

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Acero', is written over the printed name below.

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

Magistrado ponente

SP4860-2019

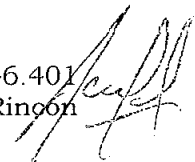
Radicado N° 46401.

Acta 296.

Bogotá, D.C., seis (6) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

V I S T O S

Examina la Corte, en sede de casación, el fallo de segunda instancia emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 24 de abril de 2015, mediante el cual confirmó la sentencia proferida el 30 de enero del mismo año por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la capital del país, en el que condenó a CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN, en calidad de autor del delito de homicidio.



HECHOS

Según lo declarado en las instancias, se tiene que en horas de la madrugada del día 17 de noviembre de 2013, al segundo piso del inmueble ubicado en la calle 20 A No. 96 A – 67, barrio Villamar de la localidad de Fontibón de Bogotá, acudieron patrulleros de la Policía Nacional al ser alertados por llamadas de auxilio; allí, luego de romper un vidrio para ingresar, encontraron el cuerpo inerte de Rafael Guillermo Núñez González, y a su lado a Víctor Hugo Rodríguez Cruz y CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN, quienes, al notar la presencia policial, intentaron huir de la escena del crimen, advirtiéndolo a viva voz el último de los enunciadlos que debió actuar en legítima defensa.

El señor Núñez González fue trasladado a un centro asistencial al que llegó sin vida, estableciéndose como causa de muerte heridas ocasionadas con arma corto punzante en tórax anterior izquierdo, que afectaron el corazón y el pulmón.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 18 de noviembre de 2013, ante el Juzgado Setenta y Uno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se celebró audiencia concentrada preliminar en la que (i) se impartió legalidad a la captura de Víctor Hugo Rodríguez Cruz y CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN, a quienes (ii) se les formuló imputación como coautores del delito de homicidio,

consagrado en el artículo 103 del Código Penal, al paso que (iii) a CHOQUE RINCÓN le fue impuesta medida de aseguramiento restrictiva de la libertad en establecimiento de reclusión.

2. La fiscalía presentó escrito de acusación el 15 de enero de 2014 en contra de los implicados, momento en el cual adicionó a la imputación jurídica efectuada por el delito de homicidio simple, la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el artículo 58, numeral 10°, del Código Penal –obrar en coparticipación criminal-. El conocimiento de la actuación correspondió al Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

3. La formulación de acusación tuvo lugar el 14 de febrero de 2014; en ella se atribuyó a los implicados la conducta punible que fuera objeto de imputación, incluida la adición reportada en el acápite precedente, al tiempo que la audiencia preparatoria se surtió en sesiones de 9 de abril, y 4 y 13 de julio siguientes.

4. En audiencia del 25 de septiembre de 2014, el juzgador aprobó el preacuerdo presentado por la Fiscalía, en virtud del cual CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN aceptó los cargos que fueron objeto de acusación, a cambio del reconocimiento, para efectos punitivos, de la circunstancia de exceso en la legítima defensa –artículo 32, num. 7°, inc. 2°, del C.P.-; por tal motivo, fue dispuesta la ruptura de la unidad procesal para continuar, por el curso ordinario, el proceso en contra de Víctor Hugo Rodríguez Cruz. Respecto de este último se adujo, en principio, que se solicitaría la preclusión;

no obstante, con posterioridad la fiscalía desistió de tal pretensión.

5. Mediante sentencia de 30 de enero de 2015, CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN fue declarado responsable del delito de Homicidio simple y se le impuso la (i) pena principal de sesenta (60) meses de prisión como coautor responsable de ese delito, realizado con exceso en la legítima defensa, conforme fue preacordado; (ii) a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, al tiempo que (iii) no le fue concedida la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

5.1. En el proceso de dosificación punitiva el juzgador se ubicó en el primer cuarto de movilidad por considerar que no existían circunstancias de mayor punibilidad.

6. Al desatar el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las víctimas, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante proveído de 24 de abril de 2015, confirmó integralmente la sentencia de primer grado.

7. En contra del anterior fallo el apoderado de la víctima presentó recurso extraordinario de casación, cuya demanda, fue admitida, a pesar de falencias argumentativas, mediante auto de 5 de julio de 2017.

7.1. El 15 de diciembre de 2017¹, el Juzgado 27 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, concedió la libertad a CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN, a partir del 22 de ese mismo mes y año, por cumplimiento de la pena impuesta en las instancias.

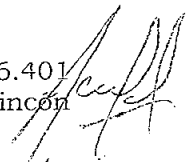
LA DEMANDA

Primer cargo – Violación directa de la Ley sustancial «Falta de aplicación del numeral 10° del artículo 58 del Código Penal»

Destaca el demandante, que *“en el preacuerdo nada se dijo sobre la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el numeral 10 del artículo 58 y que fuera incluida en la acusación”*, falencia que condujo a que los sentenciadores aplicaran indebidamente el artículo 61 del C.P., pues, *“no se podía partir del cuarto mínimo, como se hizo en el fallo atacado, sino de los cuartos medios por cuanto existía la circunstancia de menor punibilidad de carecer de antecedentes penales”*, yerro que repercutió en la vulneración de los derechos a la verdad, justicia y reparación que le asisten a las víctimas.

Por lo anterior, solicita el demandante casar el fallo impugnado y emitir el de reemplazo en el que se fije la pena *«en los segundos cuartos y respetando las consideraciones del*

¹ Folio 50, cuaderno de la Corte.




señor juez A quo para apartarse del mínimo dentro del cuarto seleccionado, donde se hizo un incremento del 73.4%,»

Segundo cargo. Subsidiario - Nulidad

El demandante invoca como transgredido el derecho fundamental al debido proceso en su componente de congruencia, al no haber tenido en cuenta los sentenciadores que la Fiscalía endilgó al procesado, en el escrito de acusación, así como en la audiencia de formulación de esta, la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el artículo 58-10° del C.P., referida a haber obrado en coparticipación criminal; máxime, cuando el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado tuvo lugar con posterioridad a la *«formulación o verbalización pública de la acusación»*.

Por ende, aduce el censor que, si bien, esta Corporación considera lesionado el principio de congruencia cuando se atribuye al procesado en la sentencia una causal de mayor punibilidad no esgrimida en la acusación, respecto de las víctimas también se predica tal vulneración cuando en el fallo se suprime una causal válidamente endilgada por la fiscalía.

Por lo tanto, el libelista solicita proceder a ajustar la sentencia a los términos de la acusación, es decir, *«incluyendo la causal de mayor punibilidad contenida en el numeral 10° del artículo 58 del Código Penal.»*



AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

Casacionista

Se mantuvo en sus argumentos y ratificó las pretensiones expuestas en el libelo de casación.

Defensor del procesado

Limitó su intervención a solicitar no tener en cuenta los fundamentos expuestos en la demanda.

Delegado de la Fiscalía

Resaltó que sí es admisible dilucidar un yerro en la elaboración del preacuerdo, por cuanto:

(i) Desde el punto de vista material, el haber reconocido al procesado la figura del exceso en la legítima defensa, condujo a una rebaja de pena excesiva, incluso, mayor a la que se aplicaría si el implicado hubiese optado por allanarse a cargos en la primera oportunidad procesal.

(ii) No se tuvo en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad endilgada en el escrito de acusación -haber actuado en coparticipación criminal-, lo cual llevó a que el procesado accediera a un doble beneficio para efectos de descuento punitivo.

(iii) Al considerar que el acusado actuó no como coautor, sino en calidad de autor en la comisión de la conducta punible, se produjo, de manera inapropiada, que el otro imputado se viera beneficiado con una solicitud de preclusión.

Por lo anterior, solicitó el Delegado casar la sentencia de segundo grado y declarar la nulidad del preacuerdo por no ajustarse a la legalidad.

Ministerio Público

No advirtió irregularidad alguna en la sentencia emitida por el Tribunal, puesto que el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado, con la participación de las víctimas, tiene el carácter de acusación; en ese contexto, se respetó el principio de congruencia, razón por la cual solicitó no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a auscultar de fondo los reproches formulados en contra del fallo de segundo grado, a fin de establecer si el Ad quem incurrió en los yerros postulados por el demandante.

Aclaración previa

Siguiendo el orden lógico que a la decisión en casación impone el principio de prevalencia de las causales, la Corte

analizará, en primer lugar, el cargo planteado al amparo de la causal segunda, pues, de prosperar, no tendría sentido adentrarse en el estudio del otro reparo propuesto por el casacionista.

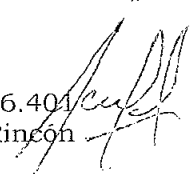
De la nulidad – Vulneración al debido proceso

El reproche del censor se fundamenta en la ausencia de consonancia entre los cargos formulados en el escrito de acusación y posterior verbalización en audiencia, y aquellos que determinaron la emisión de la sentencia condenatoria, basada en el preacuerdo posterior, falencia que en su criterio incidió en la austera pena impuesta a CHOQUE RINCÓN.

Para resolver el cargo, necesario se advierte efectuar una ilustración detallada de lo ocurrido en el proceso y, en particular, del contenido del preacuerdo celebrado por las partes.

(i) De la acusación

En el escrito de acusación, respecto de la formulación de imputación, el Fiscal 41 Seccional de Bogotá rememoró que ante el Juez con Función de Control de Garantías fueron endilgados cargos a **CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN y Víctor Hugo Rodríguez Cruz**, como presuntos coautores del delito de homicidio simple, según lo contenido en el artículo 103 del Código Penal.

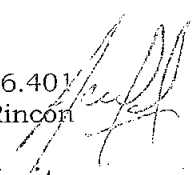


Empero, la calificación jurídica fue adicionada atendiendo la siguiente contextualización:

De acuerdo con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida se puede afirmar con probabilidad de verdad, en primer lugar que se infiere la existencia de delito de HOMICIDIO DOLOSO toda vez que se le quitó violentamente la vida a una persona como consta en las diligencias y del mismo resultado de necropsia practicado al occiso y de otro lado se infiere la presunta participación de los imputados en este hecho, toda vez que eran los únicos que se encontraban con el occiso dentro del apartamento, que intentaban abandonar el sitio ante la presencia de la policía, que a pesar de tener una herida precordial con arma corto punzante, tenía otra serie de lesiones corporales que harían inferir la participación de los dos imputados, que el señor RODRÍGUEZ CRUZ tenía manchas de al parecer sangre en camisa, entre otros aspectos. Importante resulta entonces adicionar la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el numeral 10 del artículo 58 del C.P., esto es, coparticipación criminal; independientemente a que las resultas del proceso concluyan a que fue una sola persona la que desarrolló toda la conducta criminal, caso en el cual los operadores de justicia procederán de conformidad.

Basado en ello es que esta Fiscalía ACUSA FORMALMENTE a los señores VÍCTOR HUGO RODRÍGUEZ CRUZ, quien se identifica ...y CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN... como presuntos COAUTORES de la conducta punible de HOMICIDIO DOLOSO SIMPLE, contemplado en el artículo 103 del C.P., concurriendo la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58 numeral 10 de la misma obra sustancial penal que se adiciona en este escrito, debiendo tener en cuenta el artículo 14 de la ley 890 de 2.004, cometido en las circunstancias ya descritas. (Subrayado fuera de texto).

Posteriormente, en audiencia de formulación de acusación, llevada a cabo el 14 de febrero de 2014 ante el Juzgado 27 Penal del Circuito con Funciones de Concimiento de Bogotá, la Fiscalía mantuvo los cargos endilgados a los implicados, incluida la adición de la



circunstancia de mayor punibilidad señalada en el acápite precedente.

(ii) Del preacuerdo y su verificación

Luego de finiquitada la audiencia preparatoria y previo a la instalación del juicio oral, el 17 de septiembre de 2014 la Fiscalía presentó acta de preacuerdo celebrado con el implicado CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN, la cual fue verbalizada en audiencia del 25 del mismo mes y año, en cuyo desarrollo se destacan los siguientes apartes:

- El fiscal delegado, en principio, refiriéndose a las advertencias realizadas al implicado, indicó:

Se le explicó igualmente que al celebrar el preacuerdo está reconociendo la responsabilidad penal sobre los hechos y tipo penal por los cuales fue acusado, lo que implica que renuncia al derecho de guardar silencio y a no auto incriminarse, frente a ello, el acusado manifiesta que entiende perfectamente las consecuencias de su renuncia.

Asimismo, se le informa que, de hacerlo, en este caso concreto, como contraprestación a esa aceptación de cargos, la Fiscalía le ofrece como única rebaja reconocer el exceso en la legítima defensa, que describe el Artículo 32, Num. 7°, inciso 2°, del Código Penal, frente al delito de homicidio simple, artículo 103 del C.P., y el aumento punitivo consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, por el cual debe responder como autor.

- Seguidamente, el fiscal hizo mención a los hechos objeto de acusación, los cuales precisó así:

(...) sucedieron aproximadamente a eso de las cero veinte horas de la madrugada (12:20 am) del día diecisiete (17) de noviembre de dos mil trece (2013), en el segundo piso del

inmueble ubicado en la calle 20 A No. 96 A-67 barrio Villemar, zona 9, localidad Fontibón, de la ciudad de Bogotá, cuando el inquilino Andrés Guillermo Pineda Bernal es despertado por unos ruidos generados dentro del mencionado inmueble, luego escuchó gritos pidiendo ayuda para que se solicitara el servicio de ambulancia y voces de dos sujetos que discutían, por lo que decide llamar a la Policía. También es despertada la señora Yeimy Viviana Molina, inquilina del lugar, quien cuenta que uno de los sujetos bajó y empezó a golpear en los apartamentos para pedir la dirección del lugar y poder pedir el servicio de ambulancia.

A continuación el señor Pineda Bernal, abre la puerta principal de ingreso a la casa y ahí se encontraban los policiales que con su autorización ingresaron a la vivienda, debiendo romper el vidrio de la puerta interna, subiendo al segundo piso y observa al señor Rafael Guillermo Núñez González tirado en el piso de la cocina y a otro señor encima de la víctima; entre todos bajaron a la víctima y lo subieron a la patrulla para llevarlo a un hospital, y es en este momento que los policiales capturan a las personas que acompañaban al occiso al momento del insuceso, esto es, a los señores Víctor Hugo Rodríguez Cruz y CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN, quienes hoy se encuentran presentes.

Como antecedente, a este hecho, se tiene conocimiento que según lo señalado por el primer respondiente, Patrullero Omar Narváez, indica que se encontraban patrullando por la carrera 100 con 20, cuando la central de radio les reporta que cerca al parque Villamar hay un herido por arma blanca, llegando al sitio y haciendo un recorrido por los alrededores del parque con resultados negativos, reportándole a la central esa situación e indicando que les dijera el número del cual llamaron a la línea de emergencia y ésta le dio el número 3142766135, haciendo una llamada donde les contestó una persona que indicó como su nombre Carlos e informando que lo ayudaran, preguntándole la dirección para llegar, pero éste dijo no saberla y les colgó. Volviendo los policiales a llamar, a lo cual éste señor les dijo lo mismo, agregándoles que el amigo estaba mal herido, y con ayuda de otro ciudadano los policiales ubicaron el lugar, timbrando en el inmueble, abriendo el señor Andrés Guillermo Pineda Bernal, quien les informó que en el segundo piso estaban pidiendo auxilio, a lo cual tocaron y nadie les abría, al continuar escuchando voces de auxilio, rompieron el vidrio de la puerta para ingresar a la vivienda y al momento de subir observan al señor Víctor Hugo Rodríguez Cruz y al señor CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN que intentaban salir de la residencia al ver la

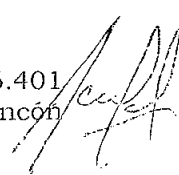
presencia policial; sin embargo, gritando además esta persona "yo no quería, lo maté fue en defensa propia". De inmediato, con ayuda de otro policial y el señor Pineda Bernal, trasladan al herido a la Clínica Colombia donde llegó sin signos vitales..

- Luego de referirse a lo sucedido en las audiencias de formulación de imputación y acusación, el fiscal pasó a detallar los términos de la aceptación de culpabilidad por preacuerdo entre el señor CHOQUE RINCÓN y el ente persecutor. Así verbalizó el acta previamente indicada:

CLAUSULA PRIMERA: SOBRE LOS HECHOS: Las partes conocen la situación fáctica tal como quedó redactado en el acápite de los hechos y por vía de este preacuerdo el acusado acepta en forma total. conforme quedaron descritos por la Fiscalía en precedencia.

CLAUSULA SEGUNDA. SOBRE EL DELITO: La Fiscalía acusó formalmente a los señores Víctor Hugo Rodríguez Cruz, y CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN como presuntos coautores del delito de homicidio doloso simple, tipificado en el artículo 103 del Código Penal, concurriendo la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58 numeral 10 de la misma obra sustancial penal, debiendo tenerse en cuenta el artículo 14 de la ley 890 de 2004.

CLAUSULA TERCERA: SOBRE LA ACEPTACION DE RESPONSABILIDAD: *El acusado CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN con c.c. No. 80'844.025 de Bogotá, de manera libre consciente y voluntaria, en presencia de su abogado defensor, indica que ya le fue explicado de manera detallada todos los pormenores, beneficios y consecuencias sobre la aceptación de responsabilidad penal, y la contraprestación que va a recibir por esa aceptación, por lo que decide **ACEPTAR LA RESPONSABILIDAD PENAL frente a los cargos por los cuales fue acusado**, esto es, el delito de homicidio simple, tipificado en el artículo 103 del Código Penal, y con el incremento punitivo de que trata el artículo 14 de la ley 890 de 2004, en calidad de autor de la conducta punible.*



CLAUSULA CUARTA: SOBRE LA CONTRAPRESTACIÓN: A cambio de ésta aceptación total de los cargos, la Fiscalía le concede como única rebaja reconocer el exceso en la legitima defensa, que describe el artículo 32 numeral 7º. inciso 2º. del código penal, frente al delito de homicidio simple, y el aumento punitivo consagrado en el artículo 14 de la ley 890 de 2004.

Igualmente se le advierte al acusado que como consecuencia del presente acuerdo, se le impondrá una pena que será dosificada por el señor Juez Penal del Circuito de conocimiento, por medio de una sentencia condenatoria, ante lo cual responde que es consciente de ésta consecuencia y la asume de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorado por su defensor.

No habrá lugar a ninguna otra rebaja de pena compensatoria por este preacuerdo. Se establece que el reconocimiento del exceso en la legitima defensa aquí preacordado obedece exclusivamente al interés de disminuir la pena a cambio de que el acusado se declare culpable del delito como lo establece el inciso 1º del artículo 350 del C. de P. P., sin que se entienda que se está modificando la adecuación de la conducta de forma que pueda afectar el principio de congruencia, al igual que el principio de legalidad. Por ende, se estima por los aquí intervinientes, que el presente preacuerdo no vulnera garantías fundamentales y se remite al señor Juez 27 Penal del Circuito de conocimiento para su correspondiente aprobación.

CLAUSULA QUINTA: SOBRE LAS VICTIMAS: Respecto de las víctimas, se deja constancia que los familiares del occiso, en este caso, la señorita Aida Viviana Núñez Daza asiste a esta diligencia para verificar y leer sobre la realización del presente preacuerdo, quedando con ello garantizados sus derechos.

CLAUSULA SEXTA: SOBRE EL ACUSADO VÍCTOR HUGO RODRÍGUEZ CRUZ: Respecto de este acusado la Fiscalía General de la Nación, por intermedio del suscrito Fiscal Delegado solicita en esta misma audiencia de socialización del preacuerdo y ante su Despacho, se permita cambiar en cuanto a este

procesado el sentido de la audiencia para sustentar una **solicitud de preclusión** a favor de esta persona.
(Subrayado y énfasis de la Corte).

- Finalizada la exposición del fiscal y dispuesta la participación de las demás partes e intervinientes, el juzgador aprobó los términos en que fue concebido el preacuerdo, sin que la decisión fuera objeto de los recursos de reposición o apelación.

- A continuación, el ente acusador solicitó al juez postergar la audiencia de preclusión en relación con el coacusado Víctor Hugo Rodríguez Cruz, a lo que accedió el director de la audiencia, pues, incluso, para ese momento ya se había autorizado a los representantes de las víctimas desalojar el recinto judicial.

- Aun así, en consideración a lo consagrado en el artículo 53 de la Ley 906 de 2004, el sentenciador dispuso la ruptura de la unidad procesal para continuar, en actuación separada, el trámite ordinario respecto del acusado Rodríguez Cruz, por lo que señaló fecha, no solo para lectura de sentencia respecto de CHOQUE RINCÓN, sino para atender también la petición preclusiva.

(ii) De la audiencia de lectura de fallo

- El 30 de enero de 2015 el Juez 27 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá dio lectura a la sentencia condenatoria proferida en contra de CARLOS

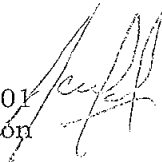
EDUARDO CHOQUE RINCÓN, siendo pertinente transcribir, para lo que interesa a esta decisión, el acápite de *DOSESIFICACIÓN PUNITIVA* de esa providencia:

Con base en la adecuación típica hecha anteriormente y siguiendo las directrices establecidas en los artículos 32 y del 54 al 62 del Código Penal para dosificar la pena a imponerse se tendrá en cuenta los topes punitivos fijados por el legislador en el artículo 103 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004.

La pena por la conducta punible de Homicidio, descrita en el artículo 103 del Código Penal, en concordancia con el artículo 14 de la ley 890 de 2004, oscila de 208 a 450 meses de prisión, lo cual acredita un ámbito de movilidad punitiva de 242 meses que dividido en 4 arroja un resultado de 60.5 meses, de donde aritméticamente surge un primer cuarto que va de 208 a 268.5 meses; el segundo de 268.5 meses 1 día a 329 meses; el tercero de 329 meses 1 día a 389.5 meses y el cuarto o último, de 389.5 meses 1 día a 450 meses de prisión.

Sin embargo, como quiera que por parte de la fiscalía se reconoció el exceso en la legítima defensa que describe el artículo 32 en su numeral 7º inciso 2º y dicha norma penal indica "El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible", es por ello que la pena por el delito de Homicidio descrita en el artículo 103 del Código Penal oscilará de 34.6 a 225 meses que dividido en 4 un resultado de 47.6 meses, de donde aritméticamente surge un primer cuarto que va de 34.6 a 82.2 meses; el segundo de 82.2 meses 1 día a 129.8 meses; el tercero de 129.8 meses 1 día a 177.4 meses y el cuarto o último, de 177.4 meses 1 día a 225 meses de prisión.

Ahora, no habiéndose imputado en el momento procesal permitido ninguna circunstancia de mayor punibilidad, esto es que no se hizo en la audiencia de formulación de imputación solamente hasta la audiencia de acusación se atenderá para efectos de la tasación de la pena, el primer cuarto fijado, esto es, entre 34.6 y 82.2 meses de prisión, atendiendo que a favor del imputado concurre la circunstancia de menor punibilidad prevista en el artículo 55 numeral 1º del Código Penal, atinente a la carencia de antecedentes de carácter penal.



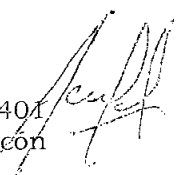
Ahora bien, ponderada la gravedad de la conducta se debe indicar, que sin duda se atentó contra la humanidad de un (sic) persona que se encontraba departiendo con 2 amigos en su lugar de residencia y fue lesionado con arma blanca, recibiendo heridas de considerable gravedad que llegaron a comprometer su vida al punto que por las mismas se produjo su deceso.

Es así que el daño irreversible causado finalmente con la agresión en la humanidad de la víctima al más importante bien protegido por el legislador como lo es la vida y la intención perseguida, aunado a la necesidad de la pena y la función de prevención y protección que ella debe cumplir, se considera justo y legal imponer a CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN la pena definitiva de SESENTA (60) MESES DE PRISIÓN, a título de coautor penalmente responsable de la conducta punible de Homicidio Simple, debiéndose recordar que como única contraprestación le fue reconocido el exceso en la legítima defensa previsto en el inciso 2º del numeral 7º del artículo 32 del Código Penal; por lo que al atentar el procesado contra la vida de otra persona, ello es una conducta que merece total reproche y por eso se impone esta pena de prisión. (Subrayado fuera de texto).

- Culminada la lectura del fallo, los apoderados de víctimas manifestaron su intención de interponer recurso de apelación.

- Seguidamente, el juzgador dio paso a la delegada fiscal para que procediera con la exposición de la solicitud de preclusión en relación con el coacusado Víctor Hugo Rodríguez Cruz, ante lo cual, manifestó:

Efectivamente esta delegada revisando la carpeta advierte que debe retirar esta solicitud de preclusión, pues, efectivamente no encuentra causales objetivas por las cuales se pudiera efectivamente solicitar la misma, y argumentar las causales que están contempladas en el artículo 332, efectivamente la imposibilidad de iniciar o continuar con la acción penal o la inexistencia del hecho, únicas causales viables al invocar en este estadio procesal; de manera que reitero, retiro la solicitud de preclusión y en virtud a ello solicito, pues, obviamente la ruptura de las



presentes diligencias, comprometiéndose obviamente la fiscalía a solicitar el nuevo radicado para continuar el proceso contra el señor Víctor Hugo Rodríguez, e igualmente le solicito de manera respetuosa a su señoría, pues, entonces, se continúe el estadio procesal que si no estoy mal informada efectivamente correspondería a la audiencia preparatoria. (Subrayado fuera de texto).

- En esas condiciones, el sentenciador aceptó el desistimiento de la audiencia de preclusión, por lo que dispuso reafirmar la ruptura de la unidad procesal.

(iii) De la sentencia de segundo grado

Para desechar la oposición de las víctimas frente al fallo de primera instancia, el Tribunal, en la sentencia confirmatoria de 24 de abril de 2015, precisó:

...no es posible acceder a las pretensiones de los apoderados de las víctimas cuando buscan que no se atienda el pacto entre la Fiscalía y el procesado dado que el mismo fue aprobado por el a quo, en audiencia del 25 de septiembre de 2014, luego de escuchar el desacuerdo de las víctimas las cuales no insistieron en su posición una vez conocida la decisión al respecto.

