



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE
Magistrado Ponente

SP2130-2022

Radicación no.° 56092

Acta 133

Bogotá, D.C., quince (15) de junio de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

La Corte decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de ROBERTO JOSÉ SALAMANDRA PÉREZ, contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Cartagena el 5 de marzo de 2019, que declaró responsable al acusado por los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir agravado, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia, emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena el 16 de mayo de 2018, mediante la cual, condenó por el punible de homicidio agravado y absolvió por el delito de concierto para delinquir agravado.

I. HECHOS

El día 13 de febrero de 2004, siendo aproximadamente las 6:30 de la tarde, YAMIL KASSER ALI se encontraba en la entrada del almacén “*El Sobrino*”, ubicado en la calle del Salto de la ciudad de Magangué – Bolívar, donde fue sorprendido por SALAMANDRA PÉREZ, quien le propinó varios disparos en contra de su humanidad ocasionándole la muerte.

II. ACTUACIONES PROCESALES

El 16 de febrero de 2004, el Fiscal 24 de Magangué - Bolívar, profirió resolución de apertura de investigación previa y ordenó adelantar la práctica de pruebas.¹ El 30 enero de 2012, la Fiscalía 25 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, resuelve situación jurídica imponiendo medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación al procesado.

El 27 de agosto de 2012, se declaró el cierre de la investigación y el 31 de enero del siguiente año, el instructor calificó el mérito del sumario acusando a SALAMANDRA PÉREZ y a WILIAM ALEXANDER RAMÍREZ CASTAÑO, como coautores del delito de homicidio agravado en concurso con

¹ Folio No 6 C-1

el delito de concierto para delinquir agravado, tipificados en los artículos 103, 104 numeral 7° del Código Penal, y 340 inciso 2° ibidem, de conformidad con el artículo 397 de la Ley 600 de 2000.

La resolución de acusación fue objeto de recurso de apelación por parte de la defensa técnica, siendo confirmada en su totalidad por la Fiscalía 71 Delegada ante el Tribunal de Bogotá el 22 de marzo del año 2013.

Vencido el traslado previsto del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, se llevó a cabo la audiencia preparatoria el 19 de noviembre de 2013, donde se realizó la ruptura procesal respecto del señor WILLIAM CASTAÑO, en virtud, de estar respondiendo por las conductas punibles ante los juzgados de Justicia y Paz.

El 16 de mayo de 2018, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena, profirió sentencia condenatoria contra SALAMANDRA PÉREZ por el delito de homicidio agravado en calidad de coautor, - se le absolvió por el punible de concierto para delinquir agravado-, se le impuso como pena principal 300 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de tiempo. La decisión fue apelada por la defensa y el ente acusador.

El 5 de marzo de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena revocó parcialmente la sentencia de

primer grado confirmando la responsabilidad por el punible de homicidio agravado y condenando por el delito de concierto para delinquir agravado, imponiendo la pena principal de 380 meses de prisión.

Inconforme con la decisión tomada por el ad-quem, el defensor de SALAMANDRA PÉREZ interpuso recurso extraordinario de casación.

Mediante auto del 16 de diciembre de 2021, la Corte declaró ajustada a derecho la demanda de casación presentada. En consecuencia, corrió traslado a la Procuraduría Delegada para la Casación Penal, en los términos establecidos en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000

III. DEMANDA DE CASACIÓN

Primer cargo. Por la vía de la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusó el recurrente la sentencia de segunda instancia de aplicar indebidamente el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal, por *“no tipificarse el agravante colocando a la víctima en situación de indefensión.”*

Para el recurrente, los testimonios de Nevis Caballero Cárdenas, Víctor Turizo Reinol y Juan Ávila González -valorados en ambas providencias- no son suficientes para

acreditar -la situación exigida- o conducta alguna relacionada con el agravante en mención. Pues de lo contrario, *“si así fuera tendríamos que concluir que todos los homicidios dolosos serían agravados, casi sin excepción, ya que, generalmente a la víctima se le sorprende sin que se le dé tiempo para que reaccione”*.

Para el censor, el agravante en mención se materializa en otras situaciones como cuando el autor de la conducta se aprovecha de circunstancias tales como que la víctima esté dormida, drogada, embriagada, inválida, o que caiga al piso en el curso de una riña.

Solicita casar la sentencia de segundo grado estableciendo la responsabilidad del acusado por homicidio simple disminuyendo en consecuencia la pena.

