



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala Penal

DOSIFICACIÓN PUNITIVA - CRITERIOS DE PONDERACIÓN DE LA PENA: Parámetros para la Ubicación y Fijación de la Sanción dentro de los Cuartos de Movilidad.

Hay lugar a la modificación del monto de la sanción impuesta, siendo que el proceso de dosificación punitiva, no se encuentra conforme a los términos fijados en el artículo 61 del C.P., en tanto atendiendo las particularidades del caso, la ubicación en el cuarto mínimo fue acertada, pero al considerar los criterios de ponderación de la pena, tales como la gravedad de la conducta y la intensidad del dolo, la valoración no fue correcta, por lo cual se descarta el criterio aplicado, al encontrarse el aumento punitivo en contra del principio non bis in ídem, ya que una misma circunstancia no puede tenerse en cuenta para valorarla doblemente en contra de los intereses del procesado; sin embargo frente a los aspectos analizados referentes al daño potencial creado y la función de la pena, se determina que si procede el incremento de la sanción; en consecuencia se hace necesario depurar aquellos aspectos que habilitan un incremento punitivo descartando los que no, para realizar el reajuste de la pena.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente : Dra. Blanca L. Arellano Moreno
Proceso No. : 520016000485201680499
Número Interno : 23316
Sentenciados : ECS
Conducta : Homicidio Agravado
Aprobado : Acta Nro. 24 del 19 de junio de 2019

San Juan de Pasto, veintisiete (27) de junio de dos mil
diecinueve (2019)

1. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del procesado, en contra de la decisión proferida el 28 de septiembre del 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, por medio de la cual se condenó al señor ECS, como autor del delito de Homicidio Agravado en modalidad dolosa,

a la pena principal de ciento veinte (120) meses de prisión, y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo período de la pena privativa de la libertad; sin el reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni del sustituto de la prisión domiciliaria.

2.1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Estos se describen en la sentencia impugnada en los siguientes términos:

“El día 28 de septiembre de 2016, siendo las 16:40 en el municipio de Tangua (N), en la estación de policía, el subcomisario AAC, se encontraba en la vereda el Cebadal realizando actividades de prevención, puntualmente instalando una alarma de seguridad comunitaria. El subcomisario le modula por radio al patrullero ECS, quien se encontraba haciendo tercer turno de centinela en la estación de Policía, por dicho medio le indagaba le informe sobre el lugar donde se encontraba el patrullero WILLIAM DAVID SALAS RAMOS, ante ello el patrullero CS, le responde que se encuentra en tarde deportiva en el coliseo municipal, ante tal respuesta el subcomisario le da la orden al patrullero CS para que localice al citado patrullero SALAS RAMOS y se le notifique en orden en que se traslade hasta la Vereda Cebadal con el fin de tomar unas fotografías, contestando el interlocutor ECS que no puede cumplir dicha orden ya que las instalaciones policiales se encontraban solas, por lo cual el subcomisario insiste se cumpla con lo ordenado en consideración a que el coliseo se encontraba a 50 metros de la estación, además le anuncia que se notifique del registro negativo que le iba a realizar.”

Una vez terminada la instalación de la alarma de seguridad, el subcomisario AAC en compañía de los patrulleros GERMÁN EUGENIO MUÑOZ MONTENEGRO y ROBINSON MEYER ORTEGA NARVÁEZ, se desplazan hasta las instalaciones donde opera la estación de policía de Tangua, varios policiales se encontraban en traje de deporte en la parte externa de la estación, entre ellos el subintendente HENRY YARPAZ RUALES, los patrulleros CARLOS FABIAN MEDINA JAIMES, WILLIAM DAVID SALAS RAMOS, ROBINSON MEYER ORTEGA NARVÁEZ, GERMÁN EUGENIO MUÑOZ MONTENEGRO y LIGIA EDÉN ANGULO, transcurridos cinco minutos se escuchan varias detonaciones de arma de fuego al interior de las instalaciones de la estación, observando al subcomisario C que salía corriendo y detrás de él, el patrullero EC disparándole con la pistola de dotación que tenía en la mano, correspondiente a una pistola SIG SAUER 9 mm, en ese momento el subcomisario C cae al piso y rueda por las gradas que dan acceso a la estación, CS continua disparándole al subcomisario hasta que este cae en la parte baja de las escaleras, detrás de un muro de concreto, donde se evidencia que el patrullero C había agotado en los actos de violencia toda la munición del proveedor del arma, descargándola en el cuerpo del subcomisario C.”.

