



legis

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP2896-2020

Radicación n° 53596

(Aprobado Acta n° 166)

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020).

1. OBJETO DE DECISIÓN

Una vez en firme el auto a través del cual se dispuso la inadmisión de la demanda, la Sala se pronuncia sobre la procedencia de casar parcialmente y de oficio el fallo impugnado, en lo que concierne a la circunstancia de agravación de los dos homicidios por los que se emitió la condena.

2. HECHOS

En la madrugada del 10 de noviembre de 2012 JORGE ELIÉCER MOSQUERA PALACIOS y CARLOS MARIO CÓRDOBA MARTÍNEZ se encontraban departiendo en un bar ubicado en la zona urbana de la ciudad de Bogotá. Allí, entre otros clientes, también estaban Francisco Javier Rodríguez Gómez y Washington Montaña Riascos. Este último asumió actitudes agresivas e importunó a los ocupantes de otras mesas, llegando incluso a tomar sin permiso el licor que estaban consumiendo y a asumir conductas inapropiadas con algunas mujeres allí presentes. Para amedrentar a los otros ocupantes del bar, Montaña Riascos se atribuyó la calidad de paramilitar, blandió una pistola y amenazó de muerte a uno de ellos.

Ante esa situación, otros ocupantes del local comercial le pidieron que se comportara adecuadamente y que, por lo menos, pidiera permiso para tomar el licor ajeno. Ello desencadenó un enfrentamiento en el que participaron múltiples personas, que terminó en las afueras del local comercial.

Finalmente, JORGE ELIÉCER MOSQUERA PALACIOS y CARLOS MARIO CÓRDOBA MARTÍNEZ les propinaron múltiples disparos con un revólver y una pistola a Francisco Javier Rodríguez Gómez y Washington Montaña Riascos, causándoles la muerte. MOSQUERA y CÓRDOBA no contaban con permiso para portar dichas armas.

Una de las víctimas recibió varios disparos de arma de fuego cuando yacía en el piso, aunque no se pudo establecer cómo transcurrió el enfrentamiento cuando los involucrados salieron del establecimiento comercial.

Para huir del lugar y evitar la captura por parte de los policiales que llegaron al sitio, los procesados utilizaron una motocicleta y amenazaron a los uniformados con una de las armas de fuego, aunque finalmente no les dispararon.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

Como los procesados fueron capturados en flagrancia, al día siguiente la Fiscalía les imputó los delitos de homicidio agravado (Art. 103 y 104.7) y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, también agravado (Art. 365, numerales 1, 3 y 5), en calidad

de coautores. Los acusó bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos.

El 11 de enero de 2018 el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá los condenó a las penas de 484 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el término de 48 meses. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados activó la competencia del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena. Lo anterior, mediante proveído del 13 de junio de 2018, que fue objeto del recurso de casación impetrado por la apoderada judicial de ambos procesados.

El 29 de abril de 2020 esta Corporación decidió inadmitir la demanda de casación y ordenó el regreso de la actuación al despacho de la magistrada ponente, para los fines indicados en el numeral 1.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según se acaba de indicar, la Sala solo se ocupará de la causal de agravación de los homicidios por los que fueron condenados CÓRDOBA MARTÍNEZ y MOSQUERA PALACIOS, toda vez que lo resuelto por el Juzgado y el Tribunal acerca de la ocurrencia de las muertes violentas y la participación que en las mismas tuvieron los procesados no admite discusión (según las reglas del recurso extraordinario de casación), tal y como se explicó en el auto de inadmisión de la demanda.

Para resolver este asunto, la Sala seguirá el siguiente derrotero: (i) verificará la manera como fue expuesta esta circunstancia de agravación en la acusación; (ii) constatará las pruebas que se aportaron sobre su fundamento fáctico; (iii) estudiará las razones expuestas por el Juzgado y el Tribunal para incluirla en la condena; y (iv) delimitará los errores cometidos por los juzgadores, susceptibles de ser corregidos en el ámbito del recurso extraordinario.

