

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP - 4607 - 2016

Radicación n° 43146

(Aprobado Acta n° 120)

Bogotá D.C., trece de abril dos mil dieciséis (2016)

De acuerdo con lo advertido en el auto AP-1429-2016 que inadmitió la demanda de casación presentada por defensor de JOSÉ RICARDO BARRETO GARZÓN, de manera oficiosa, se pronuncia la Sala sobre la vulneración de garantías constitucionales en la sentencia emitida el 13 de noviembre de 2013 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca mediante la cual modificó el fallo del Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Zipaquirá, del 22 de febrero de 2013, condenando al mencionado procesado como autor de los delitos de Homicidio, Homicidio, en grado de tentativa, y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en concurso de conductas punibles.

HECHOS

En el fallo demandado fueron narrados de la siguiente manera:

El 31 de agosto de 2007, aproximadamente entre las 1:30 y 2:00 P.M., las hermanas G. C. A. P. de 15 años y F. E. P. B. de 13 años¹, regresaban del colegio al hogar de su abuela donde residían, desplazándose por un camino rural en el sitio conocido como “Alto del Colorado”, localizado en la vereda Tasajeras del municipio de Gachetá, donde fueron abordadas por un sujeto armado con un revólver y con el rostro cubierto con un pasamontañas, quien luego de amenazarlas les tapó los ojos, la boca y les amarró las manos. Al intentar trasladar a las menores por un camino aledaño, éstas (sic) forcejearon y lograron salir corriendo, pero aquél las alcanzó, propinándole una patada a F.E. en la espalda, quien cayó de cara al suelo y, acto seguido, sintió un impacto en la cabeza, perdiendo el sentido.

Entre las 5:30 y 6:00 P.M. de ese mismo día, vecinos del sector encontraron en el camino a las dos hermanas; la mayor había fallecido al parecer por impactos de bala, mientras que la menor (F.E.) si bien presentaba un disparo en el cráneo, aún tenía signos vitales, por lo que fue trasladada a varios centros asistenciales en los cuales recibió la atención especializada que le permitió continuar con vida pese a que un proyectil continúa alojado al interior de su cerebro.

Esta última identificó a JOSÉ RICARDO BARRETO GARZÓN, quien es un familiar lejano, como el autor de tales sucesos.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencias preliminares llevadas a cabo el 17 de noviembre de 2007, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con función de Control de Garantías de Gachetá (Cundinamarca), el Delegado de la Fiscalía General de la Nación, tras legalizarse su captura, formuló imputación a JOSÉ RICARDO BARRETO GARZÓN por los delitos de Homicidio agravado (artículos 103 y 104-7 del Código Penal), Homicidio en grado de tentativa (artículos 103, 104-7 y 27 ibídem) y Fabricación, tráfico y porte de armas de

fuego o municiones (artículo 365 ib.), en concurso de conductas punibles. El imputado no se allanó a los cargos formulados.

Presentado el escrito de acusación por parte del Fiscal Seccional de Gachetá (Cundinamarca) por los delitos de Homicidio agravado (artículos 103 y 104-7 -«colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación»- del Código Penal), Homicidio en grado de tentativa (artículos 103, 104-7 y 27 ibídem) y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (artículo 365 ib.), en concurso de conductas punibles, le correspondió al Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Zipaquirá adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose las audiencias de acusación y preparatoria los días 10 de abril y 8 de mayo de 2008, respectivamente.

La audiencia de juicio oral y público fue instalada el 2 de marzo de 2009, sesión en la que la juez de conocimiento se declaró impedida para su continuación, lo cual fue desestimado por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

En sesión del 23 de junio de 2010 fue reanudado el juicio, decretándose su nulidad, por lo que fue reiniciado el 8 de marzo de 2011, continuándose en sesiones del 10 de mayo y 12 de septiembre de 2012. Clausurado el debate, el representante de la Fiscalía solicitó la condena del acusado en calidad de autor de los delitos de Homicidio (artículos 103, 104-9 -«en persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de este Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia»- del Código Penal), Homicidio en grado de tentativa (artículos 103, 104-9 y 27 ibídem) y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (artículo 365 ib.), cometidos en concurso de conductas punibles. Se emitió sentido del fallo declarando culpable al acusado JOSÉ RICARDO BARRETO GARZÓN.

