por el fallador para tal efecto, siendo éste un principio esencial del Estado Democrático de Derecho.

Frente al caso concreto, la Procuradora Delegada aduce que la revisión del fallo de segunda instancia arroja que la determinación del quantum punitivo tiene una motivación «sumamente escasa», pues si bien el Tribunal acierta al ubicarse en el primer cuarto, toda vez que no fueron imputadas circunstancias genéricas de mayor o menor punibilidad, en orden a justificar la imposición del máximo de dicha fracción se limita a mencionar la intensidad del dolo, lo cual no corresponde a una adecuada fundamentación de la pena, como quiera que en su fijación concreta se requiere de una ponderación de los elementos individuales del comportamiento juzgado, de la efectiva lesión al bien jurídico tutelado, del daño a las víctimas indirectas, entre otros aspectos, los cuales no son abordados en el asunto particular.

Agrega que conforme al principio de legalidad y de la «trasparencia» que la

sentencia ha de tener para sus destinatarios, la motivación de la imposición de la pena no puede quedar in pectore, sino que el juzgador debe expresar razonadamente los factores que tuvo en cuenta para su determinación, como lo ha sostenido esta Corporación en fallos del 11 de marzo de 2015, 24 de junio de 2015 y 20 de enero de 2016, radicados 43881, 40382 y 46865, respectivamente; procedimiento en el que debe ceñirse a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción, de conformidad con el artículo 3º del Código Penal.

Manifiesta que en el fallo de segundo grado se observaron los parámetros legales –art. 59 y 61 C.P.– para la fijación de la pena, pero únicamente en lo atinente a la selección del respectivo cuarto, puesto que en su concreción dentro de dicha fracción se advierten ausentes, como quiera que de «forma incipiente [el Tribunal] justificó la imposición del guarismo máximo del primer cuarto en la intensidad del dolo», sin que se refiriera a los criterios que cita el Fiscal en su intervención como no recurrente, los cuales son fruto de un proceso hermenéutico de lo expuesto en la sentencia impugnada, pero que no aparecen explícitos en ella.

Así las cosas, como se incumplió con el deber de motivación de la sanción y las premisas que se tuvieron en cuenta para su determinación concreta no procede deducirlas del análisis probatorio ni de la relación de los hechos, en criterio de la delegada del Ministerio Público el reparo formulado en el cargo admitido por la Corte tiene vocación de prosperidad y, por tanto, la pena debe redosificarse.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa.

Conviene señalar que el defensor del procesado Muegues Lesmes, luego de que esta Corporación accediera a postergar en una primera oportunidad la audiencia de sustentación del recurso extraordinario atendiendo a que alegó imposibilidad de asistir

debido, entre otras razones, a quebrantos de salud, insistió en un nuevo aplazamiento que fue negado ante la falta de acreditación de los motivos en que se sustentó, informando dicho profesional a la Secretaría de la Sala que de todos modos no concurriría a la referida diligencia.

En dicha oportunidad la Sala consideró, y ahora lo reitera, que la anotada circunstancia no implica desprotección alguna de las garantías fundamentales del acusado, por cuanto admitido el cargo y postulado como fue, resulta suficiente para analizar de fondo el motivo de su impugnación; amén que la ausencia del defensor del enjuiciado tampoco puede interpretarse como desistimiento del recurso, ni con fundamento en ello declarárselo desierto, según el criterio de la Corporación¹

, que al respecto tiene dicho:

Y ello es así porque las finalidades perseguidas con la intervención del demandante en la audiencia de sustentación, conforme igualmente lo ha sostenido la Corte², son las de permitir la realización del principio de publicidad, facultar al actor para profundizar sus tesis y la integración del contradictorio, al permitir a los no recurrentes pronunciarse, en el sentido de sus intereses, respecto de la demanda.