Segundo cargo. El casacionista invocó la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, esto es violación directa de la ley sustancial, alegando una aplicación indebida del inciso 2° del artículo 340 del Código Penal, por no tipificarse el agravante respecto de concierto para delinquir.

Considera que no incurre en concierto agravado quien simplemente entra a formar parte del grupo armado ilegal y

que la agravante solo se aplica a quienes se ponen de acuerdo o se conciertan para financiar, promover, etc., organizaciones ilegales, entre ellas, grupos de defensa privada, manteniéndose, generalmente, a la sombra y sin entrar a formar parte de la agrupación “*a la que arman, promueven o financian.*”

Por lo tanto, para el censor, “*concentarse*” para formar parte de un grupo armado al margen de la ley, subsume la conducta prevista en el inciso 1 del artículo 340 del Código Penal -concierto para delinquir simple- y no la del inciso 2 -concierto agravado.-

Solicita se case la sentencia impugnada y, en consecuencia, se modifique la condena respecto al concierto para delinquir agravado, imponiendo la calificación de simple aplicando la disminución punitiva pertinente.

Tercer Cargo. El casacionista invocó la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por violación directa de la ley sustancial, alegando falta de aplicación del artículo 51 de la Ley 599 de 2000, y pide casar la sentencia de segunda instancia por vulnerar la garantía de la legalidad de la pena.

Afirma que en la sentencia de segunda instancia se condenó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio

de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal -300 meses de prisión- sin tenerse en cuenta el artículo 51 del Código Penal, pues éste señala que la pena accesoria cuenta con un máximo de 20 años.

Agrega que, en vista de que en la sentencia de segunda instancia se aumenta la pena principal de 300 a 380 meses de prisión, y nada se dice sobre la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se aumentó en consecuencia la pena accesoria por el mismo termino.

Siendo así, solicita se case la sentencia impugnada y, en efecto, se modifique el término de la pena accesoria reduciéndola, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 51 del Código Penal.

Cuarto cargo. (subsidiario frente al primer cargo). El casacionista invocó la causal segunda del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por no encontrarse la sentencia de segundo grado acorde con los cargos formulados en la resolución de acusación, en lo referente al agravante del delito de homicidio por el cual fue condenado el acusado.

Refiere que, en la resolución de acusación de primera instancia, se le imputa jurídicamente el agravante, pero en ella, no se contempla cuál fue el hecho "*de la vida real*" que

implicaba la indefensión de la víctima, ni el comportamiento o situación de la cual el agente se aprovechó. En síntesis, la acusación sólo se limita a la simple transcripción del numeral 7° del artículo 104 de Código Penal, efectuándose una genérica imputación jurídica más no fáctica.

En ese mismo sentido, agrega que si bien es cierto, tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia, explican cuál es el hecho de la vida real que configura la causal, es necesario que de manera concreta, clara y precisa, dicha circunstancia fáctica sea referida como agravante, la cual no fue tomada en cuenta en la resolución de acusación.

No hay congruencia fáctica entre la acusación y la sentencia, pues en aquella no se hace la imputación fáctica y en la segunda si, por lo tanto, se debe casar el fallo de segunda instancia y, en consecuencia, modificar la parte resolutive respecto al homicidio agravado e imponer el homicidio simple junto a la disminución punitiva correspondiente.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Primer cargo. El Procurador Delegado refiere que de los testigos enunciados por el censor, el rendido por NEVIS CABALLERO no puede ser valorado, en razón a que al declarar, corroboró el lugar, el modo y las personas que

participaron tanto en la planeación como en la ejecución de la muerte de JAMIL KASSER ALI, más no fue testigo directa de los hechos ocurridos, es decir no estuvo presente en el momento que acaeció el homicidio.

Por el contrario, no ocurre lo mismo con las declaraciones de los señores VÍCTOR TURIZO y JUAN ÁVILA, quienes presenciaron directamente los hechos investigados, al encontrarse dialogando con la víctima cuando atentaron en contra de su humanidad.

Agrega que estos testigos coinciden en su relato cuando afirman que se encontraban en la entrada del almacén de propiedad de JAMIL KASSER “El sobrino” dialogando, cuando de repente apareció una persona que lo tocó y desprevenidamente le disparó a quema ropa en dos oportunidades, segando la vida de la víctima.