4.1. La acusación

El llamamiento a juicio se hizo en los siguientes términos:

En Bogotá, en la calle 128 B con carrera 93, vía pública, frente al establecimiento público, sin razón social, barrio Rincón de Suba, el 10 de noviembre, siendo aproximadamente las 02:35 horas,

cuando los funcionarios de la Policía Nacional (...) se encontraban patrullando escucharon dos detonaciones de arma de fuego, y una vez en el lugar observaron dos personas de sexo masculino afrodescendientes que seguían disparando contra la humanidad de dos personas que estaban tendidas en el piso, quienes al notar la presencia de la policía emprendieron la huida en la motocicleta (...), iniciando el patrullero (...) su persecución, y el parrillero llevaba un arma de fuego en la mano derecha, con la cual intentó dispararle, descargándola en la calle 129 con carrera 91 y continúan a alta velocidad, logrando interceptarlos en la carrera 91 con calle 130, vía pública, haciéndoles un disparo para evitar la fuga, siendo capturados quienes se identificaron como CARLOS MARIO CÓRDOBA MARTÍNEZ y JORGE ELIÉCER MOSQUERA PALACIOS.

Es de anotar que se incautó un arma de fuego tipo pistola, marca AUSTRIA JLOCK No. Y5084, pavonada, con cachas plásticas, de color negro y los occisos correspondían a los nombres de FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ GÓMEZ y WASHINGTON MONTAÑO RIASCOS.

Con base en la situación fáctica referida, ante el Juez 9 Penal municipal con funciones de control de garantías, el día 11 de noviembre de 2012, se imputó a (...) la conducta de homicidio agravado, en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, que sanciona el artículo 103 y 104 numeral 7, art. 365 numerales 1, 3 y 5 modificados por la Ley 1453 de 2011, del Código Penal, en calidad de coautores.

4.2. Lo que se demostró en el juicio oral

Como en la acusación no se incluyó la base fáctica de la circunstancia de agravación enunciada, ese aspecto no fue incluido en el tema de prueba, lo que se hizo palmario a lo largo del juicio oral, pues las partes prácticamente no indagaron por esa temática.

En efecto, además de los testimonios de los peritos y los investigadores que procesaron la escena de los hechos, en el juicio oral se escucharon los siguientes testimonios:

Miguel Enrique Barrios Domínguez. Este mecánico de profesión aseguró que esa madrugada estuvo departiendo en el lugar de los homicidios, donde tuvo un problema con Washington Montaña Riascos, quien lo amenazó de muerte. Se refirió, además, a la beligerancia de éste, especialmente cuando se encontraba bajo el influjo de drogas o alcohol. Tras mencionar tangencialmente que Montaña tomó sin autorización una cerveza, dijo no haber presenciado la reyerta que desencadenó las dos muertes.

Benjamín José Navarro. Fue uno de los policiales que acudió a la escena de los hechos luego de escuchar disparos de arma de fuego. En la primera parte de su versión aseguró haber visto a uno de los sujetos disparar “*en ráfaga, y el otro cayó al piso*”. Más adelante precisó que lograron llegar al lugar pocos segundos después de escuchar las primeras detonaciones, lo que le permitió ver que uno de los

capturados le hizo varios disparos a una persona que yacía en la calzada. Debe aclararse que la Fiscalía no formuló una sola pregunta orientada a obtener más detalles de las circunstancias que rodearon las muertes, lo que también pasó desapercibido para las otras partes e intervinientes, e incluso para la juez. Por demás, este testigo se refirió ampliamente a la persecución de los procesados y a la forma como se produjo su captura.

Jorge Eduardo Rodríguez. El otro policial que acudió a la escena en calidad de primer respondiente, en principio mencionó que dos personas estaban disparando “*contra la humanidad*” de otras, finalmente resaltó que no pudo observar nada de lo que los procesados hicieron antes de abordar la motocicleta en la que intentaron huir del lugar de los hechos. Por tanto, no aportó ningún dato sobre las circunstancias que rodearon los dos homicidios.