Por los anteriores hechos, fue capturado en flagrancia el señor ECS, llevándose a cabo las audiencias preliminares ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Tangua (N), donde se declaró legal la captura; se le imputó el punible de Homicidio Agravado según la tipificación prevista en el artículo 103 y 104 numeral 10°, respecto de la cual el precitado no aceptó los cargos formulados; y se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva intramural.

El día 2 de febrero de 2017, la Fiscalía presentó escrito de acusación manteniendo la imputación antedicha, sumando otra causal de agravación punitiva contemplada en

el numeral 6° del artículo 104 del C.P., correspondiéndole el conocimiento por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, en donde se realizó la audiencia de formulación de acusación el 9 de marzo de 2017; y antes de que se realizara la audiencia preparatoria correspondiente, se suscribió un preacuerdo¹ a través del cual el acusado acepta los cargos y como contraprestación y único beneficio, el ente acusador aplica el diminuyente punitivo previsto en el artículo 57 del Código Penal, indicando que el delito se cometió en circunstancias de ira o intenso dolor, dejando al Juzgado de Conocimiento la fijación de la pena correspondiente.

La audiencia de verificación del preacuerdo se desarrolló el 14 de agosto de 2017, declarando su legalidad y dando paso al desarrollo de la audiencia de individualización de la pena realizada el 28 de septiembre de 2017, en la cual la Fiscalía solicita se imponga una sanción digna acorde con la afectación causada, requiriendo que se parta del extremo máximo seleccionado, sin que proceda beneficio alguno.

Por su parte la representación de víctimas, solicita se tenga en cuenta la gravedad de la conducta, el daño creado, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función a cumplir en el caso concreto, sumado a circunstancias de mayor punibilidad contempladas en el artículo 58 del C.P., numerales 7 y 9, por lo que ruega que la pena a imponer sea la del extremo máximo del cuarto seleccionado.

¹ Folios 1 a 8 Cuaderno 2

La Defensa alega que no le asiste razón a la representación de víctimas que solicita a la Judicatura tener en cuenta circunstancias de mayor punibilidad para la dosificación punitiva, por cuanto las mismas debieron ser objeto de formulación de imputación o de concreción jurídica en el acto de acusación y pasa luego a solicitar que se imponga la pena mínima del cuarto mínimo.

Finalmente solicita que el lugar de reclusión de su representado sea en el EPMSC de Bolívar (Cauca), por cuanto allí es donde tiene su arraigo domiciliario.

Paso seguido, el Juzgador procedió a proferir la sentencia de condena, declarando al señor ECS penalmente responsable del delito de Homicidio Agravado, imponiéndole una pena de ciento veinte (120) meses de prisión y la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo período de la pena privativa de la libertad. Adicionalmente se negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

3. PROVIDENCIA IMPUGNADA

En lo que es objeto de disconformidad por parte de la defensa apelante, se tiene que en principio la pena se fijó con fundamento en el artículo 103 de la Ley 599 de 2000, conducta agravada por disposición del artículo 104 numerales 6° y 10°, que tiene prevista una pena de cuatrocientos (400) a seiscientos (600) meses de prisión,

teniendo en cuenta además el diminuyente punitivo consagrado en el artículo 57 del C.P., que hace referencia a la ira o intenso dolor con que actuó el procesado, siendo consecuencia de ello, que los topes enunciados se reducen en el mínimo en la sexta parte y en el máximo en la mitad, de lo que resultan los límites punitivos entre 66,666 y 300 meses de prisión.

Luego de lo anterior realizó una presentación de los cuartos punitivos, y se ubicó en el mínimo que va de 66,666 a 125 meses de prisión, ya que no existen agravantes genéricos de la conducta y sí la circunstancia genérica de atenuación punitiva del artículo 55 numeral 1° del C.P, consistente en que el acusado carece de antecedentes penales.

Delimitado el cuarto, hace alusión a la gravedad de la conducta, pues el acusado vulneró de manera real y efectiva los bienes jurídicos protegidos de la vida y la integridad personal, siendo el derecho a la vida el primero y el más importante de los derechos humanos fundamentales, bien irrecuperable y sin el cual los demás no tienen razón de ser; respecto de la intensidad del dolo señala que el acusado descargó toda la munición del proveedor del arma de dotación en el cuerpo del subcomisario C, quien murió a consecuencia de tan graves heridas; en lo referente al daño ocasionado, indica que no solo fue en contra de la víctima quien finalizó tempranamente su existencia, sino que además se generó un perjuicio irreparable a la familia del occiso, quienes quedan en situación de desamparo tanto

emocional como económico y padecen las consecuencias de este grave hecho que les arrebató de forma injusta e inesperada a su padre, esposo, hijo, hermano y amigo.

