

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrados ponentes

SP7087-2016

Radicación No. 47079

Aprobado Acta No. 167

Bogotá D.C., primero (1º) de junio de dos mil dieciséis (2016).

I. VISTOS

Luego de inadmitida la demanda y cumplido el término para que se elevara petición de insistencia, procede la Sala a emitir fallo de casación oficioso respecto de la sentencia proferida el 31 de julio de 2015 por el Tribunal Superior de Cali, confirmatoria de la emitida por el Juzgado 21 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, que condenó a Huberney Ospina Quiceno como autor del delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

II. HECHOS

Fueron narrados así por el juez de segunda instancia:

El día 12 de julio de 2011, siendo las seis y media de la mañana sobre la calle 125 con carrera 26H de la ciudad de Cali, transitaba Cristian Andrés Hinojosa Quiceno, quien se encontraba haciendo una ronda de vigilancia por el sector, cuando de repente apareció por su espalda Huberney Ospina Quiceno y sin mediar palabra le disparó dejándolo gravemente herido, siendo trasladado a un centro asistencial en donde le salvaron la vida.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Al día siguiente de los hechos, ante el Juzgado 21 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la ciudad de Cali, se legalizó la captura de Huberney Ospina Quiceno, se le formuló imputación como autor del delito de homicidio agravado tentado (artículos 103 y 104 numeral 7º del Código Penal) en concurso con el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego (artículo 365 ibídem) y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

1. El 12 de septiembre de 2011 la Fiscalía presentó escrito de acusación en el que reiteró el cargo atribuido al procesado en la audiencia preliminar, y que formuló en audiencia de 30 de septiembre siguiente ante el Juzgado 21 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Cali.

1. Culminadas las audiencias preparatoria y de juicio oral, la citada autoridad el 5 de septiembre de 2012, condenó a Huberney Ospina Quiceno como autor de los delitos de

homicidio agravado en la modalidad de tentativa y porte de armas, imponiéndole la pena de 256 meses de prisión y como sanciones accesorias la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y la prohibición para el porte de armas de fuego por el mismo término de la sanción principal.

Se ordenó igualmente que el procesado continuara privado de la libertad, por cuanto no procedían los mecanismos sustitutivos y de suspensión de la pena de prisión.

1. La sentencia condenatoria de primera instancia fue impugnada por el defensor del acusado, siendo confirmada integralmente por el Tribunal Superior de Cali en decisión de 31 de julio de 2015.

1. Contra el fallo del ad quem, la misma parte interpuso demanda de casación la cual fue inadmitida en auto de 16 de diciembre de 2015, y al advertirse un posible yerro en el cálculo de la pena principal y accesorias, dispuso la Sala que en firme el auto inadmisorio del libelo, las diligencias retornaran al despacho del ponente para emitir oficiosamente sentencia de casación.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La casación oficiosa es la facultad otorgada por la Ley a la Corte cuando quiera que advierta vicios o errores que no han sido propuestos en la demanda y que impliquen el desconocimiento de derechos del procesado, en orden a que pueda pronunciarse emitiendo una decisión de fondo restableciendo la garantía conculcada.

Así se desprende del inciso tercero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 que a la

letra dice:

«En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo».

De igual forma, ha indicado la Sala que en los casos en los que procede la casación oficiosa, por obvias razones no es necesario convocar a la audiencia de sustentación del recurso extraordinario de que trata el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, como que la misma está prevista para que se realice un debate oral en torno a la demanda admitida, el cual se descarta cuando, como en este evento, el escrito ha sido rechazado. (CSJ, AP 19 Feb 2014, rad. 42936)

En esta ocasión la irregularidad que advirtió la Corte tiene que ver con el monto de la pena principal como de la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la de prohibición de porte de armas de fuego, las cuales fueron impuestas por el mismo término de la sanción principal de prisión, esto es, 256 equivalentes a 21 años y 4 meses.

Adicionalmente, se cometió un error aritmético en el cálculo de la sanción privativa de la libertad, habida cuenta que al aplicar la proporción de rebaja por tratarse de una conducta tentada, el extremo máximo se fijó en 540 meses cuando el correcto es el de 450 meses de prisión.

La anterior situación, en lo que atañe a la pena de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, implica la trasgresión del principio de legalidad de la pena y, del procedimiento para el cálculo de la sanción en lo relativo a la prohibición

de porte y tenencia de armas de fuego, motivo por el que se procede a ajustar la sentencia en estos precisos aspectos.