José Manuel Quintero Pérez. En su calidad de mesero del establecimiento donde ocurrieron las muertes, es quien aporta más información sobre el origen y desarrollo de la trifulca que las desencadenó. Señaló que: (i) Washigton Montaña estuvo en el bar y, tras retirarse por un tiempo, regresó embriagado; (ii) iba de mesa en mesa tomando sin permiso el licor de los otros ocupantes del establecimiento y se comportó irrespetuosamente con algunas mujeres presentes; (iii) les decía a los otros clientes que “*le dieran trago*”, porque era paramilitar, adscrito a “*Los Rastrojos*”; (iv)

“el señor Jorge le dijo que no se tomara el trago de la mesa” y que si quería licor, que lo pidiera, razón por la cual Washington esgrimió una pistola y *“encañonó al señor Jorge”*, quien logró asirlo del cuello; (v) ello dio lugar a una *“batalla campal”*, en la que intervinieron muchas personas, la que finalmente se trasladó a las afueras del negocio; (vi) tras cerrar la reja, escucharon los disparos y, luego, el llamado de la Policía, momento en el cual se percató de las dos muertes; y (vii) Washington Montaña se caracterizaba por su beligerancia, al punto que ya había dado lugar a otras riñas en ese establecimiento comercial.

En suma, a lo largo del juicio oral se estableció que: (i) con su actitud irrespetuosa y agresiva, Washington Montaña Riascos dio lugar a una riña en la que participaron varias personas; (ii) este sujeto estaba armado con una pistola, la que blandió amenazante; (iii) esa noche amenazó de muerte a Miguel Enrique Barrios Domínguez; (iv) el enfrentamiento terminó en las afueras del local, donde, finalmente, Montaña Riascos y su acompañante, Francisco Javier Rodríguez Gómez, recibieron varios impactos de arma de fuego, que les causaron la muerte; y (v) cuando los policiales llegaron al lugar, después de escuchar varios disparos, uno de los procesados continuaba accionando el arma en contra de quien yacía en el piso.

4.3. Las conclusiones de los juzgadores

La mayor parte de la argumentación expuesta por el Juzgado y el Tribunal está orientada a demostrar que los procesados fueron quienes causaron los decesos.

En cuanto a la circunstancia de agravación, debe resaltarse lo siguiente:

En el acápite destinado a los hechos, el Juzgado no incluyó los referentes fácticos de la circunstancia de agravación, en la medida en que se limitó a expresar que los policiales que actuaron como primeros respondientes “observaron dos personas de sexo masculino afrodescendientes que seguían disparando contra la humanidad de dos personas que estaban tendidas en el piso”. Luego, se refirió a la huida y posterior captura de los procesados.

Sobre la referida causal de agravación, dijo:

En el caso que ocupa la atención del despacho, deviene diáfano que dicha circunstancia de indefensión sin mayores hesitaciones se configura dentro del contorno fáctico acreditado, pues si bien los dos contendores equiparaban numéricamente a los agresores, no es menos cierto que estos últimos se encontraban prevalidos de armas de fuego, lo que no aconteció con las fatales víctimas. En segundo lugar, también refulge nítido que los encartados claramente pretendieron asegurar el resultado, así como su propia integridad, para lo cual efectuaron disparos sobre regiones vitales

como el torso, la cabeza y rostro de los hoy occisos, aspectos estos con la entidad suficiente para predicar la convergencia de tales elementos de tipicidad objetiva¹.

Tras referirse a las declaraciones atrás señaladas, concluyó que

De lo anterior, refulge evidente que en efecto, el señor WASHINGTON MONTAÑO RIASCOS, quien se encontraba en compañía de FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ, dio lugar a la confrontación con los enjuiciados CARLOS MARIO CÓRDOBA MARTÍNEZ y JORGE ELIÉCER MOSQUERA, pues durante el transcurso de la noche, increpó a varios individuos, entre ellos el señor MIGUEL ENRIQUE BARRIOS DOMINGUEZ, pero asimismo se acreditó que los únicos que reaccionaron de manera violenta ante tales circunstancias, fueron aquellos, es decir, los procesados.

Sobre el mismo tema, el juzgador de segundo grado señaló:

Efectivamente, a los procesados les fue atribuida la circunstancia de intensificación punitiva de que trata el artículo 104, numeral 7, de la Ley 599 de 2000, esto es, la perpetración de los ilícitos contra la vida con colocación de “la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación”; supuesto que, en las alegaciones finales de la Fiscalía, se vinculó a la segunda de las hipótesis contempladas en forma alternativa en dicha norma.