Finalmente menciona la función que la pena cumplirá en este caso de acuerdo al artículo 4° del código penal, que es de prevención general para que la sociedad entera pueda darse cuenta de que un hecho tan grave no puede quedar impune, y de prevención especial para que el acusado pueda comprender la magnitud de su acto, a la vez que se alcanza una retribución justa pues el autor del homicidio debe recibir un castigo proporcional a su actuar.

Para terminar, la *A quo* concluyó diciendo que la imposición de la pena debe responder a los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad conforme al artículo 3° del Código Penal, por lo cual los parámetros señalados deben reflejarse en la pena a imponer, la cual no puede ser la mínima del cuarto mínimo, y por tal motivo la fija en 120 meses de prisión, y como pena accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal.

En lo que atañe al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y al sustituto de la prisión domiciliaria, indica la primera instancia que no son factibles de reconocimiento, por la expresa prohibición contenida en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal.

4. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

Se muestra inconforme la Defensa con la apreciación de la *a quo* respecto al ejercicio de dosificación de la pena, que si bien se ubicó dentro del cuarto mínimo, al fijarla casi en el máximo del cuarto, se cometió un yerro que rompe con los parámetros de proporcionalidad, razonabilidad y deber de justificación del incremento punitivo.

El reproche defensivo se centra en los siguientes puntos: (i) mayor o menor gravedad de la conducta, tópico no aplicable puesto que fue recogido en las circunstancias de agravación punitiva imputadas y que fueron objeto de aceptación de cargos materializada en la celebración del preacuerdo, por lo que no puede volverse a tener en cuenta para el incremento de la pena; (ii) daño potencial creado, manifiesta que no se puede graduar puesto que la afectación al bien jurídico es definitiva al tratarse de un homicidio; (iii) la naturaleza de las causales que atenúen o incrementen la punibilidad, refiere que las de mayor punibilidad no fueron imputadas, y que por tal razón solo debe tenerse en cuenta la de menor punibilidad relativa a la carencia de antecedentes penales y el haber obrado en estado de emoción intensa; (iv) intensidad del dolo, determinando que es un ítem ampliamente abordado con fundamentos de psiquiatría forense respecto de la ira e intenso dolor, de lo cual se concluyó que la intencionalidad se ve reducida; y (v) funciones de la pena, señala que debe tenerse en cuenta la condición especial psicológica del procesado.

Enseguida expuso las razones por las cuales no comparte el análisis de la primera instancia, toda vez que se limitó a enunciar los tópicos del artículo 61 del C.P., sin un fundamento puntual y preciso, y sin justificar la aplicabilidad o no de cada uno de estos ámbitos, que permiten otorgarle razonabilidad a la discrecionalidad con la que cuenta el Juzgador para moverse dentro del cuarto correspondiente.

De esa forma analiza la estructura argumentativa de la primera instancia, así: (i) gravedad de la conducta, la defensa argumenta que dicha generalización respecto a que todo homicidio es grave, no puede ser aceptada como argumento de validez frente al problema jurídico; (ii) intensidad del dolo, de este punto determina que la juzgadora no debió apartarse del concepto emitido por el psiquiatra, en el que se concluyó que el acusado actuó bajo el influjo de la ira intensa, así se entiende que la descarga de todo el proveedor es un indicativo claro de la presencia de la ira más no de la intensidad del dolo; (iii) daño potencial o real creado, manifiesta que no se desconoce el dolor ocasionado a los familiares pero según la doctrina y jurisprudencia enseñan que la valoración debe hacerse respecto del grado de afectación del bien jurídico en el caso en concreto, ejercicio argumentativo que no realizó la primera instancia; y (iv) funciones de la pena, señala que tampoco se señaló de manera precisa cómo cada una de ellas debía operar en mayor o menor medida, tan solo se indicó que la pena no puede ser la mínima, fijándola en 120

meses, incurriéndose en un planteamiento general y abstracto.

Desde esa perspectiva, solicita se revoque la pena de prisión de 120 meses y en su lugar se realice el ejercicio de dosificación punitiva conforme los planteamientos esbozados.

5. SUSTENTACIÓN DE LOS NO RECURRENTE

La Fiscalía manifiesta no compartir los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por la Defensa, pues considera que la motivación realizada por el Juzgado de Conocimiento para referirse a la gravedad y daño real ocasionado por la conducta sancionada, y demás tópicos, resulta ajustada a las exigencias para los efectos de la imposición de la sanción impuesta al condenado.

Tal y como lo precisó el Juzgado, afirma que no admite discusión, que el derecho a la vida es el primer y más importante de los bienes y derechos que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y que al lesionarse en la forma que se lo hizo como en el caso objeto de estudio es irrecuperable.

Señala que el daño, tal y como se alegó en la audiencia del artículo 447 del C.P.P., se extendió a la familia del occiso, integrada por su esposa y dos hijos.