Luego si el impugnante decide no estar presente en el acto procesal y no desiste expresamente del recurso, eso sólo puede significar su plena conformidad con los argumentos expuestos en la demanda, en los cuales no tiene intención de ahondar.

Ningún sentido práctico en esas condiciones tiene condicionar la legalidad de la diligencia a la concurrencia de quien no tiene más nada que decir, o derivar de la no presencia del recurrente (a quien ya la Corte admitió el libelo por considerarlo adecuado y suficientemente argumentado) que la impugnación queda desierta o se ha desistido de la misma, simplemente porque son consecuencias no establecidas en la ley. (CSJ SP, 21 nov. 2012, rad. 38518)

2. De la demanda de casación.

El cargo admitido por la Corte en orden a pronunciarse de fondo, que postula el defensor del acusado Muegues Lesmes al amparo de la causal primera de casación –art. 181 Ley 906 de 2004–, se circunscribe al proceso de individualización de la pena, específicamente a su determinación concreta, de conformidad con los parámetros establecidos en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, por cuanto aduce que el Tribunal no expuso una justificación racional para imponer a su representando el extremo superior del cuarto mínimo, incurriendo en el vicio denunciado.

En esa medida, en orden a dilucidar el problema jurídico planteado por el demandante, valga decir, si el fallador de segundo grado, una vez seleccionado el primer cuarto de que trata el artículo 61 del Código Penal, justificó la imposición de su límite máximo; la Sala se referirá (i) al deber de los jueces de motivar sus decisiones y, en particular, la imposición de la pena; (ii) a la determinación de la sanción en el caso concreto y; (iii) a la eventual corrección de los yerros que en dicha labor haya incurrido el Tribunal.

2.1 El deber de motivación de la pena.

En el Estado Social y Democrático de Derecho la obligación de los jueces de motivar sus decisiones constituye una garantía frente a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, a la par que permite realizar a sus destinatarios un control a la actividad judicial, limitando de esa manera la arbitrariedad de quienes están encargados de ejercerla, amén que de contera ampara el principio de legalidad y el derecho de contradicción.

Al respecto tanto la jurisprudencia constitucional³ como la de la Sala⁴, ha sido

insistente en sostener que las decisiones judiciales deben estar soportadas en el análisis de los hechos y las pruebas sometidas a su consideración, con expresión de los fundamentos jurídicos en que se apoyan, y en ellas el ejercicio hermenéutico del juez debe estar orientado a justificar su decisión, en orden a demostrar que la resolución de determinado asunto no obedece a su mero capricho o arbitrio, lo cual además de legitimar la actividad jurisdiccional permite a las partes y, en general, al conglomerado social, ejercer un control sobre su corrección.

A ese deber de motivación no escapa la determinación judicial de la sanción, pues cuando el fallador asume dicha tarea está en la obligación de expresar con claridad y precisión los factores tenidos en cuenta para fijarla tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo, según lo exige el artículo 59 del Código Penal, sin que en ese propósito pueda desatender, de una parte, los principios que orientan la imposición de la pena, valga decir, los de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y, de otro lado, los fines que ésta persigue⁵, según se establece en las normas rectoras previstas en los artículos 3º y 4º ibídem; de tal forma que a las partes les queden suficientemente clarificados los motivos de su determinación concreta y, por contera, puedan ejercer el derecho de contradicción.

El anterior ha sido el criterio que de manera pacífica y reiterada ha expresado la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP, 23 sep. 2015, rad. 38076; CSJ SP, 16 sep. 2015, rad. 46485; y CSJ SP, 2 feb. 2015, rad. 44840, entre otras), que sobre las deficiencias en la motivación de la determinación de la pena, en reciente decisión dijo:

Bien se ve, entonces, que la punición arbitraria está proscrita en un Estado constitucional. Una pena deviene en ilegítima si es impuesta con inobservancia de los parámetros legales establecidos para su fijación o si se muestra desproporcionada.