¹ Negrillas añadidas.

No obstante, en relación con dicha agravante, la ad quo cometió el yerro de aseverar de manera simultánea que en el momento de la agresión, por lo menos una de las víctimas portó, y no portó, al mismo tiempo, un arma de fuego. En ese sentido sostuvo, de una parte, que los procesados tomaron provecho de la situación de indefensión de los afectados, pues estaban desprovistos de armas de fuego durante el ataque, pero en los apartes posteriores, al valorar el testimonio obtenido de José Manuel Quintero Pérez, adujo que “Washington (...) en momentos en que se inició la discusión con los procesados, desenfundó un arma, que según lo pudo percibir QUINTERO PÉREZ, por su experiencia militar, se trataba de una pistola”.

*Este desacierto resulta intrascendente, aunque el aludido deponente le atribuyó en verdad a Montaña Riascos, no sólo el porte de un arma de fuego, sino también que la blandió contra el procesado MOSQUERA PALACIOS. Ello, por cuanto no le faltó razón a la Fiscalía al sostener que **el número y localización de las heridas** que presentaban los occisos, **así como las cercanas distancias a las que fueron efectuadas**, aspectos sobre los que declararon los médicos forenses (...), **permite colegir la realización de un ataque sorpresivo** que impidió toda repulsa o defensa.*

Esta circunstancia se afianza aun más, conviene añadir, tratándose del homicidio perpetrado en perjuicio de Francisco Javier Rodríguez Gómez, que se coligió en precedencia fue observado por el policial Navarro Martínez, a quien inermemente le disparó Córdoba Martínez en seis oportunidades².

² Negrillas fuera del texto original.

4.4. Los errores que deben corregirse en el ámbito del recurso extraordinario de casación

4.4.1. Reglas aplicables al caso

De tiempo atrás la Sala ha hecho hincapié en la importancia de delimitar los elementos estructurales de las causales de agravación, lo que permite comprender las razones de la imposición de una pena mayor. Ello adquiere mayor relevancia en casos como el que se analiza, habida cuenta de que el legislador dispuso un incremento de casi el 100% de la pena –en su extremo mínimo– cuando el homicidio se comete bajo alguna de las circunstancias previstas en el artículo 104 del Código Penal, pues el homicidio simple tiene asignada la pena de 208 a 450 meses de prisión, mientras que para el homicidio agravado está prevista la de 400 a 600 meses.

Este tema ha sido analizado ampliamente por esta Corporación. Así, por ejemplo, en la decisión CSJSP, 1 oct. 2019, Rad. 52394, a la luz de sus propios precedentes, se refirió a la importancia de establecer los fundamentos de las circunstancias de agravación –en ese caso, la del delito de violencia intrafamiliar, y resaltó que

En múltiples ocasiones esta Corporación se ha referido a la necesidad de verificar los presupuestos que justifican el incremento de las penas en virtud de la aplicación de circunstancias de agravación. Por ejemplo, ha resaltado que para aplicar el agravante consagrado en el artículo 365 del Código Penal (numeral 1º), debe demostrarse, en cada caso, que la utilización del medio motorizado implicó un mayor riesgo para la seguridad pública (CSJSP, 12 mayo 2012, Rad. 32173, entre muchas otras). Ello se ajusta al amplio desarrollo realizado por la Corte Constitucional acerca del principio de proporcionalidad y de la protección de bienes jurídicos como justificación del daño inherente a la sanción penal (C-297 de 2016, entre muchas otras). Lo anterior, sin perjuicio de las implicaciones de la presunción de inocencia, entre las que sobresale la carga para el Estado de demostrar los presupuestos de la sanción penal.