El 22 de febrero de 2013, el mismo despacho judicial, emitió el fallo, siendo condenado BARRETO GARZÓN a la pena principal de 116 meses de prisión y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de arma de fuego por el mismo lapso, en calidad de autor de los delitos de Homicidio en grado de tentativa (artículos 103 y 27 del Código Penal), y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (artículo 365 ib.), en concurso de conductas punibles, negándole el derecho a los subrogados de la condena de ejecución condicional y de la prisión domiciliaria. Absolvió al procesado por el consumado delito de Homicidio agravado, que igual había sido objeto de la acusación.

Apelado el fallo por el defensor del acusado y por el representante de las víctimas, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, en sentencia del 13 de noviembre de 2013, lo modificó en el sentido de condenar a JOSÉ RICARDO BARRETO GARZÓN, como autor de los delitos de Homicidio (artículo 103 del Código Penal), Homicidio en grado de tentativa (artículos 103 y 27 ibídem) y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (artículo 365 ib.), en concurso de conductas punibles, imponiendo la pena principal de 254 meses de prisión. No se pronunció sobre las penas accesorias impuestas por el A quo.

Oportunamente el defensor del sentenciado, interpuso el recurso extraordinario de casación.

El 9 de marzo de 2016, esta Corporación inadmitió la demanda de casación. En la misma decisión dispuso que una vez se surtieran las notificaciones y el trámite de insistencia correspondiente, el proceso regresara al despacho para revisar la probable vulneración de garantías fundamentales en lo atinente a la ocurrencia del fenómeno de la prescripción penal en relación con el delito de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Agotado el trámite del mecanismo de insistencia, la Corte entra a resolver lo pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Si bien la demanda de casación fue rechazada al carecer de los presupuestos lógicos y de argumentación exigidos por el ordenamiento adjetivo, como se dejó acotado en la providencia que decidió sobre su inadmisión, la Sala procederá a verificar si operó el fenómeno prescriptivo de la acción penal respecto del delito de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, lo que de confirmarse tendría repercusión en el monto de la pena tasado.

Se recuerda que en los asuntos regidos por la Ley 906 de 2004, el periodo inicial de prescripción, esto es, previo a que se formule la imputación, corresponde al máximo previsto para el tipo penal, sin que pueda ser inferior a 5 años, ni superior a 202.

De conformidad con el artículo 86 del Código Penal, modificado por 6º de la Ley 890 del 2004, dicho término se interrumpe con la mencionada formulación de la imputación y, a partir de ese instante procesal, empieza a correr uno nuevo «por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años», al tenor de lo descrito en el precepto 292 de la Ley 906 del 2004, ni tampoco mayor a diez (10) años, en los términos de aquella norma.

De esta manera, desde la imputación corre otro lapso que no puede ser inferior a 3 años ni superior a 10, espacio de tiempo que se suspende con la emisión de la sentencia de segunda instancia, «el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años» (artículo 189 de la Ley 906 de 2004).

En el caso objeto de estudio, el Tribunal Superior de Cundinamarca, al modificar la decisión de primera instancia que revisó en virtud del recurso de apelación interpuesto,

condenó a JOSÉ RICARDO BARRETO GARZÓN, como autor de los delitos de Homicidio (artículo 103 del Código Penal), Homicidio en grado de tentativa (artículos 103 y 27 ibídem) y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (artículo 365 ib.), en concurso de conductas punibles, a la pena principal de 254 meses de prisión. No hubo pronunciamiento por el Ad quem en relación con las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de arma de fuego.

Sin embargo, no advirtió el juzgador de segunda instancia que, en relación con el delito de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, ya se encontraba prescrita la acción penal.

En efecto, para la época de los hechos (31 de agosto de 2007), el delito en cuestión tenía prevista una pena de prisión cuyo máximo era de 8 años, de acuerdo al artículo 365-1 del Código Penal, con la modificación introducida por el artículo 38 de la Ley 1142 de 2007; por lo tanto, el término prescriptivo durante el interregno transcurrido entre la formulación de imputación y la emisión del fallo de segunda instancia, para el referido delito, es de cuatro (4) años (artículo 86-2 del Código Penal).

En este asunto, puede advertirse que la formulación de imputación por el referido injusto se produjo el 17 de noviembre de 2007, lo que significa que el Estado podía válidamente proferir sentencia de segunda instancia máximo hasta el 16 de noviembre de 2011.

No obstante, dicha providencia se dictó el 13 de noviembre de 2013, es decir, cuando ya se había cumplido, con creces, el término de prescripción de la acción punitiva en relación con esa conducta. Cabe señalar que incluso el término de prescripción ya se había observado desde el momento en que se emitió la sentencia de primera instancia el 22 de febrero de dicha anualidad.