Ahora, a fin de legitimar la punición, el juez está en el deber de motivar el proceso de individualización de la pena. En la decisión respectiva ha de quedar claro al penado, así como a la generalidad, que la imposición de una sanción específica a un individuo no es producto del capricho o la arbitrariedad del juzgador, sino el resultado de un serio ejercicio de ponderación de finalidades punitivas, respetuoso de los lineamientos legales pertinentes. Por ello, al tenor del art. 59 del CP, la sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la sanción.

Un tal deber de motivación es expresión directa de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa, al recurso efectivo y al acceso a la administración de justicia. Solo ante una motivación explícita y suficiente es dable ejercer control sobre la corrección de la decisión y, de esa manera, ejercer la prerrogativa de impugnación, al paso que se legitima la decisión y con ello la autoridad del Estado. (...)

...esta Colegiatura ha puesto de presente que la motivación de las decisiones hace parte de la garantía al debido proceso, la cual se concreta en el derecho que tienen los sujetos procesales de conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias concretas y los juicios lógicos sobre los cuales el juez construye su decisión. Solo así puede permitírseles ejercer un control sobre el proceso e identificar los puntos que son motivo de discordia⁶.

En ese sentido, como también lo ha clarificado esta Corte⁷, el imperativo de motivar las determinaciones judiciales no se cumple, sin más, con la simple y llana expresión de lo decidido por el funcionario judicial. Es preciso que manifieste en forma clara, expresa, indudable y no anfibológica su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto. No de otra manera se garantizan los derechos

de los sujetos procesales ni se hace efectivo el principio de sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico.

Bien se ve, entonces, que la motivación, cuya razón de ser es evitar el ejercicio arbitrario del poder, es justamente la que permite el control de la decisión, no solamente por las partes del proceso, sino también por el público en general. En consecuencia, una deficitaria motivación, por ser violatoria de los derechos de defensa y debido proceso en aspectos sustanciales, como arriba se indicó, conlleva a la ilegitimidad de la decisión.

En síntesis, la articulación de las anteriores consideraciones lleva a la Corte a concluir que el debido proceso sancionatorio está integrado por el respeto del principio de proporcionalidad en la imposición de la pena, el seguimiento de los lineamientos legales para la individualización de la sanción y el acatamiento del deber de motivar suficientemente el procedimiento de dosificación. Si se desconoce alguno de estos componentes, la fijación de la consecuencia punitiva se torna arbitraria. (...)

Como atrás se precisó, la adecuada motivación del proceso de dosificación punitiva es un elemento toral para predicar la legitimidad de la imposición de una determinada pena. El sistema punitivo adoptado por el Código Penal colombiano concibe un proceso de tasación que parte de montos mínimos de sanción prefijados legislativamente, como expresión de compensación (general y abstracta) del injusto culpable. Así mismo establece límites máximos que el juez no puede sobrepasar, so pena de violar la legalidad y desconocer la prohibición de exceso.

Dentro de tal margen de apreciación reglado, al sentenciador no le es dable escoger arbitrariamente un monto que bien le parezca para sancionar. No. Partiendo del respectivo tope mínimo a aplicar dentro del cuarto pertinente, aquél está en el deber de argumentar por qué se aparta de la mínima sanción prevista legislativamente e incrementa, en el caso concreto, el monto de pena. Si existe un deber de motivación en caso de

aplicación de rebajas punitivas (CSJ AP 24.07.2013, rad. 41.041), a fortiori, el juez está obligado a motivar los aumentos. En tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera ius fundamental del condenado. Así como un aumento de penas inmotivado o carente de fundamento en el ámbito legislativo deviene en inconstitucional (CSJ SP 27.02.2013, rad. 33.254), esta misma consecuencia es predicable de la imposición concreta de una pena, que inmotivadamente se aparta de los límites mínimos.