Además manifiesta que no comparte la posición referente a que no se puede graduar la afectación del bien

jurídico ya que es definitivo al tratarse de un homicidio, puesto que la afectación del bien jurídico tiene un plus y es que es irreparable.

Respecto a la intensidad del dolo, aduce que si bien se reconoció en favor del procesado por virtud de preacuerdo el haber actuado en estado de ira intensa, no por esa razón resulta inválida toda valoración que se haga por fuera de esa causal de atenuación punitiva. Sumado a que el procesado realizó la conducta conociendo de la ilicitud de su comportamiento y voluntad para autodeterminarse de acuerdo a ese conocimiento.

En lo atinente al daño o gravedad del acontecer ilícito, hace referencia al ocasionado a su familia, siendo en consecuencia irreparable.

Por todo lo anterior, solicita se confirme la decisión de primera instancia.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

Según lo normado en el numeral 1° del art. 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación formulado en contra de la sentencia de septiembre 28 de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a la dialéctica que limita la alzada a los puntos que se someten a debate, la Sala se centrará en determinar si el proceso de dosificación punitiva realizado sobre la pena de prisión impuesta al señor ECS, se encuentra conforme a los términos fijados en el artículo 61 del C.P.

A fin de obtener una respuesta al anterior cuestionamiento se establecerán los siguientes puntos: i) Si como lo plantea la defensa el análisis de la primera instancia se basa en generalizaciones respecto de la gravedad de la conducta y la función de la pena sin tener en cuenta el caso en concreto. ii) Lo relacionado con la descarga del proveedor que a criterio de la defensa no puede fijarse como parámetro para incrementar la pena, ya que tal actuación es más bien indicativa del estado de ira que envolvió el comportamiento de su prohijado. iii) Si en lo que se refiere al daño potencial o real creado respecto a los familiares de la víctima no se tuvo en cuenta el grado de afectación del bien jurídico en el caso en concreto.

5.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES

Dentro del proceso de individualización de la pena, el Tribunal en pretérita oportunidad y tomando como referente

una sentencia de la Corte Suprema² de Justicia, fijó las siguientes pautas³.

“[L]a Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia de mayo 27 de 2004, dentro del radicado número 20642, con ponencia del Magistrado ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, de cuya lectura se extrae el siguiente itinerario que inexcusablemente debe seguir el juez, en el trabajo de individualización de la pena privativa de la libertad:

1. *A voces del artículo 60 del Código Penal, **establecer primero los límites máximos y mínimos dentro de los cuales ha de moverse el juez**, para cuyo efecto habrá de tenerse presente la pena prevista en la correspondiente disposición para el delito y de todas las circunstancias que modifican tales extremos y que se estructuran al momento de la comisión de la conducta punible, tales como la tentativa; el estado de marginalidad, pobreza o ignorancia extremas; la ira o intenso dolor; y, la cuantía de lo apropiado en los delitos contra el patrimonio económico, entre otras.*

2. *Superado ese primer ejercicio, sigue la fijación de los cuartos de movilidad punitiva y punto seguido, atendiendo las reglas fijadas en el artículo 61 ibídem, **seleccionar el correspondiente cuarto dentro del cual el sentenciador escogerá la pena a irrogar. Para el correcto ejercicio de este punto, sólo tendrán cabida las circunstancias genéricas de mayor y/o menor gravedad**, previstas en los artículos 55 y 58 del Estatuto Represor, siempre que las mismas no hayan sido previstas de otra manera, pues algunas, como por ejemplo, la contemplada en el numeral 10 del artículo 241 ejusdem, entre muchas otras, tuvieron incidencia en la fijación de los límites punitivos, reseñados aquí en el numeral primero supra.*

En ese orden, como bien se conoce, la ubicación en el cuarto mínimo procede ante la inexistencia de circunstancias de mayor punibilidad y la presencia de atenuantes genéricos, en los medios ante la concurrencia de unas y otros y en el

² SP, Rad. 20642, 27 may 2014, M.P. Alfredo Gómez Quintero

³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Penal, Rad. NI. 2682 del 21 de septiembre de 2010, MP. Franco Solarte Portilla.

máximo, cuando solo se avizoran circunstancias de mayor punibilidad.