En lo que respecta a la circunstancia de agravación prevista en el numeral 7º del artículo 104 del Código Penal, la Sala ha resaltado que esta norma consagra cuatro eventos diferentes, lo que implica que la Fiscalía, al realizar el juicio de acusación, y el juez, al emitir la sentencia, deben precisar en cuál de ellos se subsume la hipótesis factual debidamente planteada. Sobre el particular, en la decisión CSJSP, 1 jul 2020, Rad. 56174, reiteró que la referida norma se refiere a: “(i) indefensión ocasionada por el agresor; (ii) inferioridad producida por el atacante; (iii) indefensión preexistente, de la cual se aprovecha el victimario; y (iv) inferioridad preexistente, aprovechada por el ofensor”. A ello agregó:

Pero, además, debe tomarse en consideración que indefensión e inferioridad son categorías diferentes, de lo cual se sigue que, necesariamente, cuando se relaciona la agravante corre del resorte de la Fiscalía no solo especificar a cuál de las varias opciones consignadas en el ordinal 7º, se refiere, sino además demostrarla a cabalidad.

Incluso, para mayor precisión en torno de la responsabilidad predicable del autor, en estos casos no basta con determinar que la víctima efectivamente se encontraba en una condición específica de indefensión o inferioridad, sino que se obliga demostrar que ello no fue solo conocido por el acusado, sino que quiso aprovecharse de la ventaja inserta en dicha condición.

En todo caso, no basta con que en la acusación y en la sentencia se indique con precisión el fundamento normativo de la circunstancia de agravación (*una de las cuatro modalidades atrás descritas*). Es imperioso que en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, y en los hechos declarados en la sentencia, se incluyan los aspectos que encajan en cada uno de los elementos estructurales de la causal elegida.

Lo anterior es imperativo en la acusación, entre otras cosas porque: (i) el procesado tiene derecho a conocer los hechos por los que es llamado a responder penalmente, para la adecuada preparación de su defensa; (ii) los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación determinan muchas de las decisiones que deben tomarse a

lo largo del proceso, entre ellas, las atinentes a la pertinencia de las pruebas solicitadas por las partes; y (iii) los hechos de la acusación delimitan el marco decisional del juez, en virtud del principio de congruencia.

Y también lo es en la sentencia, por diversas razones, entre las que se destacan: (i) la misma debe contener una explicación clara de las premisas fáctica y jurídica de la decisión, de lo que depende en buena medida su legitimidad; y (ii) es un requisito indispensable para que el procesado pueda ejercer la contradicción, a través de los recursos procedentes.

Finalmente, los referentes fácticos de cada uno de los elementos estructurales de la causal de agravación se integran al tema de prueba, y su demostración, en el estándar dispuesto para la condena (art. 381 de la Ley 906 de 2004), corre a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Lo anterior es así, entre otras cosas porque: (i) las circunstancias de agravación conllevan consecuencias punitivas considerables; (ii) frente a ellas, así como frente al delito base, el procesado goza de la presunción de inocencia; y (iii) es una consecuencia inherente al sistema de tendencia acusatoria, que radica en la Fiscalía la carga de demostrar los presupuestos factuales de la condena.

4.4.2. Los errores atribuibles a los juzgadores

Lo primero que debe advertirse es que la Fiscalía, al estructurar la acusación, no incluyó en su hipótesis factual los hechos atinentes a la circunstancia de agravación del homicidio, pues se limitó a transcribir, con la tergiversación que se explicará en el próximo párrafo, lo que dijo uno de los policiales en el sentido de que vio a **los procesados** disparar en contra de **las personas** que yacían en el piso. En ningún momento se dijo que se trató de un “**ataque sorpresivo**”, como lo entendió el Tribunal, ni que los procesados se encontraban en una posición más ventajosa **por tener armas de fuego mientras que sus víctimas estaban desarmadas**, como lo declaró el Juzgado.

Cabe señalar que el error de incluir contenidos probatorios en lugar de hechos jurídicamente relevantes tuvo en este caso efectos negativos adicionales, pues al hacerlo la delegada del ente acusador tergiversó la versión del policial (este dijo que vio a uno de los procesados disparar en contra de una de las víctimas, y en la acusación se dice que el uniformado vio a los dos procesados disparar en contra de los dos afectados), lo que al parecer también hizo incurrir en equivocación a la juzgadora de primer grado, como bien lo resaltó el Tribunal.

Este desatino impidió que ese aspecto fuera incluido en el tema de prueba, lo que se vio reflejado en el debate realizado en el juicio oral, tal y como se señaló en precedencia.

En este orden de ideas, es claro que los juzgadores de primer y segundo grado no podían corregir en la sentencia esta omisión de la Fiscalía, en el sentido de emitir la condena por hechos no incluidos en la acusación (*los correspondientes a la circunstancia de agravación objeto de análisis*). Lo anterior, por la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, que está íntimamente ligada al derecho del procesado a conocer oportunamente los hechos por los que es llamado a responder penalmente, lo que constituye presupuesto necesario para la adecuada preparación de la defensa.

De esta forma, se violaron el derecho del procesado a no ser condenado por hechos no incluidos en la acusación, lo que se traduce en la imposibilidad de contar con el tiempo establecido en la ley para planear la defensa, en este caso frente a un componente factual que tiene una consecuencia punitiva considerable, como atrás se explicó.

Lo anterior es suficiente para casar parcialmente el fallo impugnado, a la luz de la causal de casación prevista en el artículo 181, numeral 2º, de la Ley 906 de 2004.

Se tiene, además, que los fundamentos fácticos de la referida circunstancia de agravación, incorporados tardíamente al proceso, no fueron demostrados más allá de

duda razonable. Según se explicará a continuación, las conclusiones del Juzgado y el Tribunal sobre este aspecto son producto de múltiples errores de hecho, en las modalidades de falso juicio de identidad, falso juicio de existencia y falso raciocinio.

Como bien lo resaltó el Tribunal, el Juzgado tergiversó la declaración de los policiales que intervinieron en calidad de primeros respondientes, pues asumió que estos dijeron que al llegar al sitio de los hechos vieron a los dos procesados disparar contra las dos víctimas que yacían en el piso, cuando en realidad solo el conductor del vehículo oficial señaló que pudo ver a uno de los procesados cuando le disparaba una ráfaga a una persona que estaba tendida en la calzada. De esa forma, el juzgador de primera instancia incurrió en un error de hecho, en la modalidad de falso juicio de identidad, por tergiversación.

Igualmente, como también lo resaltó el fallador de segundo grado, el Juzgado violó el principio lógico de no contradicción, pues dio por sentado que una de las víctimas tenía una pistola y, al tiempo, señaló que los procesados tenían una posición más ventajosa ya que tenían armas de fuego y las víctimas no.

Además, advierte la Sala, la juez dio por sentado que la circunstancia de agravación se fundamenta en que los procesados dirigieron los disparos a zonas vitales del cuerpo. El falso raciocinio es evidente, porque de esa situación solo

puede inferirse la intención de matar (propia del delito de homicidio), mas no el estado de indefensión o inferioridad de las víctimas (este tema nunca se aclaró suficientemente), ni, mucho menos, la intención de los procesados de aprovecharse de dicha circunstancia.

Algo semejante sucede con las conclusiones del Tribunal. En efecto, tras corregir algunos de los yerros en que incurrió la juzgadora de primer grado, se limitó a decir que del número y ubicación de las heridas, así como de “*las cercanas distancias a las que fueron efectuadas*”, se puede inferir que se trató de un “**ataque sorpresivo**”.

En primer término, se advierte que al hacer esta inferencia el Tribunal violó el principio lógico de razón suficiente, pues de los dos “*hechos indicadores*” (víctimas y victimarios estaban cerca y estos impactaron a los primeros con varios disparos), no se sigue que se haya tratado de un “*ataque sorpresivo*”, ya que estas mismas circunstancias son compatibles con varias hipótesis, igualmente plausibles, entre ellas: (i) los cuatro hombres se encontraban cerca, precisamente porque estaban enfrascados en una pelea; (ii) siendo así, es entendible que algunos disparos se hayan producido a corta distancia; (iii) en medio del fragor de la confrontación, a lo que debe sumarse el estado de ebriedad de los involucrados, pudo tener lugar la pluralidad de disparos; y (iv) este último dato –los múltiples disparos– puede tener relación con el hecho de que Montaña Riascos también

estaba armado con una pistola, sin que pueda perderse de vista que todo el tiempo se atribuyó el carácter de paramilitar, lo que pudo dar lugar a que sus antagonistas lo consideraran como altamente peligroso.