La motivación del proceso de individualización de la pena —en lo cuantitativo y lo cualitativo— no puede desarrollarse de cualquier manera. La fundamentación explícita de que trata el art. 59 del CP ha de abordar los criterios a ponderar, establecidos en el art. 61 incisos 3º y 4º ídem. La simple alusión a éstos, sin un concreto razonamiento probatorio que los articule con el asunto sub júdice es del todo insuficiente. Como también se ofrece incompleta una motivación carente de conexión con las funciones que la pena ha de cumplir en el asunto particular.

En el presente caso, a la hora de “ponderar” los factores de individualización, el Tribunal incurrió en una motivación absolutamente deficitaria para fijar la pena tanto por el delito base (homicidio agravado consumado) como por el concurso con el punible de homicidio imperfecto.

En cuanto al primer aspecto, sencillamente transcribió los criterios legales para individualizar la sanción y, sin ninguna disertación seria, efectuó un considerable incremento del límite mínimo del cuarto medio... (CSJ SP, 24 jun.2015, rad. 40382)

De lo anterior se sigue, en síntesis, que la motivación de la individualización de la pena es una garantía que asegura el pleno ejercicio del derecho de defensa, en particular en sus manifestaciones de la contradicción y la impugnación e, igualmente, impide la

arbitrariedad del Estado, pues el encargado de imponer la sanción está en la obligación de aplicar los criterios fijados en la ley para el efecto, así que no basta con hacer simples afirmaciones o reproducir el contenido de las normas que regulan la dosificación punitiva de espaldas a las pruebas, a fin de incrementar la pena más allá del mínimo legal.

2.2 La determinación de la pena en el caso concreto.

Al respecto se tiene que el juzgador de segundo grado, que valga destacar, revocó la sentencia absolutoria proferida por el a quo, al abordar la individualización de la sanción por el concurso de delitos de homicidio simple y fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, procedió de la siguiente manera:

Frente a la conducta contra la vida, conforme lo preceptúa el artículo 61 de la Ley 599 de 2000, dividió en cuartos la pena prevista para el delito de homicidio simple -208 a 450 meses de prisión- y tomó el primer segmento que oscila entre 208 y 268 meses y 15 días de prisión, selección que es correcta, por cuanto no concurren circunstancias de menor ni mayor punibilidad, e impuso el tope máximo de tales extremos, es decir, incrementó la pena mínima en 60 meses y 15 días, para lo cual sostuvo lo siguiente:

...no se le impondrá [al condenado] el mínimo, sino el máximo que reporta el primer cuarto, es decir, doscientos sesenta y ocho (268) meses y quince (15) días de prisión, habida cuenta de la intensidad del dolo. En punto de antijuridicidad, por el daño creado al bien jurídico de la vida, al quitarle la oportunidad a una persona de continuar con su existencia y truncarle la posibilidad de su desarrollo personal, social y familiar, y de paso produciendo la aflicción y congoja en sus familiares por la pérdida irreparable de un ser querido.

Adviértase que las circunstancias en que fue segada la vida del señor Pedro Pablo

Donado Barrios revela la forma perversa en que fue ultimado con arma de fuego, hecho que no solo reviste gran repudio, sino que denota el más raso desprecio por la vida.

Y respecto al delito contra la seguridad pública, de igual forma dividió en cuartos la pena prevista para el mismo -108 a 144 meses de prisión-, y con fundamento en idéntica razón a la expuesta frente al anterior ilícito, se ubicó en la primera fracción que va de 108 a 117 meses de prisión, e impuso el límite superior de tales márgenes, es decir, aumentó la pena mínima en 9 meses, que justificó así:

...como fundamento para individualizar [la pena], se atenderá al grado de injusto en punto de la gravedad de la conducta en relación con las circunstancias que rodearon el hecho y la intensidad del dolo, como se anotó anteriormente (...).