Situación que sirvió de fundamento para que la Fiscalía acusará el agravante del Núm. 7 del artículo 104 el Código Penal, al estimar que el acusado aprovechó la indefensión o distraimiento en el que se encontraba la víctima.

Termina manifestando, que es atinado lo resuelto por los juzgadores en ambas instancias, al haber impuesto el agravante al homicidio, dado que el procesado aprovechó el

estado de indefensión en el que se encontraba la víctima, para lograr su cometido ilícito. Sin embargo, advierte una discrepancia de la manera como se argumentó y se demostró, tanto jurídica como fácticamente la ocurrencia de la agravante.

Segundo cargo. El Ministerio Público considera que no asiste razón al cargo propuesto por el recurrente, al verificarse que el agravante contenido en el inciso 2 del artículo 340, es aplicable tanto a los miembros que tienen la función de financiar y administrar los recursos ilícitos de la empresa, como para aquellos que tienen otros cargos y funciones específicas, como ocurre en el presente caso, donde el procesado ejecutaba solamente las misiones ordenadas por los cabecillas, entre otros, el asesinato.

Tercer cargo. En cuanto a que los jueces de instancia vulneraron las garantías procesales del acusado al haber superado el término de 20 años –señalado en el inciso 1 del artículo 51 y el inciso 3 del artículo 52—, al imponer la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, considera que las normas en cita, ordenan que la pena accesoria en mención, no puede superar el término de 20 años, sujeción que es reafirmada por la jurisprudencia de la Sala Penal, sin embargo, los jueces de instancia al momento de imponer la respectiva pena, omitieron la aplicación de dicho mandato.

Por lo tanto, apoya el cargo propuesto por el recurrente y solicita la correspondiente disminución de la pena accesoria.

Cuarto cargo. -Subsidiario del primero.- Respecto de la alegación de la vulneración del principio de congruencia al evidenciar que en la resolución de acusación, no se relacionó el agravante del homicidio con las pruebas practicadas en la etapa de instrucción, ni se especificaron los referentes de la conducta, responde el Delegado de la Procuraduría, que la resolución de acusación evidencia que al procesado se le acusó tanto de homicidio como de su respectivo agravante, donde se transcribió la respectiva norma, y posteriormente, en el acápite de las consideraciones, el ente acusador se limitó a demostrar la responsabilidad de ROBERTO SALAMANDRA, pero en ningún apartado relacionó el agravante con las pruebas allegadas, y mucho menos con la situación fáctica, por ello, le asiste razón al cargo propuesto por el libelista.

Concluye que el principio de congruencia no sólo predica la relación jurídica y fáctica que debe corresponder entre la resolución de acusación y la sentencia, sino que también, el deber del ente acusador de especificar fáctica y probatoriamente su relación con la causal de agravación, y no limitarse solamente a transcribirla y mencionarla.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. De la Prescripción del delito de concierto para delinquir agravado.

La Sala dispondrá la cesación de procedimiento a favor de ROBERTO JOSÉ SALAMANDRA PÉREZ por haber operado la prescripción de la acción penal con posterioridad a la sentencia de segunda instancia, respecto del delito de concierto para delinquir agravado -condenado por el sentenciador de segundo grado-.

Frente a lo anterior, es pertinente ilustrar que la Corte tiene señalado cómo proceder en sede de casación cuando ha operado la prescripción de la acción penal², estableciendo que cuando el acontecimiento jurídico opera después de proferida la sentencia de segunda instancia, debe decretarse directamente y cesar el procedimiento, con independencia del contenido de la demanda, prescindiendo del juicio de admisibilidad, pues en tales supuestos el fallo fue dictado en forma válida, en cuanto se hallaba vigente la facultad sancionadora del Estado.

“Situación distinta se presenta cuando la prescripción de la acción es sobreviniente a la sentencia del ad-quem, caso en el cual, a la sentencia de segunda instancia no se le puede atribuir ilegalidad alguna, pues el Estado conservaba incólume su facultad punitiva

² Cfr. CSJ. SP. de 21 de agosto de 2013, Rad. 40587, reiterado en SP. de 13 de noviembre de 2013, Rad. 40009, SP. de 9 de marzo de 2016, Rad. 46632 y AP. de 8 de junio de 2017, Rad. 48090, entre otras.