Siendo ello así, es claro que transcurrido el período prescriptivo, los juzgadores estaban impedidos para emitir válidamente pronunciamiento alguno dentro de la actuación frente al injusto de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, salvo aquel que declarara la extinción de la acción penal por la presencia del citado fenómeno jurídico.

Advertido que el Tribunal al conocer de la alzada de la sentencia motivo de impugnación, no se percató de la existencia del fenómeno de la prescripción producido en relación con el delito de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, la Sala casará oficiosa y parcialmente el fallo, razón por la cual y para restaurar el agravio, ordenará la extinción de la acción penal respecto de dicha conducta punible (artículo 82-4 del Código Penal).

Como consecuencia de ello, procederá a readecuar la sanción principal de prisión y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de arma.

Así las cosas, en relación con la sanción principal, se tiene que el acusado BARRETO GARZÓN fue condenado a la pena de 254 meses de prisión, quantum punitivo que se determinó a partir de individualizar como delito base el Homicidio consumado, por el que se partió de la pena mínima de 208 meses de prisión.

No obstante, advierte la Sala que al individualizar la pena, en concreto, al establecer el margen de movilidad, aplicado al proceso de individualización de la pena, al establecer el margen de movilidad, el Tribunal equivocadamente tomó un extremo punitivo ajeno a la ley, pues en lugar de tener en cuenta 450 meses (37.5 años) como pena máxima para dicho delito³, acudió a 405 meses (33.75 años), yerro que no es posible corregir en esta sede en razón de la prohibición de reforma peyorativa. Por lo tanto, bajo esa regla errónea, se reitera, se debe redosificar la pena.

En ese sentido, se tiene que el Ad quem, a la pena mínima correspondiente al Homicidio (208 meses), incrementó 10 meses, para un total de 218 meses de prisión por el delito base, monto que se aumentó en 24 meses por el delito de Homicidio en grado de tentativa y 12 meses más por el de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, en razón del concurso de conductas punibles, para un total de 254 meses de prisión.

En este orden de ideas, como se declarará la prescripción de la acción penal por el último de los delitos mencionados (Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, artículo 365 del Código Penal), se reducirá la pena en la misma proporción en que había sido aumentada en virtud de su concurrencia, esto es, 12 meses, por lo que la sanción principal privativa de la libertad quedará en definitiva en doscientos cuarenta y dos (242) meses de prisión⁴.

Ahora bien, en cuanto hace a la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, en principio, podría pensarse que, prescrita la acción penal por el delito de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, habría que excluirse, dada su estrecha vinculación con el referido punible.

Sin embargo, se evidencia que la intención del A quo fue extender esa sanción accesoria al delito de Homicidio concurrente, para cuya comisión el arma de fuego empleada fue el instrumento para su ejecución, por lo que en su momento fijó como pena definitiva, por el concurso de las conductas punibles, la de ciento dieciséis (116) meses y vinculó a ella las penas accesorias, en tanto impuso por el mismo lapso las de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la privación del derecho a la tenencia y porte de arma de fuego, en los términos del artículo 52 del Código Penal.

A su vez, cabe señalar que el Ad quem, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa y el representante de las víctimas, modificó el fallo aludido, extendiendo

la condena al delito de Homicidio consumado, por el cual había sido absuelto el procesado en primera instancia, de modo que en el ejercicio de redosificar la sanción, lo que llevó a cabo con el error atrás reseñado⁵, incrementó la pena de prisión en 254 meses, sin emitir pronunciamiento alguno en torno a las penas accesorias impuestas en primera instancia, de donde se sigue que las mismas se mantuvieron bajo la misma regla regulada por el A quo, esto es, que su monto es igual al lapso de la pena privativa de la libertad.

Se observa, por tanto, que la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de arma de fuego, así determinada, comporta agravio al principio de legalidad, al no sujetarse al sistema de cuartos ni al límite legal, en los términos del canon 61 del Código Penal, reclamando la intervención oficiosa de la Sala, como a continuación se pasa a definir.

Tiene dicho la Sala que en la determinación de dicha pena accesoria, se aplica el sistema de cuartos que rige la individualización de la pena (artículo 61 del Código Penal)⁶, por lo que ha de tenerse en cuenta que esa sanción tiene prevista pena de entre uno (1) y quince (15) años (artículo 51 ibídem). En consecuencia, los cuartos derivados del ámbito punitivo de movilidad corresponden a: el primer cuarto, de 12 a 54 meses; los cuartos medios, de 54 a 138 meses; y, el último cuarto, de 138 a 180 meses.