Seguidamente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 31 del estatuto Punitivo para los eventos de concurso de conductas punibles, tomó como pena base para realizar la respectiva operación, la correspondiente al ilícito de homicidio simple, esto es, 268 meses y 15 días de prisión, que incrementó en 24 meses por razón del ilícito concurrente de fabricación, tráfico porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, para un total de 292 meses y 15 días de prisión, sin exponer las razones del referido aumento.

Surge patente entonces, que el Tribunal incurrió en deficiencias en la motivación de la determinación de la pena respecto de ambas conductas punibles por las que declaró penalmente responsable al acusado, pues, en esencia, la argumentación que utiliza para justificar la imposición del máximo del respectivo cuarto, de un lado, se contrae a parafrasear apartes del inciso 3º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, verbi gratia se mencionan expresiones como «la intensidad del dolo», «el daño creado al bien jurídico» y «la gravedad de la conducta», pero sin hacer referencia alguna a las particularidades del sub iudice; y, de otra parte, se trae a colación un aspecto que no

fue demostrado en el proceso, esto es, el daño causado a la familia del occiso.

En efecto, el criterio de la intensidad del dolo apenas fue enunciado al fijar la sanción tanto por el delito de homicidio como por el concurso con el ilícito contra la seguridad pública, dejándose a un lado las precisas circunstancias en que se cometieron tales delincuencias, pues ninguna alusión se hizo a ellas, las cuales emergen pertinentes a efectos de graduar el mentado aspecto subjetivo de la conducta y su incidencia en la concreción de la pena.

En cuanto hace al daño real creado, en punto del delito contra la vida, el *ad quem* lo fincó, por una parte, en que al obitado se le truncó su existencia y, por contera, la posibilidad de lograr su desarrollo como persona, lo cual es apenas el resultado obvio y natural de la conducta de homicidio, según se desprende del hecho de que la descripción típica precisamente sanciona la muerte ocasionada a un congénere, por lo que sostener el incremento punitivo con fundamento en esa simple afirmación no solo desconoce que dicho criterio (desvalor de resultado) ya fue tenido en cuenta por el legislador al determinar la pena aplicable, sino que incluso desconoce el principio *non bis in ídem*, toda vez que no obstante valorarse dicha circunstancia como elemento integrante del injusto típico, nuevamente se trae a colación para individualizar la sanción.

Ahora bien, con relación al criterio conforme al cual se causó daño a la familia del obitado, cabe precisar que el generado en el caso de la especie no fue más allá del que naturalmente produce la desafortunada muerte violenta e inesperada de un ser querido, sin que aflore prueba —y menos razón alguna— que permita afirmar que el acusado buscó incrementarlo.

Cabe anotar, que aun cuando el *ad quem*, al individualizar la pena por el delito de homicidio, menciona que las «circunstancias» en que fue ultimada la víctima

evidencian la manera «perversa» en que se cometió la conducta, al parecer con la pretensión de aludir a la mayor gravedad de la misma, tal argumento es insuficiente para incrementar la sanción más allá del mínimo previsto en el respectivo cuarto, por cuanto se queda en el plano de lo general y abstracto, valga decir, el juzgador no concreta frente al caso examinado cuáles son los factores que permiten esa calificación o porque el ilícito juzgado merece «gran repudio social», incumpliendo así con el deber de motivar la sanción.

Mírese entonces, que el criterio de la gravedad de la conducta, en el fondo se redujo al hecho de que se dio muerte a la víctima utilizando un arma de fuego, con lo cual, como se dijo en la decisión de la Sala atrás rememorada, al ser dicho factor uno de los que «el legislador, al valorar el grado de injusto desde la óptica de la compensación, ya tuvo en cuenta al determinar las penas aplicables... si con tales referentes se quería incrementar la sanción separándose de los límites mínimos, los sentenciadores estaban obligados a justificar por qué la específica conducta reprochada al acusado requería un mayor grado de reproche en términos retributivos», observándose que tal justificación en el sub lite brilla por su ausencia.