*para dictarla, por consiguiente, en dicha situación, lo indicado es acudir a la cesación de procedimiento”.*³

Posición reiterada en la SP-1962-2019 de 05 de junio de 2019, Rad. 48384, al precisarse que:

“1. Cuando la prescripción opera después de la sentencia de segunda instancia, se debe decretar directamente y cesar procedimiento con independencia del contenido de la demanda (se prescinde del juicio de admisibilidad), por haberse dictado el fallo en forma válida, en cuanto se hallaba vigente la facultad sancionadora del Estado.

2. Cuando la prescripción ocurre antes de la sentencia de segunda instancia, es necesario distinguir dos hipótesis:

a) Si el error ha sido planteado en la demanda, se debe admitir el libelo y definir el cargo mediante fallo de casación, con prescindencia de los restantes ataques si han sido planteados.

b) Si el recurrente no formuló el reproche, le corresponde a la Corte analizar la ocurrencia del fenómeno extintivo, casar de oficio para anular el fallo y, como consecuencia de ello, inadmitir la demanda por ausencia de objeto, sin que resulte, entonces, procedente, por innecesario y en virtud del principio de economía procesal, agotar el juicio de admisibilidad de los cargos contenidos en el libelo. Desde luego, en caso de haberse admitido la demanda, no habrá lugar a emitir pronunciamiento sobre los cargos allí formulados. [...]”.

Ahora bien, conforme lo establecido en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, durante la etapa de instrucción la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena establecida en la ley para el delito atribuido, sin que dicho término pueda en ningún caso ser inferior a 5 años ni superior a 20 años.

³ CSJ, Sent. Cas. De 24 de octubre de 2003, Rad. 17.466.

A su vez, tal como lo estipula el artículo 86 ibídem, en la fase del juzgamiento, tal lapso se cuenta nuevamente a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria por un tiempo igual a la mitad del máximo de la pena fijada por el legislador para el delito imputado, sin que pueda ser menor a 5 años ni superior a 10.

En el presente asunto, se debe tener en cuenta que ROBERTO JOSÉ SALAMANDRA PÉREZ fue convocado y condenado por hechos ocurridos el **13 de febrero de 2004**, habiendo sido acusado por el delito de homicidio agravado (artículo 104 numeral 7° del Código Penal) y concierto para delinquir agravado (artículo 340 inciso 2° ibídem, modificado por la Ley 733 del 2002), sin que se hubiera tenido en cuenta, como no podía hacerse, el aumento generalizado de penas del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

La sanción prevista para la conducta punible de concierto para delinquir agravado por el que fue llamado a juicio SALAMANDRA PÉREZ, contempla una pena de prisión de **6 a 12 años** y multa de 2000 a 20000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por manera que el término de prescripción de la acción penal en la fase de juzgamiento es de **6 años** al reducirse el lapso, que es igual al de la pena máxima imponible, a la mitad.

Como quiera que la resolución de acusación cobró ejecutoria el **22 de marzo del año 2013**, fecha en la que fue decidido el recurso de apelación interpuesto contra el pliego calificadorio de primera instancia, resulta que en lo relativo a la situación de ROBERTO JOSÉ SALAMANDRA PÉREZ, la acción penal en cuanto al delito de concierto para delinquir agravado, prescribió el **22 de marzo de 2019**, esto es, con posterioridad a la decisión de segunda instancia que fue **del 5 de marzo de 2019**, cuando fue proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y antes que el proceso llegara a la Corte.

Por consiguiente, no habrá lugar a emitir pronunciamiento sobre el cargo formulado respecto del concierto para delinquir agravado y lo indicado es acudir a la cesación de procedimiento.

5.2. De los cargos formulados.

Teniendo en cuenta que los cargos de la demanda de casación proponen similar reproche -legalidad de la pena- serán resueltos conjuntamente. Asimismo, desde ya la Sala advierte que *casará* parcialmente la sentencia del Tribunal. Las razones son las siguientes.

5.3. Para el censor, la discusión se centra en la presunta vulneración del principio de congruencia, en razón, a que la circunstancia de agravación prevista en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, no fue imputada fácticamente en la acusación, como sí jurídicamente pero de manera imprecisa, motivo por el cual no podía atribuirse en la sentencia.