3. Hecho lo anterior, **procederá el juez a escoger la pena, la cual deberá estar dentro del marco de movilidad punitiva antes establecido y atendiendo para ello “la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”, como lo enseña el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal.**

Sobre el punto, es necesario aclarar que **la ubicación en el cuarto mínimo de movilidad no obliga al juzgador a imponer la pena menor dispuesta en la norma, pues ello va en contravía de la concepción de los cuartos, establecidos para atribuir distinto tratamiento punitivo para delitos típicamente iguales, diferentes empero en sus particularidades.**

4. **Finalmente, entran en juego los denominados “fenómenos pos delictuales”, que son aquellas “circunstancias fácticas, personales o procesales” que inciden en el quantum punitivo a irrogar, pero que aparecen con posterioridad a la comisión del delito. Ejemplos de ellos pueden citarse a la rebaja concebida a consecuencia de la aceptación de responsabilidad penal, el reintegro en el peculado y la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, entre otras.** (Resalta la Sala).

Se torna necesario además, abordar el tema concerniente a la jurisprudencialmente denominada **garantía del poder judicial de connotación**, analizada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴ de la siguiente manera:

⁴ CSJ SP 16558-2015 Rad. 44840. M.P José Luis Barceló Camacho

*“[C]uando la Corte en la decisión en comento aludió al **deber de motivar la sentencia sin prescindir del llamado thema probandi**, lo que quiso decir era que el funcionario judicial, además de las valoraciones jurídicas que fueren del caso, tenía la obligación de obrar en tal sentido a la hora de apreciar la realidad de los enunciados fácticos con relevancia jurídica acerca de los cuales los sujetos procesales predicaban su falsedad o veracidad y cuya base objetiva e ineludible lo constituyen los medios de prueba que hacen parte de la actuación.*

*Por el contrario, cuando el juez tiene que fundamentar de manera explícita los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena (tal como ahora lo prescribe el artículo 59 de la ley 599 de 2000), no realiza juicios de índole fáctica, sino que en un principio establece los límites punitivos que el **principio de legalidad de la pena** le impone y, a partir de ahí, dispone de lo que en la teoría del garantismo penal se denomina **poder judicial de connotación con miras a individualizar la pena que corresponda, en atención a la valoración que efectúe de los hechos que ya consideró demostrados cuando apreció la prueba que condujo a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado ...**”.* (Negrillas de esta Sala).

Finalmente, es importante resaltar que en todo proceso de dosificación punitiva, debe primar la motivación por el Juez de Conocimiento, tanto en su presentación objetiva como subjetiva según lo señala el artículo 59 del C.P.

5.4. ESTUDIO DEL CASO

La primera instancia acudió a la fuente jurídica a través de la cual el legislador impone los parámetros a seguir a la hora de adelantar el proceso de dosificación punitiva, esto es el artículo 61 del C.P., a lo que agregó, como así lo exige la norma en su inciso 3° lo relacionado con la necesidad de la

pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, y en ese sentido tuvo en cuenta el contenido de los artículos 3° y 4° del mismo estatuto, que regulan principios a aplicar en cuanto a criterios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad, así como lo concerniente a la prevención general y especial y de retribución justa.

En ese camino procesal se debe partir como así lo adelantó la primera instancia, de los límites punitivos fijados para el delito por el cual se impone condena de Homicidio Agravado conforme a las previsiones de los artículos 103 y 104 numerales 6 y 10, de la Ley 599 de 2000, pero a la vez aplicar la atenuante específica del artículo 57 de la Ley 599 de 2000⁵ que fue reconocida por la Fiscalía como consecuencia de la terminación del proceso de manera anticipada vía preacuerdo.

Así la jueza *a quo* se ubicó en el primer rango que le permite la norma, entre 66,666 y 125 meses de prisión, para enseguida aplicar aquellos criterios del artículo 61 del C.P. que se resumen en cuatro: (i) gravedad de la conducta, dada la afectación del derecho fundamental a la vida (ii) intensidad del dolo que se refleja en que el acusado descargó toda la munición del proveedor en la humanidad de la víctima (iii) daño ocasionado a los integrantes de su familia, quienes quedan en estado de indefensión tanto emocional como económica (iv) funciones de la pena de prevención general, prevención especial y retribución justa. Todo lo

⁵ “**Artículo 57.** *Ira o Intenso dolor. El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición.*”

anterior en el marco de los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad.

Valga decir que el anterior análisis fue avalado por la Fiscalía como parte no recurrente, con argumentos similares que le habilitan para solicitar que el monto de pena impuesto se mantenga, razón por la cual su posición será analizada de manera integrada a la decisión objeto de impugnación.

Ahora bien, conforme a lo esbozado por la defensa la Sala debe abordar cada uno de los ítems anteriores en relación a los reproches de impugnación.