Como se aprecia, los derechos de las víctimas no fueron olvidados solo que su postura no fue acogida por el Juez quien consideró que el preacuerdo no presentaba irregularidades. Es que, en materia de negociaciones las víctimas no son actores con la posibilidad de veto o de exponer criterios que frustren los acuerdos entre Fiscalía y procesado, salvo que se trate de pactos de desconozcan la legalidad o vulneren sus derechos, aspecto que aquí no se advierte. El criterio de los recurrentes apunta más a su valoración subjetiva respecto de lo que estiman no debió darse con la considerable rebaja punitiva que llevaba el pacto más que a razones objetivas que permitieran percibir su ilegalidad.

(...)

Oportuno es recordar que la Fiscalía General de la Nación goza de autonomía como titular de la acción penal y la acusación de ahí que se le faculte para realizar las negociaciones y preacuerdos.

(...)

Aquí, en el preacuerdo realizado por la Fiscalía con CHOQUE RINCÓN se mantuvo el delito objeto de acusación, esto es, homicidio simple, solo que fue beneficiado con el descuento propio del exceso de legítima defensa -numeral 7º, inciso 2º del artículo 32 de la Ley 599 de 2000-.

(...)

De esta forma el proceso de dosificación de la pena se ajustó a los parámetros legales, sin que se advierta actitud caprichosa del Juez.

Además de lo anterior, de cara a la postura de los apelantes, debe tenerse presente que los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación no sufren alteración con el monto de la pena impuesta al condenado en tanto refleje los límites legales tal y como se acaba de explicar. (Subrayado fuera de texto).

La precedente radiografía procesal deja al descubierto que le asiste razón al demandante, pues, se advierte que la sentencia condenatoria emitida en contra de CHOQUE RINCÓN no guardó coincidencia con los cargos que aceptó en el marco del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, lo que, en efecto, repercutió en el proceso de dosimetría punitiva, pues, no se respetaron los parámetros legales contemplados en el artículo 61, inc. 2º, de la Ley 906 de 2004.

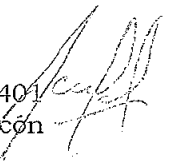
Para dilucidar el yerro en que incurrieron los juzgadores, necesario resulta dirigir la atención al preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el implicado, en el que, conforme se transcribió en acápite precedente, se vislumbra como elemento relevante la decisión libre,

consciente, voluntaria y debidamente informada de CHOQUE RINCÓN de aceptar los cargos que fueron objeto de acusación, tal y como se consignaron en la «CLAUSULA» segunda del citado convenio, esto es: *«homicidio doloso simple, tipificado en el artículo 103 del Código Penal, concurriendo la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58 numeral 10 de la misma obra sustancial penal, debiendo tenerse en cuenta el artículo 14 de la ley 890 de 2004.»*.

En ese sentido el contexto de la negociación, conforme se hizo explícito en precedencia, giró en torno a los cargos formulados en la acusación, que, como lo ha señalado la Sala², se constituye en base para la realización de los acuerdos entre el ente persecutor y el acusado, tal como se desprende de los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Es más, al apreciar la «CLAUSULA» cuarta del preacuerdo, se evidencia claramente que, como contraprestación a la «aceptación total de los cargos», la fiscalía otorgó como única rebaja el reconocimiento del exceso en la legítima defensa –artículo 32, num. 7°, inc. 2°, de la Ley 599 de 2000, luego, de manera alguna, se insiste, se eliminó del convenio la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el artículo 58-10 ibídem, situación que de presentarse habría significado la inadmisibles concesión a favor del procesado de un doble beneficio en curso de la negociación.

² Cfr. CSJ SP, Oct. 5 de 2016, Rad. 45594, reiterado en CSJ AP8231-2017, Nov. 29 de 2017, Rad. 51562.



En suma, resulta diáfano que el acusado CHOQUE RINCÓN preacordó aceptar la totalidad de los cargos objeto de acusación, y que en contraprestación a ello se le aplicaría la rebaja punitiva contemplada en la Ley sustantiva para el exceso en la legítima defensa, como única contraprestación por la aceptación total de los cargos endilgados, según se explicitó en el marco de la cláusula cuarta del preacuerdo.

Así las cosas, a ese preciso y específico convenio, debió ceñirse la sentencia condenatoria, pues, con fundamento en el artículo 351, inc. 4, de la Ley 906 de 2004, los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales, precepto normativo en virtud del cual esta Corporación ha ratificado que *«en materia de preacuerdos, el convenio tiene fuerza vinculante para la fiscalía, el procesado y el juez, a menos que se advierta que se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales.»*³

En ese contexto, luego de superar la verificación del preacuerdo en materia de respeto a garantías fundamentales y ausencia de vicios en el consentimiento otorgado, es claro que el Juez 27 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, estaba obligado a plegarse estrictamente a sus cláusulas.

³ CSJ SP4191-2018, Sep. 26 de 2018, Rad. 52951.