En ese orden, tras analizar cada uno de los criterios mencionados en la sentencia impugnada y que sirvieron para incrementar la pena por el delito de homicidio simple más allá del mínimo previsto en la ley, se observa que se sustentaron en una motivación prácticamente inexistente en lo que toca con la gravedad de la conducta y la intensidad del dolo, puesto que el Tribunal se limitó a hacer referencia al artículo 61 del Código Penal que los recoge, mientras que resultó falsa en cuanto al daño causado a familia de la víctima, toda vez que la prueba no refleja tal situación, por lo que amén de que se desconoció el debido proceso, lo cierto es que “en el fondo se vulneró la garantía fundamental de proporcionalidad de la pena, en tanto su final determinación irrespetó la máxima de prohibición de exceso” (CSJ SP, 24 jun. 2015, rad. 40382).

De ahí que la Sala no comparta los argumentos expuestos por el delegado de la Fiscalía en su intervención como no recurrente, pues si bien como éste lo trae a colación, la jurisprudencia⁸

ha considerado que no es necesario que en la sentencia se dedique exclusivamente un capítulo para cumplir con la labor de motivación de la sanción, sino que ésta puede aparecer a lo largo de la providencia, pues ello en últimas garantiza a la defensa conocer los criterios utilizados en ese ejercicio dosimétrico y ejercer frente al mismo el derecho de contradicción, en el asunto examinado tal situación no se presenta y, por tanto, el precedente evocado no resulta aplicable.

El anterior aserto se funda en que por ninguna parte del fallo impugnado, diferente al apartado relativo a la individualización de la pena, se hace mención a los criterios en que se sustenta su determinación concreta, pues en el resto de la providencia el juzgador de segundo grado se concentra en resolver los aspectos planteados por la Fiscalía al impugnar la sentencia, particularmente en la estimación de la prueba testimonial.

Ahora, las circunstancias del hecho que destaca el Fiscal Delegado ante esta Corporación, como reveladoras de la mayor gravedad de la conducta y la intensidad del dolo tales como, que se trató de un evento de sicariato fríamente planeado donde la víctima fue sorprendida por el homicida y no tuvo oportunidad de defenderse, amén que en la acción delictiva participó un segundo sujeto encargado de facilitar la huida en una motocicleta, etc.; no fueron explicitadas por el Tribunal, sino que las infiere la parte no recurrente de la facticidad declarada en la sentencia y de la referencia que allí se hace a la prueba testimonial, como lo reconoce en su intervención el representante del ente acusador.

En esa medida, la falencia de motivación anotada no se conjura simplemente

porque en el fallo se relacionen los hechos materia de juzgamiento y se transcriba el contenido de la prueba testimonial, pues como acertadamente lo destaca la agente del Ministerio Público, los motivos considerados por el juzgador para determinar cuantitativa y cualitativamente la pena, no pueden quedar in pectore, sino que tienen que hacerse expresos para que sobre ellos las partes puedan ejercer el respectivo control y, eventualmente, el derecho de contradicción; de lo contrario, se vulnera el debido proceso sancionatorio y la garantía fundamental de proporcionalidad de la pena, quedando librada la fijación de la sanción al arbitrio del juez.

Por tanto, la Corte casará la sentencia con fundamento en el cargo admitido y procederá a redosificar la pena impuesta al acusado, con observancia de las normas legales que reglan su determinación concreta y la jurisprudencia de la Corporación sobre la materia.

2.3 Redosificación de la pena de prisión.

El juzgador de segundo grado, siguiendo los parámetros establecidos en el artículo 31 del Código Penal, procedió a determinar la pena frente a los delitos de homicidio simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, con el propósito de establecer cuál de ellas era la más grave según su naturaleza, siendo oportuno destacar que no obstante que la Fiscalía formuló acusación y solicitó condena respecto de éste último ilícito en la modalidad agravada, por la circunstancia prevista en el inciso 3º, numeral 4º, del artículo 365 ibídem -obrar en coparticipación criminal-, la misma fue omitida por el Tribunal, sin que se expresaran las razones de tal determinación; no obstante, el error antes advertido no es pasible de ser enmendado en sede del recurso de extraordinario, so pena de quebrantar la prohibición de reforma peyorativa, si en cuenta se tiene que el procesado es impugnante

único.