Sumado a lo anterior, el Tribunal omitió considerar varios datos acreditados suficientemente (esto es, dejó de valorar las respectivas pruebas), que permiten descartar, o por lo menos poner en duda (más que razonable), que se haya tratado de un “*ataque sorpresivo*”. En efecto, los testigos presenciales dejaron en claro que Montaña Riascos fue quien primero desenfundó una pistola y que ello generó un enfrentamiento físico que terminó en las afueras del bar, lo que no es compatible con la idea de que los procesados quisieron sorprender a sus contrincantes. Si algo quedó claro a lo largo del juicio oral es que Washington, como al parecer era su costumbre, siempre se mostró dispuesto a trabarse en el enfrentamiento, así como a utilizar el arma de fuego que portaba.

Así, emerge como hipótesis plausible que los cuatro hombres se trenzaron en la pelea, ambos bandos en poder de armas de fuego, y que los procesados salieron mejor librados por circunstancias que no se conocen, entre otras cosas porque no se sabe prácticamente nada sobre lo sucedido luego de que los sujetos salieron del bar y hasta la llegada de los policiales al lugar de los hechos.

Del número de disparos tampoco se desprende que las víctimas hubieran estado en situación de indefensión o inferioridad, ni que los procesados se hayan querido aprovechar de esa circunstancia.

Como ya se indicó, no puede perderse de vista que JORGE ELIÉCER MOSQUERA PALACIOS y CARLOS MARIO CÓRDOBA MARTÍNEZ fueron acusados y condenados por el delito de homicidio doloso, lo que supone la realización de actos idóneos para causar la muerte e intencionalmente dirigidos a ese fin.

En ese contexto, no puede afirmarse que el hecho de haberle propinado a sus víctimas más disparos de los necesarios para causarles la muerte permite inferir más allá de duda razonable que: (i) las víctimas estaban indefensas o en situación de inferioridad; y (ii) los procesados quisieron aprovecharse de esa situación. Ello, máxime si se tiene en cuenta lo que resaltó el Juzgado en el sentido de que los disparos que causaron las muertes fueron producidos a corta distancia, y los restantes a una distancia superior, lo que es compatible con lo expuesto por el primer respondiente en el sentido de que las últimas detonaciones se produjeron a la distancia más amplia (una persona de pie en contra de quien yacía en el piso). Lo anterior permite entender que los “*disparos adicionales*” no fueron los que causaron los decesos, lo que, por lo menos, se erige como una hipótesis altamente plausible.

En síntesis, no es procedente incluir en la condena la circunstancia de agravación prevista en el artículo 104, numeral 7°, del Código Penal, porque: (i) en la acusación no se incluyó el respectivo referente fáctico; (ii) ante esta omisión, los juzgadores optaron por incluir en la sentencia algunos hechos que no hicieron parte del llamamiento a juicio; (iii) de esa forma, se violó el principio de congruencia y, en consecuencia, el derecho de los procesados a conocer con suficiente antelación los presupuestos fácticos del llamamiento a juicio, de lo que depende la posibilidad de ejercer la defensa; (iv) al dar por probados los hechos atinentes a la circunstancia de agravación, incorporados tardíamente al debate, los juzgadores incurrieron en varios errores de hecho, en las modalidades ya indicadas; y (v) estos errores son trascendentes, porque al proceder a su corrección se concluye que los hechos atinentes a la indefensión o inferioridad de las víctimas³, así como a la intención de los procesados de aprovecharse de la misma, no se demostró más allá de duda razonable.

Por tanto, se casará parcialmente y de oficio el fallo impugnado, en el sentido de suprimir la referida circunstancia de agravación y de realizar el respectivo ajuste punitivo.

³ Ya se ha aclarado que este tema no se aclaró, lo que era otra obligación a cargo de la Fiscalía, al realizar el juicio de acusación, y de los jueces, en la sentencia.

4.5. Los ajustes punitivos

Al encontrar que los criterios utilizados por los juzgadores para tasar la pena son razonables, la Sala los tendrá en cuenta para realizar el respectivo ajuste punitivo.