Al respecto, se reitera que en el presente caso el Ad quem, tras modificar la pena principal de prisión, incrementándola, guardó silencio en relación con las penas accesorias, por lo que debe entenderse que en definitiva se confirmó el criterio con el que fueron impuestas con la misma intensidad por el juez A quo, es decir, un quantum semejante a la pena principal.

De esa manera, se deben tener en cuenta los criterios de proporcionalidad que

guiaron al juzgador en la atribución de la pena de prisión, esto es, que en relación con el delito base (Homicidio consumado), con el error en los extremos punitivos que viene de anotarse, al mínimo que es posible imponer, valga decir, 208 meses, incrementó 10 meses, para un total parcial de 218 meses de prisión, lo que equivale al 20.30%⁷ del margen de movilidad de que trata el artículo 61 del Código Penal.

Mientras que por el concurso de conductas punibles, incrementó la pena en 24 meses, que corresponde al 11% por el delito de Homicidio en grado de tentativa⁸.

Trasladando el mismo criterio a la pena accesoria de privación del derecho a portar arma de fuego, se tiene que por el delito base el mínimo de la pena se aumenta en 20.30%, lo que arroja como resultado 20.52 meses⁹. Guarismo que a su vez se aumenta en 11%, por el concurso de la conducta punible de Homicidio en grado de tentativa, equivalente a 2.25 meses¹⁰, para un resultado final de 22 meses y 23 días como pena accesoria de dicha naturaleza a imponer¹¹.

Finalmente, en relación con la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se hace necesario ajustarla a su tope máximo de 20 años -240 meses- (artículos 51-1 y 52-3 del Código Penal), en tanto dicho umbral es sobrepasado al imponerse el mismo monto de la pena principal, como equivocadamente lo asumió el Tribunal al aparejar esta sanción al monto de la pena de prisión.

En tales sentidos se casará parcialmente el fallo impugnado; en todo lo demás, la decisión del Ad quem se mantendrá sin modificaciones.

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 y de oficio el fallo del 13 de noviembre de 2013, proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, en consecuencia, declarar la extinción de la acción penal, por prescripción en relación con el delito de Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones, por el que fue procesado JOSÉ RICARDO BARRETO GARZÓN.

2. Correlativamente, fijarle a JOSÉ RICARDO BARRETO GARZÓN la pena principal de doscientos cuarenta y dos (242) meses de prisión y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 240 meses y de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, por el término de 22 meses y 23 días.

3. En todos los demás aspectos la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca permanece incólume.

4. Contra lo decidido en el presente fallo no procede recurso alguno.

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

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 La información que permite identificar o individualizar a las menores, fue suprimida con el objeto que el contenido de la providencia pueda ser consultado sin desconocer los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.

2 Salvo que se trate de las conductas punibles de desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical, homicidio de defensor de derechos humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, caso en el cual dicho término extintivo será de treinta (30) años. La acción penal para delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra es imprescriptible. Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años, contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad. (Artículo 83 del Código Penal, modificado por los artículos 1º de la Ley 1154 de 2007, 1º de la Ley 1309 de 2009 y 16 de la Ley 1719 de 2014).

3 Artículo 103 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

4 Resultado de: 254 meses - 12 meses = 242 meses de prisión.

5 Tomar como extremo máximo de la pena 405 meses, cuando legalmente se

establece en 450 meses.

6 Cfr., SP-17166-2014, 16 dic. 2014, Rad. 42536; CSJ SP-2636-2015, 11 mar. de 2015, Rad. 43881.

7 Lo que resulta de tomar 10 meses (cantidad de aumento dentro del primer cuarto de la pena de prisión) $\times 100\% \div 49.25$ meses (margen de movilidad que es 208 a 257.25 meses) = 20.30%.

8 Lo que surge de tener en cuenta que la pena impuesta fue de 218 meses, surge de $24 \text{ meses} \times 100\% \div 218 \text{ meses} = 11.00\%$.

9 El margen de movilidad es de 42 meses y los extremos del primer cuarto van de 12 a 54 meses, así que 42 meses por 20.30% da como resultado 8.52 meses. Por tanto: $12 \text{ meses} + 8,52 \text{ meses} = 20.52 \text{ meses}$.

10 $20.52 \text{ meses} \times 11.00\% = 2.25 \text{ meses}$

11 $20.52 \text{ meses} + 2.25 \text{ meses} = 22.77 \text{ meses}$ (22 meses y 23 días)