Al respecto, la Corte en diferentes decisiones ha puntualizado en torno al principio de congruencia, concretamente, respecto de las circunstancias genéricas y específicas de agravación punitiva, el siguiente criterio:

*Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte ha definido que el procesado solo puede ser juzgado por las conductas definidas fáctica y jurídicamente en la resolución de acusación e incluso, **ha reafirmado que para que las circunstancias específicas y genéricas de agravación punitiva puedan ser consideradas en la sentencia es necesario que previamente le hayan sido imputadas al inculpado tanto fáctica como jurídicamente en la acusación** ⁴.(Resaltado fuera del texto original)*

Solo de esta manera podrá cumplirse con la garantía al debido proceso y a un juicio público, expresadas mediante el conocimiento previo e inequívoco que tenga el procesado de los cargos que se formulan en su contra tanto por su contenido fáctico como jurídico. En consecuencia, la certeza sobre su contenido permitirá que correlativamente el acusado ejerza el derecho de defensa y a su vez, que el juez tenga definido el marco fáctico y jurídico dentro del cual podrá emitir el fallo que corresponda (CSJ SP, rad, 28 jul 2006, rad. 25648)

⁴ Sentencia del 23 de septiembre de 2003, radicado 16320

En decisión más reciente, reiteró la Sala:

De cara a la anterior constatación resulta oportuno reiterar la doctrina de esta Corporación según la cual el principio o garantía de congruencia entre sentencia y acusación, constituye base esencial del debido proceso, pues el pliego de cargos se erige en marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre la cual se soportará el juicio y el fallo, garantía que se refleja en el derecho de defensa ya que el procesado no puede ser sorprendido con circunstancias que no haya tenido la oportunidad de conocer y menos de controvertir, amén de que con base en la acusación obtiene la confianza de que, en el peor de los eventos, no recibirá un fallo de responsabilidad por aspectos no previstos en esa resolución.

(...)

En tratándose de circunstancias específicas de agravación de una determinada conducta punible, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en que es imprescindible que en la actuación se encuentren debidamente demostradas, y que su atribución en el pliego de cargos esté precedida de la necesaria motivación y valoración jurídico-probatoria, toda vez que como elementos integrantes del tipo básico en particular, requieren de las mismas exigencias de concreción y claridad, con el fin de que el procesado no albergue duda frente al cargo que enfrentará en el juicio o respecto de consecuencias punitivas en los eventos en que decide voluntariamente aceptar responsabilidad con miras a una sentencia anticipada, pues aquellas delimitan en cada caso concreto los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer. (CSJ SP, 18 dic 2013 rad. 41734), (Resaltado de la Sala).

En el caso examinado, la Fiscalía expuso de la siguiente manera el aspecto fáctico de la imputación en la resolución de acusación:

“Dan cuenta las diligencias que el día trece (13) de febrero de dos mil cuatro (2004) siendo aproximadamente las 6:30 de la tarde, se encontraba el señor YAMIL KASERR ALI, en la puerta de la entrada del almacén “El Sobrino” ubicado en la calle del Salto de

la Ciudad de Magangué - Bolívar, cuando es sorprendido por un sujeto que le propina varios disparos en contra de su humanidad, ocasionándole su muerte”.

Luego, hizo una reseña de las pruebas recaudadas y al hacer la imputación jurídica del delito contra la vida expresó.

“La conducta de los encartados, por el momento se enmarca bajo las enseñanzas del “Libro II. Parte Especial de los Delitos en particular. Título I. delitos contra la vida y la integridad personal Capítulo II artículo 103.HOMICIDIO. El que matare a otro, incurrirá en prisión de (13) a veinticinco (25) años.

ARTICULO 104. Circunstancias de agravación. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere ...Numeral 7 **Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación**”. (negrilla fuera del original)

Una vez transcritos los artículos 103 y 104, numeral 7°, del Código Penal, sostuvo el acusador:

“Acreditada se encuentra la muerte de hoy víctima, arrimándose al paginario procesal: la inspección del cadáver, resultado de la necropsia practicada al señor JAMIL KASERR ALI amén del registro civil de defunción donde se demuestra que efectivamente se produjo una lesión grave, en la medida que se vulneró el derecho fundamental a la vida, así como el de la seguridad pública.

Comportamientos, que se produjeron voluntariamente, nacieron del querer de los sujetos activos, sin que se vislumbre de ninguna manera justificación legal y por ende puede predicarse de los mismos su antijuridicidad.

A todas luces es una conducta típica como quiera que se reprodujera el postulado legal con el cual, el legislador ha querido garantizar el derecho fundamental a la vida”.