El Juzgado, como correspondía, tomó como referente la pena dispuesta para el delito de homicidio. Ante la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, y, se agrega, la ausencia de antecedentes penales para los procesados, se ubicó en el cuarto mínimo. Una vez establecido los respectivos guarismos, partió de la pena mínima, incrementada en un 24% del respectivo margen de movilidad. A ello le adicionó 24 meses por el segundo homicidio y 48 meses por los dos delitos de porte ilegal de armas de fuego, para un total de 484 meses de prisión.

Según lo dispuesto en el artículo 103 del Código Penal, el delito de homicidio tiene prevista la pena de prisión de 208 a 450 meses. Según ello, el margen de movilidad en los respectivos cuartos es de 60,5 meses. Así, el primer cuarto oscila entre 208 y 268, 5 meses.

Según el criterio de los juzgadores, el extremo mínimo (208 meses) debe incrementarse en un 24% del margen de movilidad del respectivo cuarto, en este caso, 14, 5 meses. Así, para el primer delito de homicidio se partirá de 222,5

meses. A ello deben sumarse 12 meses por el segundo homicidio, lo que, en esencia, mantiene el criterio utilizado por el Juzgado, solo que la cantidad se ajusta en atención a la supresión de la circunstancia de agravación.

El Juzgado consideró procedente incrementar la pena en 48 meses más por los dos delitos de porte ilegal de arma de fuego. Una vez realizado el ajuste atinente a la eliminación de la circunstancia de agravación del homicidio, y en orden a mantener la mayor vigencia posible de los criterios utilizados en las instancias, la pena se incrementará en 24 meses por los punibles previstos en el artículo 365 del Código Penal.

Así, entonces, la pena de prisión a imponer asciende a 258 meses y 15 días (222,5 meses por el primer homicidio, incrementado en 12 meses por el segundo, más 24 meses por los dos delitos de porte ilegal de arma de fuego).

La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no admite reparos, ni debe sufrir modificaciones a raíz de esta decisión, habida cuenta de que los juzgadores respetaron el tope máximo previsto en la ley (20 años).

En cuanto a la pena de privación del derecho a la tenencia o porte de armas, los juzgadores la estimaron en 48

meses. Para esa determinación, no se tuvo en cuenta el sistema de cuartos, en contravía de lo resuelto de tiempo atrás por esta Corporación⁴.

Para corregir este yerro, ha de tenerse en cuenta que esa sanción accesoria tiene prevista pena de entre uno (1) y quince (15) años (artículo 51 ibídem). En consecuencia, los cuartos derivados del ámbito punitivo de movilidad corresponden a: primer cuarto, de 12 a 54 meses; cuartos medios, de 54 a 138 meses; y, último cuarto, de 138 a 180 meses.

Se partirá del extremo mínimo (12 meses), que se incrementará en otro tanto (por el segundo delito), para un total de 24 meses.

Los demás aspectos del fallo impugnado se mantendrán incólumes, incluyendo lo atinente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

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,

⁴ Cfr., SP-17166-2014, 16 dic. 2014, Rad. 42536; CSJ SP-2636-2015, 11 de mar. de 2015, Rad. 43881

RESUELVE

Primero: Casar parcialmente y de oficio el fallo proferido el 13 de junio de 2018 por el Tribunal Superior de Bogotá, a efectos de declarar que la condena proferida en contra de CARLOS MARIO CÓRDOBA MARTÍNEZ y JORGE ELIÉCER MOSQUERA PALACIOS procede por dos delitos de homicidio simple, previsto en el artículo 103 del Código Penal, y por los delitos de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, accesorios, partes y municiones, agravados, consagrado en el artículo 365 del Código Penal, estos últimos en los términos indicados en el fallo impugnado.

Segundo: En consecuencia, para los condenados proceden las penas de prisión por el término de doscientos cincuenta y ocho (258) meses y quince (15) días, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años y privación del derecho a la tenencia o porte de armas por el término de veinticuatro (24) meses.

Tercero: En los demás aspectos el fallo impugnado se mantiene incólume, incluyendo lo atinente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal@2020