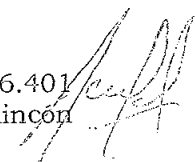
No obstante, se advierte que el fallador desconoció la necesaria congruencia que ha de presentarse entre lo acordado y la sentencia, pues, bajo un argumento inadmisibles, conforme se precisará más adelante, decidió no contemplar la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el artículo 58, numeral. 10, del C.P., válidamente endilgada al acusado, quien, se itera, la aceptó en el marco del convenio celebrado con la Fiscalía, yerro que determinó, por lo demás, una inadecuada tasación punitiva.

Lo anterior, por cuanto, tal como lo ha reconocido la Sala⁴, cualquiera de los supuestos descritos en el artículo 58 del Código Penal genera una mayor punibilidad, concretada, en términos del artículo 61 *ibídem*, en que la pena a aplicar se ubique en los cuartos medios de movilidad, por lo que su desconocimiento infundado por las instancias, trastocó la legalidad de la pena.

Es así como en la sentencia confirmada por el Tribunal se procedió a establecer la pena a imponer en el primer cuarto de movilidad, al que se acude cuando *«no existan atenuantes o agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva»*, en clara contravía del principio de congruencia que se predica entre la acusación –en este caso el preacuerdo– y el fallo.

Para apartarse del contenido de la negociación aludida, el fallador adujo que la circunstancia de mayor punibilidad atribuida al procesado en la acusación, no sería contemplada, por cuanto no fue comunicada en el momento

⁴ CSJ AP1610-2019, Ab. 30 de 2019, Rad. 50024.



procesal oportuno, esto es, en la audiencia de formulación de imputación.

Postura del todo equivocada, pues, pasó por alto el fallador que la actuación en coparticipación criminal atribuida al implicado surgió claramente de los hechos expuestos por la fiscalía, desde el momento mismo de la audiencia de imputación, al punto de motivar desde ese momento la atribución de responsabilidad a los implicados en calidad de coautores, núcleo fáctico que se mantuvo a lo largo del proceso y que permitió que se introdujera válidamente tal circunstancia jurídica en curso de la acusación.

Al respecto, cabe señalar que el desarrollo jurisprudencial de esta Corporación⁵ enseña que en la fiscalía subyace la posibilidad de hacer adiciones o modificaciones en la acusación, como sucede con la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad no tenidas en cuenta en la audiencia preliminar.

Adicionalmente, el acuerdo fue celebrado con posterioridad a la formulación de acusación, siendo este estadio procesal, conforme se anotó en precedencia, pilar fundamental para la negociación entre las partes, lo que obligaba al juzgador a no desatender las precisiones realizadas por la fiscalía en esa específica fase y, por ende, a

⁵ CSJ SP2042-2019, Jun. 5 de 2019, Rad. 51007.

la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad endilgada.

Se insiste el texto de las cláusulas del preacuerdo, especialmente la segunda, tercera y cuarta con claridad precisan que el implicado acepta su responsabilidad penal por la totalidad de los cargos por los que la fiscalía lo acusó, recibiendo como única contraprestación por el delito aceptado de Homicidio simple con la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el artículo 58, numeral 10 del Código Penal, el reconocimiento del exceso en la legítima defensa (art. 32, numeral 7°, inciso segundo, ibídem).

Se trata de un modelo de preacuerdo contenido con claridad y precisión, que bien vale la pena atender como buena guía en materia de justicia consensuada, que desafortunadamente, en este caso, los jueces de instancia no le dieron la lectura adecuada que fácilmente emana de su texto, como lo viene precisando la Sala.

Así las cosas, prospera el cargo formulado por el censor, y, en consecuencia, la Sala casará parcialmente la sentencia impugnada, sin que en el presente caso haya lugar a retrotraer la actuación, pues la nulidad, de acuerdo con el principio de residualidad, constituye el último remedio al cual debe acudir para subsanar una anomalía dada en el curso del proceso, como acontece en este caso en el que, a pesar de la trascendencia del yerro en la afectación del debido proceso, puede enmendarse en sede de casación mediante la

redosificación la pena impuesta al acusado, en la que se tendrá en cuenta la incidencia que, bajo los parámetros consagrados en el artículo 61 del C.P., genera la contemplación de la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el artículo 58, num. 10, de la Ley 599 de 2000, según se indicó en precedencia.

REDOSIFICACIÓN DE LA PENA

Según el artículo 103 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, la pena para el delito de homicidio va de 208 a 450 meses de prisión.

A su turno, el artículo 32, numeral 7, inc. 2°. de la norma sustantiva penal, establece para el exceso en la legítima defensa, la imposición de una pena *«no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.»*

En ese sentido, la pena para el delito de homicidio simple cometido, para efectos estrictamente punitivos en exceso de la legítima defensa, se sitúa entre 34,66 y 225 meses de prisión. Diferencia que dividida en cuartos arroja una suma de 47,6 meses.

De ahí que el primer cuarto fijado para la conducta punible así delimitada oscila entre 34,66 meses y 82,2; el

segundo cuarto de 82,2 meses 1 día a 129,8 meses; el tercero de 129,8 meses 1 día a 177,4 meses, y el último cuarto de movilidad de 177,4 meses 1 día a 225 meses de prisión.

Ahora, comoquiera que en este caso concurren circunstancias de mayor y menor punibilidad se deberá seleccionar el primer cuarto medio de movilidad.

En ese contexto, la Corte respetará el porcentaje de incremento otorgado en las instancias que corresponde al 53,23%⁶, atendiendo la gravedad del comportamiento efectuado y el análisis sobre necesidad de la pena, ya que sin justificación alguna se atentó contra un hombre que abrió las puertas de su domicilio a dos personas que estimaba sus amigos e inexplicablemente fue objeto de sendas heridas ocasionadas con arma corto punzante que produjeron su deceso.

Lo anterior arroja como pena restrictiva de la libertad 107,54 meses de prisión, los cuales corresponden a 82 meses de la base del primer cuarto medio, aumentado en 25,34 meses, cifra equivalente al 53.23% del ámbito punitivo de movilidad.

Como pena accesoria se impone la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo

⁶ El fallador partió de la pena de 34.6 meses de prisión a los que adicionó 25,34 meses que corresponden al 53.23% del rango de movilidad, para llegar a un total de 60 meses de pena privativa de la libertad.

lapso de la pena principal, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 52, inc. 3º, del Código Penal.

Suspensión condicional de la ejecución de la pena

En cuanto al subrogado penal consagrado en el artículo 63 del Código Penal, no es viable su concesión, pues, la pena impuesta a CHOQUE RINCÓN supera 4 años de prisión.

También resulta improcedente la prisión domiciliaria contenida en el artículo 38B, toda vez que, como fue expuesto en las instancias, la pena para el delito de homicidio simple, objeto de aceptación, supera en su mínimo 8 años de prisión, lo que descarta la procedencia del citado sustituto en atención al factor objetivo, siendo necesario señalar que la circunstancia de exceso en la legítima defensa fue reconocida para efectos estrictamente punitivos.⁷

En efecto, se estableció en el escrito de preacuerdo lo siguiente: *«No habrá ninguna otra rebaja de pena compensatoria por este preacuerdo. Se establece que el reconocimiento del exceso en la legítima defensa aquí preacordado obedece exclusivamente al interés de disminuir la pena a cambio de que el acusado se declare responsable del delito como lo establece el inciso 1º del artículo 350 del C. de P.P., sin que se entienda que se está modificando la adecuación de la conducta de forma que pueda afectar el principio de congruencia, al igual que el principio de legalidad.»*.

⁷ En similar sentido ver CSJ SP486-2018, Feb. 28 de 2018, Rad. 50000 y CSJ AP4889-2018, Nov. 14 de 2018, Rad. 53987, postura expresamente reiterada en CSJ AP5285-18, Dic. 5 de 2018, rad. 49671.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia respecto a la negativa de concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38B del Código Penal.

Tampoco surge viable en este momento conceder la libertad condicional que consagra el artículo 64 ibídem, pues, no se encuentra acreditado el cumplimiento del factor objetivo, esto es, el condenado no ha descontado a la fecha las 3/5 partes de la pena impuesta.

De otra parte, no surge viable, por ahora, conceder el sustituto de que trata el artículo 38G del C.P., toda vez que, si bien el condenado descontó más de la mitad de la pena impuesta, la Corte carece de elementos que permitan establecer su actual arraigo. Por tal motivo, el estudio de este sustituto deberá efectuarse por el respectivo juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

En ese contexto, surge viable la emisión de órdenes de captura en contra de CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN para efectos de que cumpla la pena que le resta acreditar.

Cabe precisar que la solución señalada no lesiona las garantías procesales debidas al implicado, por cuanto, como quedó visto, en acápites anteriores, CHOQUE RINCÓN, bajo las advertencias legales, aceptó su responsabilidad por la totalidad de los cargos que fueron objeto de acusación, luego era conocedor que, en su proceder, el órgano de persecución

penal le endilgó la tantas veces mencionada circunstancia de mayor punibilidad, derivada de la coparticipación criminal en que se cometió la conducta punible; amén de que la negociación con la fiscalía la concretó cuando la actuación se encontraba para la iniciación del juicio oral, el cual afrontaría por el delito de homicidio (art. 103 del C. P.), con la circunstancia de mayor punibilidad de la coparticipación criminal (art. 58, numeral 10), claramente precisados en la formulación de acusación.

Finalmente, es dable señalar que con esta decisión se satisface adicionalmente la pretensión expuesta por el recurrente en el desarrollo del cargo primero de la demanda presentada.

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

PRIMERO.- CASAR parcialmente la sentencia impugnada, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 24 de abril de 2015, mediante la cual confirmó la emitida el 30 de enero del mismo año, por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con

Funciones de Conocimiento de la capital del país, en la que condenó a CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN, en calidad de coautor del delito de homicidio.

SEGUNDO.- MODIFICAR la sentencia recurrida en el sentido de CONDENAR a CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN en calidad de coautor del delito de homicidio simple, con la circunstancia de mayor punibilidad de que trata el artículo 58, num. 10, del Código Penal, a la pena principal de 107,54 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

En tal virtud, se mantiene incólume la negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria de conformidad con los artículos 38 y 38B del Código Penal.

CUARTO: NEGAR la libertad condicional prevista en el artículo 64 del C.P., así como la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G de la misma normatividad, conforme se indicó en la parte motiva de este proveído.

En consecuencia, se librarán órdenes de captura en contra de CARLOS EDUARDO CHOQUE RINCÓN para

efectos de que cumpla la pena privativa de la libertad que le resta acreditar.

QUINTO: Contra esta decisión no procede recurso.

Notifíquese y cúmplase.



EYDER PATIÑO CABRERA



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