Después de la enunciación de los hechos relativos a la configuración del delito de homicidio, la Fiscalía citó la norma básica que tipifica esa conducta punible, y luego invocó la norma relativa a la aludida causal de agravación, pero no explicó, –desconociendo el principio de motivación— y de la exposición fáctica no se infiere, porque consideraba que el hecho había sido ejecutado por el autor material *colocando* a JAMIL KASSER ALI en situación de indefensión o inferioridad, o cuáles eran las particulares circunstancias en que se hallaba la víctima, -situación de indefensión o inferioridad- la cual fue aprovechada por el agente agresor, como para adjudicarle tal causal de intensificación punitiva.

Tal precisión era necesaria —que por demás en ningún momento justificó razonadamente— pues, como lo ha referido la Corte, indefensión e inferioridad aun cuando para los efectos previstos en la norma son sinónimos, —con relación al derecho del procesado de entender con claridad y sin vaguedades la conducta imputada—, involucran supuestos fácticos diferentes, dado que por situación de indefensión se entiende a la persona que al momento de la agresión carece de cualquier medio de defensa, es decir, se halla inerme, en tanto que la inferioridad implica una relación de superioridad del sujeto activo que realiza el ataque respecto del agredido, la cual le permite la fácil concreción del resultado perseguido.

Frente al motivo de agravación, es importante precisar que el artículo refiere a cuatro situaciones que se presentan diferentes: (I) se puso a la víctima en situación de indefensión, (II) se la puso en situación de inferioridad, (III) la víctima se encontraba en situación de indefensión, la cual fue aprovechada por el agente activo, o (IV) el procesado se aprovechó de la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima.

En relación con la causal de agravación en cuestión ha dicho esta Sala que:

“(...) la norma hace referencia a cuatro situaciones que surgen diferentes: (I) se puso a la víctima en situación de indefensión, (II) se la puso en situación de inferioridad, (III) la víctima se encontraba en situación de indefensión, la cual fue aprovechada por el agente activo, o (IV) el procesado se aprovechó de la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima.

“Se dice que los cuatro supuestos son disímiles por cuanto la indefensión comporta falta de defensa (acción y efecto de defenderse, esto es, de ampararse, protegerse, librarse), y una cosa es que el agresor haya puesto a la víctima (colocarla, disponerla en un lugar o grado) en esas condiciones, y otra diferente a que la víctima por sus propias acciones se hubiese puesto en esa situación, de la cual el agente activo se aprovecha (le saca provecho, utiliza en su beneficio esa circunstancia).

“Por su parte, la inferioridad es una cualidad de inferior, esto es, que una persona está debajo de otra o más bajo que ella, que es menos que otra en calidad o cantidad, que está sujeta o subordinada a otra, y, por lo ya dicho, no equivale a lo mismo que una persona haya sido puesta en condiciones de inferioridad por

el agresor, o que, estándolo por sus propios medios, el agente hubiese sacado provecho de tal circunstancia. (CSJ SP16207-2014 26 nov. 2014, Rad. 44817).

Ahora bien, en atención a ejercer el pleno ejercicio del derecho a la defensa, se constituye como requisito necesario que, respecto del artículo 104 # 7, la Fiscalía precise en su acusación con claridad, tanto probatoria como jurídicamente, a cuál de cada uno de los 4 supuestos de hecho que estructuran la causal de agravación del numeral citado se está refiriendo.

Incluso, para mayor precisión, en estos casos no es suficiente con determinar que la víctima efectivamente se encontraba en una condición específica de indefensión o inferioridad, *“sino que se obliga demostrar que ello no solo fue conocido por el acusado, sino que quiso aprovecharse de la ventaja inserta en dicha condición”*. (SP CSJ rad. 56174 1. Jul. 2020)

En el presente asunto, la Fiscalía no realizó esfuerzo alguno por determinar en lo probatorio y argumental que de verdad se configuró la circunstancia de agravación referida, pues el ente acusador hizo alusión indistinta a diversas especies. Así, en diligencia de indagatoria se le atribuyó llanamente lo siguiente: *“...se le vincula a la presente investigación como presunto coautor del delito de homicidio agravado consagrado en los artículos 103 y 104 numeral 7 del código penal por las condiciones de*

indefensión o inferioridad que se presentaron en la muerte en concurso...” en el escrito acusatorio aludió a que el homicidio fue cometido “**colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación**”⁵. En los alegatos de conclusión refirió literalmente los hechos consignados en el escrito de acusación. (Negrillas fuera del original)

En efecto, en la vista pública no empleó esfuerzos para demostrar los presupuestos que la acreditan, ya que se centró en demostrar la ocurrencia del homicidio y en la credibilidad del testimonio de NEVIS CONSUELO CABALLERO -testigo de cargo-.