Así, en primer lugar aduce la parte apelante que la primera instancia realiza generalizaciones respecto de la gravedad de la conducta y la función de la pena, en lo que advierte la Sala que efectivamente tal censura resulta parcialmente acertada ya que se relaciona el primer aspecto con el nivel de afectación del bien jurídicamente tutelado de la vida, con lo que vulnera el principio *Non bis in ídem*, en tanto que precisamente es esa afectación la que le permitió adelantar a la Fiscalía el proceso de adecuación jurídica en el delito de Homicidio, en lo que ya se encuentra implícita la imposición de una pena de mayor magnitud frente a otros comportamientos delictivos atentatorios de la integridad personal como lo son por ejemplo aquellos que el legislador tipifica como lesiones personales en sus diferentes modalidades.

Siendo así, la solución que ha adoptado esta Corporación⁶ en anteriores oportunidades ha sido la de descartar el criterio aplicado, acudiendo a la vez a un apoyo de índole doctrinal⁷ y al precedente jurisprudencial que señala:

“No es suficiente, por ejemplo, decir de un delito de hurto en concurso con porte ilegal de armas de fuego, que el delito es grave porque se utilizó arma de fuego. Una tal argumentación es afectación del non bis in ídem, en tanto y en cuanto una misma circunstancia no se puede tener en cuenta para valorarla doblemente en contra de los intereses del justiciable, pues está prohibida la doble o múltiple valoración⁸. Es que el “operador de justicia no puede asignarlo al mismo factor – que es elemento de la tipicidad – consecuencias adicionales para incrementar aún más la sanción imponible; porque de hacerlo, da al traste con el principio de estricta legalidad de las penas y vulnera la prohibición non bis in ídem⁹”.

Y decimos que el reproche defensivo es parcialmente acertado ya que en relación a las funciones de la pena, si bien la fundamentación de la primera instancia es abstracta, no es posible dejar de lado que el comportamiento del acusado se muestra como intolerante frente a cualquier acción que haya podido adelantar su víctima, sea en el ámbito personal o laboral y que motivó su reacción agresiva; y no es que en este ámbito se desconozca lo que ya la Fiscalía manejó como un beneficio punitivo para elaborar el

⁶ TS. Pasto, SP 9 abril de 2019, rad. **520016000485-201701190- 01 N.I. 21360**. MP Dr. Franco Solarte Portilla

⁷ Saray Botero, Nelson - *Dosificación Judicial de la Pena* - Bogotá D.C. Editorial Leyer 2011. pp 226-227.

⁸ *“De una misma circunstancia no se pueden extraer dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de doble o múltiple valoración”*. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de marzo 26 de 2007, Radicado 25629; citada en sentencia de julio 25 de 2007, Radicado 27383, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 14 de marzo de 2007, Radicado 25666, M.P. Javier Zapata Ortiz.

preacuerdo, a través de la aplicación del artículo 57 del C.P. reconociendo el estado de ira en el que pudo actuar, sino que es importante que la pena que se imponga, genere una reflexión a nivel individual para que el procesado adelante los tratamientos necesarios que le permitan un manejo de su agresividad o al menos la evaluación de las causas que lo llevaron a asumir tal reacción y su corrección.

Y a nivel colectivo es importante para que se comprenda que las situaciones de conflicto que puedan coexistir en cualquier ámbito se asuman con mayor madurez y se adopten acciones preventivas que eviten desenlaces fatales como el que ahora nos atañe, y más cuando en la actualidad se cuentan con varias herramientas que no solo a través del sistema de salud en medicina general o laboral permiten el manejo terapéutico de dificultades mentales o emocionales, sino además herramientas legales entregadas a los Comités de Convivencia o equivalentes en los entornos laborales.

Superado lo anterior, enseguida se debe evaluar lo que la primera instancia incluyó como punto de valoración sobre la intensidad del dolo, relacionado con el comportamiento asumido por el procesado al momento en que se dice descargó la totalidad de la munición contenida en el proveedor del arma que portaba, en la integridad física de la víctima.

Este es un punto del que surgen al menos dos lecturas, puesto que bien puede aceptarse de manera razonable que tal acción refleja el estado de ira con el que

pudo actuar el señor ECS, independientemente de que tal circunstancia de atenuación haya sido aceptada como parte de la negociación para que se la reconozca como beneficio o que la defensa decidiera proseguir con el trámite de juicio para demostrar su ocurrencia.

Igualmente puede aducirse que dicha circunstancia hace parte del fundamento que la Fiscalía tuvo en cuenta para adicionar en el escrito de acusación la adecuación jurídica inicialmente realizada a la hora de formular la imputación. Si bien ello no se consignó de manera explícita en la actuación mencionada, adelantando un proceso lógico de descarte, es la única situación fáctica que se adecúa a la previsión del numeral 6° del artículo 104 del C.P., puesto que desde otra perspectiva, ningún elemento de juicio se presenta en relación a las otras causales de agravación que podrían tener alguna cercanía con los hechos, cuando nada se aduce respecto de los motivos que dieron origen a la actuación violenta del acusado, como tampoco respecto de posibles condiciones de indefensión o aprovechamiento de ellas en relación a la víctima.