Ahora bien, luego de dividir en cuartos el ámbito de punibilidad previsto para ambas conductas punibles y habiendo advertido que no concurren circunstancias de mayor o menor punibilidad, el ad quem seleccionó los cuartos mínimos para individualizar la sanción, los cuales oscilan, para el delito contra la vida entre 208 y 268 meses y 15 días de prisión, mientras que para el ilícito contra la seguridad pública entre 108 y 117 meses de pena privativa de la libertad; proceder que no merece ningún reparo.

Frente al delito de homicidio simple, ponderando los criterios que tuvo en cuenta el juez colegiado, valga decir, la intensidad del dolo y el daño real creado, la Sala no encuentra motivos atendibles para incrementar más allá del mínimo la pena al procesado.

Lo anterior porque, en punto de la intensidad del dolo, en el proceso se desconocen los móviles que originaron el atentado cometido contra Pedro Pablo Donado Barrios, como también si ello obedeció, según lo supone el Fiscal Delegado, a un acto de sicariato, es decir, que la muerte del mencionado se cometió por encargo, a cambio de dinero o promesa remuneratoria; y tampoco es posible sostener que existió una preparación ponderada de la conducta o, en palabras del representante del ente acusador, que previo al homicidio se diera «un actuar vigilante de los sujetos activos hacia su víctima que les permitiera materializar la conducta y garantizar la huida del lugar», así que no surge evidente que en su realización se presentara un grado de dolo superior al que se demanda del autor para matar.

Y en cuanto al segundo criterio, esto es, el daño real creado, no obran elementos de juicio que demuestren que el bien jurídico de la vida hubiera sufrido un menoscabo superlativo, más allá de aquel que ya contempla el tipo penal de homicidio y que se concreta en la muerte violenta de la víctima; como tampoco hay prueba de que se causara

una especial afectación a la familia del fallecido Donado Barrios, superior a la que puede producir el deceso de un ser querido en las circunstancias en que se dio el del mencionado.

Por tanto, como no hay lugar a realizar incremento alguno dentro del primer cuarto, de acuerdo con lo concluido por la Sala, se debe fijar la pena de prisión para el delito de homicidio simple en el mínimo previsto en la ley, esto es, en 208 meses, o lo que es lo mismo, en 17 años y 4 meses, término por el que también se fijará la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

De otra parte, frente al ilícito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, por igual el Tribunal tuvo en cuenta los criterios de mayor gravedad de la conducta e intensidad del dolo, que lo llevaron a imponer el límite máximo del cuarto mínimo, y aun cuando no ofreció ninguna explicación sobre cómo se articulan con las particularidades del sub judice, la Corte encuentra que tal incremento punitivo se justifica en ambos factores, por lo que los ponderará en orden a evidenciar su concurrencia en el caso concreto, como en otras ocasiones ha procedido ante situaciones similares⁹.

En efecto, no puede soslayarse, respecto del primero de ellos, que el arma de fuego que portaba ilegalmente el acusado se utilizó para ocasionar la muerte de una persona, en tanto que en punto de la segunda variable, al dolo atinente al porte ilegal de dicho artefacto, se suma aquel relativo al propósito que se perseguía con el mismo, lo cual eleva el desvalor de la conducta y torna potencialmente más lesiva de la seguridad pública, dado que la paz y la convivencia social que la integran, ciertamente se ven afectadas con mayor intensidad.

En ese orden, estima la Sala que la sanción a imponer por el delito contra la seguridad pública se determina en 117 meses de prisión.

Ahora bien, como al procesado se le endilga haber realizado pluralidad de acciones que infringieron varias disposiciones de la ley penal -concurso de conductas punibles-, de conformidad con el artículo 31 del Código Penal, en orden a determinar la pena se debe partir de la más grave según su naturaleza y, adicionalmente, deben tenerse en cuenta factores cuantitativos tales como (i) el aumento no debe exceder en otro tanto el monto de la pena más grave, (ii) la sanción no puede ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a cada uno de los delitos debidamente dosificados cada uno de ellos y (iii) en ningún caso la pena podrá exceder de sesenta (60) años de prisión.

Además de las reglas en mención, según la jurisprudencia de la Corporación, el incremento punitivo por razón del concurso depende de los siguientes criterios: «(i) el número de conductas concurrentes y (ii) los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, que tienen que ver con la gravedad, así como las modalidades específicas, de los delitos que concursan»¹⁰.

En esa medida, considera la Corte que como en el caso concreto concursan dos conductas punibles y atendiendo la mayor gravedad de aquella que atenta contra la seguridad pública, según quedó expuesto ut supra, el incremento de 24 meses que consideró el ad quem resulta ajustado a los criterios indicados en la jurisprudencia citada, con lo cual, además, se garantiza la efectiva tutela del referido bien jurídico y se cumplen los fines de retribución justa y prevención especial positiva de la pena que resultan aplicables en este asunto.

De modo que la pena para el delito de homicidio simple, individualizada en 208 meses de prisión, se aumenta en 24 meses por razón del concurso con el ilícito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, para una sanción definitiva de doscientos treinta y dos (232) meses -19 años y 4 meses-, término por el que también se fijará la pena accesoria de inhabilitación

para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Por otra parte, aun cuando la Sala advierte que el Tribunal nada dijo en relación con la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, que debió considerar con ocasión del delito contra la seguridad pública, de conformidad con lo normado en el artículo 52 del Código Penal, tal yerro no admite corrección en esta sede, por cuanto así lo impone la prohibición de reformatio in pejus, habida cuenta que en la presente actuación el procesado es el único recurrente.

Finalmente, conviene precisar que, salvo lo aquí decidido, las demás determinaciones del fallo de primer grado se mantienen incólumes, incluyendo la negativa de conceder al sentenciado los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión –suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria–, cuya improcedencia se sustenta en que no se cumple con el factor objetivo que demandan para su aplicación, tal como se consignó en la parte motiva de la referida decisión.

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

1. CASAR parcialmente el fallo impugnado con fundamento en el cuarto cargo de la demanda formulada por el defensor del procesado Víctor Julio Muegues Lesmes, con el objeto de modificar la pena principal y la accesoria que le fueran impuestas como coautor responsable de los delitos de homicidio simple y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

2. IMPONER, en consecuencia, a Víctor Julio Muegues Lesmes la pena de doscientos treinta y dos (232) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

3. DEJAR incólumes las demás determinaciones adoptadas en el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ SP, 25 may. 2011, rad. 35104 y CSJ SP, 9 dic. 2010, rad. 32506.

2 Cfr. Sentencias del 21 de mayo de 2009 y 17 de marzo de 2010, raditaciones N° 31367 y 32829, respectivamente.

3 Sentencia CC C-145-1998.

4 CSJ SP, 24 jul. 2013, rad. 36448; CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 32173 y CSJ SP, 2 feb. 2011, rad. 32018; entre otras.

5 «...prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado».

6 “CSJ SP 12/12/05, rad. 24011.”

7 “CSJ SP 05/12/07, rad. 28432.”

8 CSJ AP, 11 mar. 2015, rad. 42293; CSJ SP, 25 ago. 2010, rad. 33458; CSJ SP, 10 jun. 2009, rad. 27618; y CSJ SP, 8 oct. 2003, rad. 17606.

9 CSJ SP, 24 jun. 2015, rad. 40382.

10 CSJ SP, 30 abr. 2014, rad. 41350.