Así, ni en la diligencia de indagatoria, ni en la acusación y ni siquiera en la audiencia pública, la Fiscalía especificó a cuál de las cuatro hipótesis de la causal de agravación se hacía referencia. A lo sumo, hizo referencia, —*de manera general en la narrativa de los hechos*— a que la víctima fue sorprendida por el procesado. Sin embargo, no es suficiente con determinar que la víctima efectivamente se encontraba en una condición específica de indefensión o inferioridad, sino que se obliga demostrar que ello no solo fue conocido por el acusado, sino que quiso aprovecharse de la ventaja inserta en dicha condición.

⁵ Resolución de acusación de fecha 31 de enero de 2013

En otro aspecto, la ausencia de argumentación fáctica, jurídica y probatoria, no puede suplirse con la simple acción de transcribir determinado aparte del contenido de alguna declaración —practicada en la etapa de instrucción—, tal como se hizo en el escrito de acusación, asemejándola como una adecuada justificación razonada para acreditar la circunstancia de agravación. Puesto que, toda decisión judicial debe comprender una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación, en este caso, de la agravación de la pena del delito en mención.

Por tal razón, no es suficiente que en el pliego de cargos citara el apartado de la declaración del señor VICTOR EDUARDO TURIZO REINEL *“persona que se encontraba en compañía del señor JAMIL KASER y observa cuando se acerca una persona al almacén donde estaban dialogando y ve cuando esta dispara contra la humanidad del señor KASER, hasta el punto que intenta refugiarse en la parte trasera del establecimiento. Deja en claro que su amigo, el aquí occiso, tenía negocios con la administración Municipal de Magangué ya que tenía una empresa de construcciones y por ende, proveedor del Municipio...”* ni tampoco la del señor LUIS FERNANDO ARROYO MENDOZA *“...que por la calle que conduce a la Alcaldía ve un tipo frente al Banco Ganadero que se desvía hacia el almacén y saca un arma, el señor JAMIL estaba de espalda, sonaron como tres o cuatro tiros, el tipo me miraba mostrando el arma y luego salió corriendo...”* ya que, en la resolución de acusación ninguna apreciación se hace en torno a que de tales aspectos se deriva el estado de indefensión del occiso y su aprovechamiento por parte del agresor.

El fallador de primer grado, al percatarse en la comentada deficiencia del acto de acusación, —esto es, la ausencia de fundamentación de la circunstancia específica de agravación—, decidió subsanar tal omisión y argumentó lo siguiente.

“Conforme al testimonio de NEVIS CONSUELO CABALLERO CARDENAS, el señor ROBERTO JOSE SALAMANDRA PEREZ estuvo en la reunión de Cascajal, y fue la persona que mató al señor KASSER ALI, quien según lo relatado por el señor TURIZO, testigo dentro del presente, se encontraba descuidado departiendo con él y otros allegados, por lo que es responsable del delito de HOMICIDIO AGRAVADO, por aprovecharse de las condiciones de indefensión del sujeto pasivo”

Por su parte, en la sentencia de segunda instancia sostuvo que existía prueba suficiente para concluir la materialización de la circunstancia agravante del delito de homicidio, en efecto, de la apreciación probatoria al referir el testimonio de VICTOR EDUARDO TURIZO concluyó:

“(...) estábamos dialogando cuando de repente apareció una persona que lo tocó y le pegó con el arma que traía, se paró como a metro y medio o dos metros y le disparó a quemarropa (...)”

Relato que coincide con lo apuntado por Juan Carlos Ávila González (...) estábamos conversando de cuestiones de trabajo (...) y como a esa hora venía un señor de la calle del Banco de Bogotá hacia el almacén, sacó un arma y disparó contra el Turco JAMIL (...)”

Lo anterior demuestra que el agresor se apareció por sorpresa, aprovechando la distracción del finado que discutía sobre asuntos laborales y, sin darle de tiempo de reacción, le disparó en su humanidad con lo que finalmente acabó con su vida, contexto que

se amolda a la causal agravante enrostrada por valerse de situación de indefensión en que se hallaba Yamil Kasser Alí”.

En esa medida, incurre en error el Tribunal al señalar que la imputación fáctica de la agravante se satisface con lo referido por los testimonios, puesto que en la resolución de acusación ninguna apreciación se hace en torno a que de tales aspectos se deriva el estado de indefensión del occiso y su aprovechamiento por parte del agresor. No cumpliendo además los lineamientos de la jurisprudencia que, tratándose del artículo 104.7 del Código Penal, la Fiscalía precise en su acusación con claridad, tanto probatoria como jurídicamente, a cuál de las cuatro circunstancias de agravación hace referencia.

El *ad quem*, se refiere a la atribución de la agravante específica como algo obvio y que se encuentra implícito en las declaraciones citadas y por la forma en que se llevó a cabo el homicidio, sin que realmente la acusación dé a conocer cuáles de los aspectos fácticos dan lugar a concluir indefensión de la víctima; —se reitera se hizo alusión indistinta a diversas especies— tal razonamiento viene a exponerse sólo en la sentencia de segunda instancia.

En consecuencia, ante el ostensible yerro advertido en la resolución de acusación, no le queda a la Corte alternativa distinta a retirar la imputación de la circunstancia de agravación, por ausencia de motivación respecto de la misma,

para lo cual, casará el fallo parcialmente, y procederá a la consecuente dosificación de la pena. Para lo cual deben acogerse irrestrictamente los lineamientos fijados por las instancias.

De esta manera, el A quo aplicó la sanción contemplada en el artículo 104 del C.P., que oscila entre 300 y 480 meses de prisión, para decidirse por el monto inferior, vista la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad.

Como aquí se reclama acudir al tipo penal de homicidio simple, cuya pena va desde 13 hasta 25 años de prisión, la simple aplicación de los criterios antes detallados, implica reducir la sanción a cumplir por el acusado, a trece (13) años de prisión.

A igual lapso se reduce la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

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.- Declarar prescrita la acción penal relacionada con la conducta punible de concierto para delinquir agravado, por la cual se acusó y se dictó sentencia condenatoria en contra de ROBERTO JOSÉ SALAMANDRA PÉREZ, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el 5 de marzo de 2019.

2.- Decretar cesación de procedimiento con ocasión al mismo delito, en favor de ROBERTO JOSÉ SALAMANDRA PÉREZ.

3.- CASAR parcialmente la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el 5 de marzo de 2019, en el sentido de excluir la agravante y, en consecuencia, reducir la pena a descontar por ROBERTO JOSÉ SALAMANDRA PÉREZ, a TRECE (13) años de prisión. A igual término se reduce la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En lo demás rige sin variaciones lo dispuesto por las instancias.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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



FABIO OSPITIA GARZÓN
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Salvamento Parcial de Voto



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

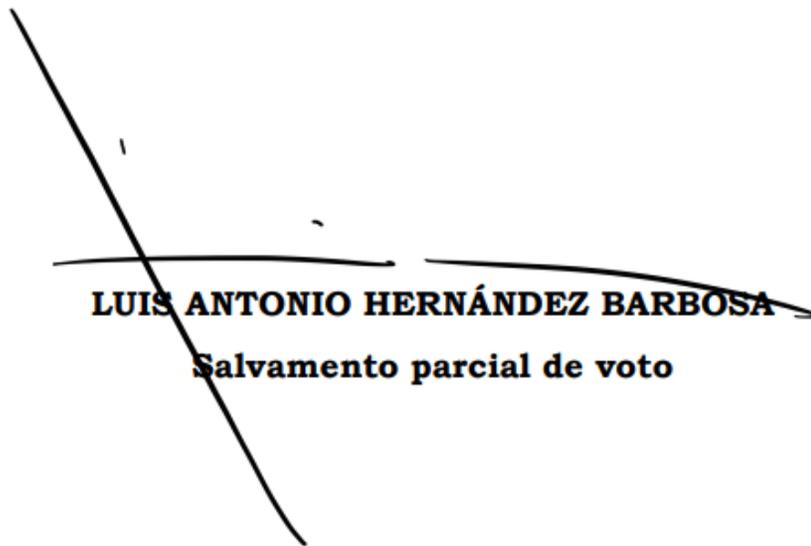


GERSON CHAVERRA CASTRO



2022

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Salvamento parcial de voto

CUI 13001310700120130002101
Casación
Número Interno 56092
ROBERTO JOSÉ SALAMANDRA PÉREZ


HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

SECRETARIA

Sala Casación Penal @ 2022