Entonces el análisis que realiza la *a quo* no resulta contundente para aducir una mayor intensidad del dolo, y más cuando se hace un seguimiento de las circunstancias fácticas que fueron incluidas al respecto en la imputación, pues al escuchar el audio correspondiente de la audiencia preliminar, la Fiscalía hace alusión a que se agotó la munición del arma de fuego y al número de heridas que para ese momento se había determinado eran ocho, las que bien

pueden catalogarse como así lo aduce la defensa como un reflejo del estado anímico por el que atravesaba el señor ECS y que necesariamente debió ser de total ofuscación a juzgar por el desenlace fatal que produjo.

Esta posición resulta además razonable, si tenemos en cuenta lo que la CSJ nos enseña respecto del concepto de sevicia, en lo que nos permitimos citar el pronunciamiento SP 4 de mayo de 2011, radicado 32913, reiterado entre otros en AP3722-2018, 29 de agosto de 2018, radicado 49243, en el que se explica sobre el tema lo siguiente:

“Por otra parte, dígase que sobre la causal de agravación (artículo 104-6 de la Ley 599 de 2000) cuya concurrencia se cuestiona a través de este cargo, la jurisprudencia de la Sala¹⁰ ha indicado que la sevicia consiste en producir sufrimientos a la víctima, con efectos dolorosos para ella, por cualquier medio, ya sea físico, síquico o moral, y se identifica con la crueldad excesiva que corresponde al grado de insensibilidad moral que algunas legislaciones se conoce como ensañamiento. Así mismo, la Corporación ha precisado que dicho concepto involucra un componente subjetivo y otro objetivo: el primero, por cuanto se requiere que el individuo obre con un doble propósito, es decir, el de matar y hacer sufrir más e innecesariamente a la víctima; y el segundo, por cuanto es condición indispensable que realmente se ocasionen sufrimientos, dolores y un mal mayor e innecesario al ofendido.

Y, en lo que tiene que ver con las exigencias para reconocer la sevicia, la Corte ha sostenido de antaño que no es suficiente inferirla solamente del número de golpes producidos o de la intensidad de la agresión, pues dichos elementos podrían confundirse con movimientos reflejos del atacante o su temor

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de febrero de 2009, radicación No. 31198.

ante la posibilidad de una súbita reacción violenta por parte de la víctima. La sevicia exige, entonces, cierto ánimo frío, deseo de hacer daño por el daño mismo, sin ninguna necesidad y únicamente por exteriorizar la capacidad vengativa del ofensor¹¹.”

Tenemos en consecuencia dos lecturas respecto de una misma circunstancia fáctica, por un lado la que expone la defensa, que implicaría descartar el criterio empleado por la primera instancia para incrementar la pena, ya que resultaría contradictorio que por un lado se tenga en cuenta como factor de atenuación punitiva al relacionarla con el estado de ira en que pudo actuar el procesado y por otro se derive una consecuencia negativa para aducir una mayor intensidad del dolo.

Ahora en cuanto a la otra lectura que se desprende de la imputación jurídica que realiza la Fiscalía al incluirse como una circunstancia de agravación, si bien puede ser discutible, resulta que fue aceptada como parte de los términos de aceptación de responsabilidad a través del preacuerdo, de lo que resulta que también por esta vía, el criterio debe ser excluido a fin de no afectar el principio de doble incriminación que ya explicamos.

Por otra parte, es posible encontrar algunos aspectos que reflejan una menor intensidad del dolo, como por

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 22 de mayo de 1944, G.J., Tomo LVII, pág. 641. En el mismo sentido, a través del fallo de diciembre 3 de 2001, rad. 10299, la Colegiatura precisó que: “*la sevicia implica frialdad de ánimo, ensañamiento en el sufrimiento de la víctima y deseo de hacer daño por el daño mismo*”.

ejemplo, cuando se menciona que inmediatamente después de accionar el arma contra la humanidad de AAC, uno de los compañeros le solicita al agresor y ahora sentenciado que suelte el arma, con el fin de garantizar la integridad de los presentes, y él no opuso resistencia, entregando la misma; o cuando demuestra su arrepentimiento y malestar que si bien no permiten la opción de deshacer los resultados nefastos, son indicativos de que no hubo una premeditación o plan preconcebido o amenazante, y más bien fue intempestivo, como así se constata durante el desarrollo de las audiencias, pues durante la formulación de imputación, el Juez detectó una actitud sumisa del procesado, además de que la defensa puso de presente la afectación psicológica que lo aquejaba para ese entonces, o más adelante en otra fase del procedimiento, en la audiencia de verificación del preacuerdo, donde dejó en evidencia lo afectado que se encontraba por lo sucedido y a través de su defensor solicitó se le permita dirigir unas palabras a las víctimas, quienes lo rechazaron.