Pena de prisión respecto del delito de homicidio

El delito de homicidio agravado contempla una sanción de 400 a 600 meses de prisión, rango que por tratarse de un delito tentado de acuerdo con lo previsto en inciso primero del artículo 27 del Código Penal, se reduce a la mitad en el mínimo sin que el máximo pueda superar sus tres cuartas partes, es decir, el rango de punibilidad oscila entre 200 y 450 meses de prisión, de donde los cuartos se discriminan así: el primero, 200 a 262.5 meses; el segundo, 262.5 a 325 meses; el tercero, 325 meses a 387.5 meses y el cuarto, 387.5 a 450 meses.

Siguiendo los criterios aplicados por el fallador de primera instancia, la pena corresponde calcularse dentro del primer cuarto, 200 a 262.5 meses de prisión, por manera que partiendo del mínimo, aplicando la proporción que tuvo en cuenta el a quo, 23.5%¹, se obtiene que ésta corresponde a 14.68 meses, los cuales sumados a los 200 meses, arrojan una pena para el delito de homicidio agravado en tentativa de 214 meses y 20 días de prisión.

A este monto, aplicando la proporción que corresponde teniendo como base la sanción impuesta por el delito de homicidio por el juez de primera instancia que fue de 220 meses, frente a los 36 que impuso por el concurso con el delito de porte ilegal de armas, se obtiene un porcentaje de 16.36%, el que aplicado a los 214 meses y 20 que es el equivalente a la sanción correctamente tasada para el homicidio, arroja un monto de 35 meses y 3 días por el delito concurrente, motivo por el cual el monto definitivo para la pena de prisión es de 249 meses y 23 días.

Pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

Como se indicó en párrafos precedentes esta pena accesoria se impuso en un monto superior al legalmente permitido, lo cual implica una trasgresión al principio de legalidad de la sanción que aplica, tanto para las penas principales, como para las accesorias.

Sobre el particular la Corporación se ha pronunciado así:

«Frente a este último aspecto, conviene advertir que el principio de legalidad no solo involucra las penas «principales» de prisión, multa y «las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial» del Código Penal, según lo dispone su artículo 35, sino que también abarca las accesorias». (CSJ, SP 12 Fe. 2014, rad. 42438).

En desarrollo de dicha máxima del derecho sancionador, el legislador punitivo consagró de manera expresa normas sustanciales en las que se indica con claridad, no solo la definición de cada una de las sanciones accesorias y/o privativas de otros derechos distintos al de la libertad de locomoción (artículos 43 a 50 del Código Penal), sino también su término de duración.

Es así que el artículo 51 de la Ley 599 de 2000 en su inciso primero, indica que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en los casos del inciso 3º del artículo 52 del mismo estatuto, es decir, cuando tengan relación directa con la conducta punible, pues en tal evento se impondrá por un tiempo igual al de la pena a la que accede y hasta por una tercera parte más sin exceder el máximo que prevé la ley.

Y como excepción a este límite máximo de 20 años la norma contempla los casos en los que la condena penal se impone contra personas que han cometido delitos con afectación al patrimonio del Estado, pues en tal situación la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se torna intemporal.

En el presente asunto la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que se impuso como accesoria, superó el término máximo permitido en la ley, puesto que se fijó en 21 años y 4 meses, motivo por el que corresponde a la Corte ajustar la sentencia al advertirse la violación directa de la ley por exclusión evidente del artículo 51, inciso 1º, de la Ley 599 de 2000.

En tal medida, como quiera que aun habiéndose ajustado la pena de prisión a su estricta legalidad, de todas formas ésta supera el límite de los 20 años y aunque el artículo 52 del Código Penal, inciso tercero, establezca que tal pena accesoria se impone en todo caso cuando se irroga la prisión y por el mismo término de ésta, no es posible igualarla al quantum de la prisión, sino que debe respetarse el máximo que prevé la ley que es de 20 años, por lo que así se declarará.

Pena accesoria de prohibición para la tenencia y porte de armas de fuego

Similar trasgresión se observa en torno a la pena también accesoria de prohibición para la tenencia y el porte de armas de fuego, la cual puede imponerse dentro del rango de 1 a 15 años, no obstante en el fallo contra Huberney Opina Quiceno su duración fue igual a la de la pena principal de prisión, a saber, 21 años 4 meses, cuando tal sanción debió fijarse dentro del rango referido y por el sistema de cuartos que regula el artículo 61 del Código Penal.

De otra parte, cabe precisar que si bien la motivación de esta clase de sanción podría tornarse insuficiente ante la simple afirmación del fallador en el sentido de que «por existir íntima conexión, también se impondrá la pena accesoria inserta en el artículo 49 del Código Penal, es decir la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por igual término al de la pena principal...», como justificación para imponerla, de todas formas la Sala ha considerado que tal carga argumentativa, la cual se deriva del artículo 59 de la norma penal sustancial -Motivación del proceso de individualización de

la pena-, se satisface siempre que el juicio de responsabilidad penal contemple condena por el delito de fabricación porte o tenencia de armas de fuego y municiones.

Así lo ha indicado la Corporación²:

“Mayoritariamente, a la par, se estableció como criterio general que en casos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal o de uso privativo de las Fuerzas Armadas –sea que se impute sólo esa conducta punible o en concurso de delitos—, se entiende cumplida la garantía de motivación de la imposición de la sanción accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, con la declaración en la sentencia de que el procesado fabricó, traficó o portó armas de fuego o municiones ‘sin permiso de autoridad competente’. En otras palabras, la declaración judicial de que ajustó su comportamiento a cualquiera de las conductas descritas en los artículos 365 o 366 del Código Penal (también al artículo 367 ibídem), constituye suficiente fundamento para privar del mencionado derecho al condenado. Se rectifica con este criterio, entonces, el plasmado en el precedente jurisprudencial del 16 de diciembre de 2014 (CSJ SP 17166-2014, Rad. 42536). -Resaltado fuera del texto original-

En ese orden, para el presente caso se entiende que la imposición de la pena accesoria en cuestión fue correctamente motivada, no así el proceso para su determinación el cual debió realizarse bajo el sistema de cuartos, como también lo ha enseñado la Corte:

Tiene dicho la Sala que en su determinación aplica el sistema de cuartos que rige la individualización de la pena (artículo 61 del Código Penal)³, por lo que ha de tenerse en cuenta que esa sanción accesoria 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: primer cuarto, de 12 a 54 meses; cuartos medios, de 54 a 138 meses; y, último cuarto, de 138 a 180 meses. (CSJ SP, 28 oct 2015, rad.43724)

Aquí se seleccionó como tipo base el de homicidio agravado tentado cuyo margen de punibilidad fue equivocadamente fijado por el a quo, sin que el Tribunal advirtiera el error, en 200 a 540 meses de prisión, siendo lo correcto 200 a 450 meses; en tal medida, la pena se calculó dentro del primer cuarto que dentro de ese margen oscila entre 200 y 285 meses de prisión, imponiéndose finalmente la sanción de 220 meses de prisión, es decir, el aumento sobre el extremo mínimo frente al máximo posible -85 meses- fue de un 23.5%.

De tal manera, aplicando los mismos criterios del a quo, sobre el margen de punibilidad de la pena accesoria en mención, se tiene que su monto corresponde imponerse dentro del primer cuarto que oscila entre 12 y 54 meses y al partir del mínimo de 12 meses, aplicando el porcentaje elegido por el sentenciador que fue de 23.5 % se obtiene que el monto de esta sanción accesoria es de 21 meses y 26 días.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

CASAR PARCIALMENTE Y DE OFICIO la sentencia del Tribunal Superior de Cali de fecha 31 de julio de 2015 y, en consecuencia, fijar la pena de prisión en doscientos cuarenta y nueve (249) meses y veintitrés (23) días de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años y prohibición para la tenencia y porte de armas de fuego por el término de veintiún (21) meses y veintiséis (26) días.

En lo demás el fallo no sufre ninguna modificación.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSE 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 Esta resulta de la diferencia que entre 200 y 285 meses, rango en el que se fijó el primer cuarto y que equivale a 85 meses, correspondientes al 100%; como la sanción para el tipo base de homicidio se tasó en 220 meses de prisión, es decir, el incremento sobre el mínimo fue de 20 meses, el porcentaje de tal cantidad es de 23.5%, sobre los 85 meses

que era el máximo posible a aumentar.

2 CSJ SP, 28 oct 2015, rad.45867

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