En esa medida entonces, no se encuentra en el caso en concreto una mayor intensidad del dolo que justifique un incremento punitivo.

Superado lo anterior, resta por establecer si lo relacionado con el estudio del daño potencial creado, la *a quo* no tuvo en cuenta el caso en concreto.

Al respecto la decisión impugnada menciona que con ocasión del fallecimiento de AAC se deja en situación de

desamparo emocional y económico a su núcleo familiar, argumento que no puede descartarse de plano, cuando se encuentran bases probatorias que si bien no han sido discutidas y controvertidas por no ser la ocasión procesal para ello, presentan al menos aspectos concretos que se relacionan con el caso.

Así por ejemplo, se cuenta con los registros civiles de los hijos del occiso y el de matrimonio¹² que acreditan al menos de manera sumaria la existencia de víctimas potenciales, como lo son sus hijos DA y GCCH y su esposa la señora YSHL, quienes además han demostrado interés en la actuación procesal como así se puede verificar al establecerse su representación judicial a través de apoderado, de lo cual se deja constancia en la audiencia de individualización de la pena y lectura de sentencia, llevada a cabo el 28 de septiembre de 2017.

Se cuenta además con información que fue expuesta en la audiencia referida, que sin el ánimo de consolidarla como base del incidente que puede devenir como consecuencia de la sentencia condenatoria, sirve de fundamento para estimar un daño potencial en los términos en que lo exige el artículo 61 del C.P. como así quedó registrado en las intervenciones de la Fiscalía y la representación de víctimas:

- (i) La primera¹³, hace referencia al daño real y potencial creado con el homicidio, toda vez que es

¹² Folios 90-92 Cuaderno 3

¹³ Audiencia de individualización de la pena y lectura de sentencia, audio 3 minuto 19:23

un suceso irreparable el cual privó a las víctimas que gozaban no solo de la compañía y afecto del padre y el esposo sino que además con sus ingresos laborales, aportaba para la manutención, educación y vivienda. Como consecuencia su esposa y dos hijos han visto trastocada la normalidad familiar, con la afectación emocional generada.

- (ii) La representante de víctimas¹⁴, también describe la relación del occiso AAC con su esposa, de cómo era su vida en matrimonio y la gran afectación ocasionada con la muerte; igualmente sobre la relación que mantenía con sus hijos y el daño moral y sentimental causado, sin que se pueda reparar.

Realizado el anterior estudio, corresponde en este momento depurar aquellos aspectos que habilitan un incremento punitivo descartando los que no, para realizar el reajuste de la pena.

Resulta entonces y para mayor claridad que estos fueron los puntos que permitieron a la primera instancia adicionar un total de 53,334 meses:

1. Gravedad de la conducta derivada de la afectación del bien jurídico tutelado de la vida

¹⁴ Audiencia de individualización de la pena y lectura de sentencia, audio 3 minuto 32:50

2. Mayor intensidad del dolo porque el sentenciado descargó la totalidad de la munición
3. Daño potencial creado respecto del núcleo familiar
4. Función de la pena

No se incluyen como puntos independientes aquellos principios relacionados con la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, porque ellos irradian todo el proceso de imposición de la pena en concreto y se respaldan con el análisis ponderado de los criterios fijados en el artículo 61 del C.P.

Hecha tal aclaración, la depuración permite a la Sala descartar el 1° y 2° punto para mantener el 3° y 4°, lo que significa que el incremento punitivo se reducirá a la mitad, es decir que se fija en 26,667 que sumado al mínimo del cuarto inferior resulta un total de 93,333, es decir 93 meses y 10 días de prisión.

Con base en las anteriores consideraciones, se modificará los numerales primero y segundo de la sentencia objeto de recurso, relacionado con la pena a imponer al señor ECS que será de NOVENTA Y TRES (93) meses y DIEZ (10) días de prisión en los términos analizados en el presente proveído.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Penal,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia objeto de apelación proferida el 28 de septiembre de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, en los numerales primero y segundo de la parte resolutive, en el sentido de **CONDENAR** al señor **ECS** a la pena principal de NOVENTA Y TRES (93) meses y DIEZ (10) días de prisión, así como la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que se impone por el mismo período de la pena privativa de la libertad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: Se notifica en estrados y se informa que en contra de esta determinación, cabe el recurso de casación que debe interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario