



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP3379-2018

Radicado N° 50890.

Acta 268.

Bogotá, D.C., quince (15) agosto de dos mil dieciocho (2018).

V I S T O S

Se profiere fallo de casación oficioso en el proceso seguido contra **Wílmer Ascanio Sepúlveda**, condenado a la pena principal de 541.6 meses de prisión, y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la privación del derecho a la tenencia y porte de

armas, por el término de 20 y 15 años, respectivamente, luego de hallarlo autor penalmente responsable de varios homicidios agravados, esto es, 3 consumados y 2 en grado de tentativa; y, además, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado.

A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

El 20 de mayo del 2014, a las 9:10 p.m., en el lote baldío situado en la ciudad de Cúcuta, frente a la manzana 19, casa 12, de la urbanización El Progreso, se encontraban consumiendo estupefacientes, entre otros, Oscar Miguel Rivera, Jhon Geiner López Solano, Carlos Arturo Zapata Roza, Juan Carlos y Diego Andrés Cuéllar Alvarado.

A ese sitio arribó **Wilmer Ascanio Sepúlveda**, en compañía de aproximadamente 10 personas más, quienes se identificaron como vigilantes informales del sector. De inmediato, alumbraron con linternas a quienes allí se encontraban, los obligaron a sentarse en el piso y les anunciaron que los iban a matar por ser consumidores de drogas, y procedieron, sin más, a dispararles con armas de fuego, que ocasionaron la muerte a Oscar Miguel Rivera, Jhon Geiner López Solano y Carlos Arturo Zapata Roza.

Juan Carlos y Diego Andrés Cuéllar Alvarado lograron escapar del ataque, se escondieron aprovechando la oscuridad de la zona, y de esta manera evitaron ser ultimados.

2. Procesales

Previa solicitud del Fiscal 6° Seccional de La Unidad de Vida de Cúcuta, se celebraron ante el Juzgado 8° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la misma ciudad, las audiencias preliminares concentradas; oportunidad en la que se formuló imputación contra **Wilmer Ascanio Sepúlveda**, por 3 homicidios agravados consumados, con circunstancia de mayor punibilidad¹ (artículos 103, 104 numeral 7°, 58 numeral 10°, de la Ley 599 de 2000), cargos que no fueron aceptados por el inculcado².

Seguidamente, la fiscalía solicitó la imposición de una medida de aseguramiento para el procesado, a lo cual accedió el juez con función de control de garantías, quien ordenó su detención preventiva en establecimiento de reclusión³.

El 11 de agosto de 2015, el Fiscal delegado presentó escrito de acusación⁴, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta, con Funciones de Conocimiento, ante quien se llevó a cabo la respectiva audiencia de formulación el 3 de septiembre de 2015, donde

¹ A record 21:25

² A record 1:31, registro 02-04.

³ A record 31:12, registro 02-07.

⁴ A folios 51 a 56, carpeta del juzgado.

Wilmer Ascanio Sepúlveda fue acusado⁵ como autor de 3 homicidios agravados consumados y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

La audiencia preparatoria se celebró el 4 de diciembre de 2015.⁶ El juicio oral inició el 25 de febrero de 2016 y, luego de varias sesiones, culminó el 20 de enero de 2017. En su alegato final, la Fiscalía pidió condena por 3 homicidios agravados y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, agravado. Posteriormente, se emitió sentido de fallo condenatorio por esos mismos delitos⁷.

La lectura de la sentencia⁸ tuvo lugar el 21 de febrero de ese mismo año, por medio de la cual condenó a **Wilmer Ascanio Sepúlveda**, a la pena principal de quinientos cuarenta y uno punto seis (541.6) meses de prisión, y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por quince (15) años, luego de hallarlo autor penalmente responsable de tres (3) homicidios agravados consumados, dos (2) dos homicidios agravados en grado de tentativa; y, además, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,

⁵ A record 7:31. No fue acusado por la circunstancia de mayor punibilidad que se le había imputado.

⁶ A folio 63, carpeta del juzgado.

⁷ A record 14:56

⁸ A folios 132 a 151, Ib.

accesorios, partes o municiones agravado (art. 365, num. 5º C.P.)

Recurrida la decisión por el defensor, mediante sentencia de 26 de mayo de 2017⁹, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, confirmó en su integridad la decisión condenatoria; lo que motivó la interposición del recurso extraordinario de casación y la consecuente presentación de la demanda por la misma parte, que fue inadmitida por la Sala en decisión CSJ AP7832-2017, rad. 50890. Sin embargo, al detectar una irregularidad sustancial que afecta las garantías del acusado (incongruencia), se dispuso que una vez tal decisión cobrara ejecutoria, el asunto regresara a estudio para hacer el pronunciamiento a que haya lugar.

Superado el término para acudir al trámite de insistencia, se impone ahora resolver la cuestión planteada por la Sala.

CONSIDERACIONES

La Sala de manera reiterada¹⁰ ha señalado que el principio de congruencia se constituye en una garantía del debido proceso que implica asegurarle al procesado una efectiva defensa, de modo que solo podrá ser condenado por

⁹ A folios 11 a 25, cuaderno del tribunal.

¹⁰ Ver sobre este tema las decisiones CSJ SP6354-2015, rad. 44287 – postura reiterada en las decisiones CSJ SP9961-2015, rad. 43855; CSJ SP5897-2015, rad. 44425; CSJ SP15779-2017, rad. 46965, CSJ SP20949-2017, rad. 45273.

los hechos y los delitos contenidos en la acusación. Se evita así sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se defendió y no ejerció su derecho de contradicción (ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685).

Ahora bien, la jurisprudencia ha registrado que el aludido postulado puede ser infringido por vía de *acción* o de *omisión*, esto es, cuando el funcionario judicial condena por: (i) hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, (iii) el injusto por el que se acusó, pero adicionado en una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, y (iv) el reato imputado en la acusación pero al que le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de acusación (Ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; del 6 de abril de 2006. Rad. 24668, del 28 de noviembre de 2007. Rad. 27518 y del 8 de octubre de 2008. Rad. 29338).

Sin embargo, la Corte a partir de la sentencia SP, 27 jul. 2007. rad. 26468, explicó que dicho principio no es absoluto, y que por tanto, resulta jurídicamente posible variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, siempre que (i) el nuevo injusto sea del mismo género y con este se favorezca los intereses del procesado; (ii) no se

modifique el núcleo fáctico de la acusación, el cual es inalterable e invariable; (iii) el nuevo delito sea de menor entidad y (iv) no se lesionen los derechos de las partes¹¹.

La línea jurisprudencial evolucionó con relación al primer requisito, esto es, que el nuevo injusto sea del mismo género, para determinar que esa exigencia no es necesaria. En efecto, la Corte en la decisión CSJ SP17352-2016, rad. 45589 precisó lo siguiente:

«Debe advertirse también que la identidad del bien jurídico no es un presupuesto insoslayable del respeto al principio de congruencia y, por ende, de la posibilidad de condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación. Ya en múltiples decisiones se ha insistido en que *«La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado»*, por cuanto *«En la ley procesal actual –Ley 600 de 2000-, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron»*¹².

Claro, cierto es que esas consideraciones se han realizado frente a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000; sin embargo, nada obsta para que, igualmente, sean predicables de los que, como el presente, obedezcan a la ritualidad establecida por la Ley 906 de 2004, pues en ésta la imputación jurídica también es específica y provisional, por lo que ninguna razón habría para que se

¹¹ Antes de la sentencia CSJ SP, 16 mar, 2011, rad. 32685 se exigía que el fiscal lo hubiese solicitado en sus alegatos.

¹² Sentencias del 16 de marzo de 2016 (SP3339), rad. 44288; del 8 de noviembre de 2011, rad. 34495, y del 14 de septiembre de 2011, rad. 33688, ratificaron lo dicho originalmente en el auto del 14 de febrero de 2002, rad. 18457 y reproducido en las sentencias del 24 de enero de 2007, rad. 23540, y del 2 de julio de 2008, rad. 25587.

mantuviera una exigencia que respondía, como se vio, a las formas restringidas que para ese acto procesal preveía el código de 1991 (Decreto 2700). Eso sí, no sobra reiterar que la inmutabilidad fáctica sigue siendo presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa.

Así pues, la condena por una conducta punible degradada, en cuanto implica una menor punibilidad que la descrita en la acusación, habiéndose garantizado la intangibilidad del núcleo fáctico de la imputación y, por ende, la oportunidad de defensa, descarta la denunciada trasgresión del principio de congruencia».

Por lo expuesto, el juzgador puede alterar la delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes.

En este punto resulta trascendente señalar que si bien el juzgador puede **alterar** la delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación, siempre y cuando se cumplan las exigencias descritas anteriormente, lo cierto es que no puede **incluir** delitos que no hayan sido objeto de acusación, pues ello se constituiría en una afrenta contra el principio de congruencia, el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción.

Análisis del caso concreto

La Corte desde ya advierte que dentro del presente asunto se vulneró el debido proceso, los principios acusatorio y de congruencia, y el derecho a la defensa de **Wilmer Ascanio Sepúlveda**, por lo que esta Corporación, de manera oficiosa restablecerá las garantías que le fueron conculcadas. Lo anterior, por cuanto que el recurso extraordinario de casación se erige como una herramienta idónea y eficaz para la salvaguarda de los derechos y las prerrogativas de todas las partes e intervinientes del proceso penal, cuando han sido afectados sustancialmente en las instancias.

Tales violaciones se concretaron en que, por un lado, los falladores condenaron a **Wilmer Ascanio Sepúlveda** por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones con la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 5° del artículo 365 del Código Penal, pese a que la agravante no le fue atribuida en la acusación. Y, por otro, lo sentenciaron como autor responsable de dos homicidios agravados en grado de tentativa, pese a que este delito jamás le fue atribuido jurídicamente en la audiencia de formulación de imputación ni en la acusación. Véase:

1. El procesado fue condenado por una circunstancia de agravación punitiva no prevista en la acusación.

En la audiencia de formulación de imputación celebrada el 19 de junio de 2015, la Fiscalía le imputó a **Wilmer Ascanio**

Sepúlveda la comisión de 3 homicidios agravados¹³ - artículos 103 y 104 numeral 7° de la Ley 599 de 2000 -, en las personas de Oscar Miguel Rivera, Jhon Geiner López Solano y Carlos Arturo Zapata Roza, y la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10° del artículo 58 del Código Penal.

En la audiencia de formulación de acusación, que se llevó a cabo el 3 de septiembre del 2015, el fiscal acusó¹⁴ a **Wilmer Ascanio Sepúlveda** en calidad de coautor de 3 homicidios agravados - artículos 103 y 104 numeral 7° de la Ley 599 de 2000 -, en las personas de Oscar Miguel Rivera, Jhon Geiner López Solano y Carlos Arturo Zapata Roza, y adicionó la acusación por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones – artículo 365 Ib.-, por los mismos hechos jurídicamente relevantes que le fueron imputados.

Esto dijo el delegado de la Fiscalía en la referida audiencia:

«...hoy se le acusa por el delito de homicidio que está contemplado en el artículo 103 del Código Penal que consiste en matar a otro, que tiene pena de 208 meses a 450 meses, y que concursan los tres cargos de homicidio. El delito de homicidio en concurso, está agravado por la circunstancia del numeral 7° del artículo 104, es decir, la indefensión o inferioridad de las víctimas que fue aprovechada por las personas que les dispararon, en especial, Wilmer Ascanio Sepúlveda, que jurídicamente agrava las conductas. Con esa acción se acabó con la vida de Oscar Miguel Rivera, Carlos Arturo Zapata Roza y Jhon Geiner López Solano. El concurso homogéneo de homicidios agravados, **concurra de manera**

¹³ Artículos 103 y 104 numeral 7° de la Ley 599 de 2000.

¹⁴ A partir del record 04:51, sesión de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 3 de septiembre de 2015.

heterogénea con el delito contra la seguridad pública de porte ilegal de arma de fuego, que está dispuesto en el artículo 365 del Código Penal, y que tiene pena de prisión de 18 a 24 años¹⁵»

Como se ve, el fiscal acusó a **Wilmer Ascanio Sepúlveda** por el delito de fabricación, tráfico, fabricación, tráfico, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones simple. Sin embargo, al momento de referir las penas, indicó las dispuestas en la ley cuando dicha conducta se agrava por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 365 del Código Penal, pero omitió indicar cuál de aquellas era la que específicamente le enrostraba al acusado.

Ese defecto de modo alguno podría significar que la conducta imputada jurídicamente al procesado era agravada, pues, para ello, resultaba imprescindible que el fiscal – titular de la acción penal y a quien le corresponde llevar a cabo el proceso de adecuación fáctica y jurídica-, la hubiera deducido de manera expresa, lo que dentro del presente asunto no ocurrió.

Al respecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP14206-2016, rad. 47209, CSJ SP317-2018, rad. 50264, CSJ SP, 18 dic 2013 rad. 41734; CSJ SP, rad, 28 jul 2006, rad. 25648; CSJ SP44-2018, rad. 50105, entre otras) las circunstancias de agravación punitiva deben aparecer imputadas fáctica y jurídicamente en la acusación, para ser atendidas en el fallo al momento de dosificar la pena correspondiente como garantía del principio de congruencia.

¹⁵ A record 04:51, sesión de la audiencia de formulación de acusación celebrada el 3 de septiembre de 2015.

De lo contrario, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho de defensa, en tanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación, ni se le pueden desconocer aquellas condiciones favorables que redunden en la determinación de la pena.

Ahora bien, una vez finalizó el juicio oral, la fiscalía en sus alegatos de conclusión solicitó condena en contra de **Wilmer Ascanio Sepúlveda** por 3 homicidios agravados y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. De inmediato, el juez de conocimiento le preguntó: « ¿Porte simple o con circunstancias¹⁶?», y la fiscal respondió: «Si señor juez, el porte, trafico, fabricación de armas agravado por el numeral 365, numeral 1º, modificado por la 1142/2007, y 1453 artículo 19, numeral 5º, que tiene una pena de 18 a 24 años conforme a la acusación formulada por la fiscalía¹⁷».

Como se ve, solo hasta los alegatos de conclusión la fiscal le enrostró al procesado la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 5º del artículo 365 del C. P., esto es, «Obrar en coparticipación criminal»; sin que, como se vió, la misma le hubiese sido atribuida en la audiencia de formulación de acusación.

¹⁶ A record 2:18:48, sesión de la mañana del juicio oral del 7 de diciembre del 2016.

¹⁷ A record 2:18:55, Ib.

En este punto debe recordarse que la Corte en la decisión CSJ SP6808-2016, rad. 43837, varió la jurisprudencia sobre el alcance del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de que el análisis de congruencia debe hacerse entre la acusación (entendida como el acto complejo compuesto por el escrito de acusación y la audiencia reglada en los artículos 338 y siguientes ídem) y el fallo. Así, el alegato de conclusión del fiscal, regulado en los artículos 443 y 448 del mismo estatuto, no determina el estudio de congruencia.

En cuando ahora interesa, esto se dijo en la decisión referida:

«En una reciente decisión acerca del tema (CSJ AP, 24 sep. 2014, Rad. 44458), reiteró la Sala que cuando de manera excepcional el juez pretendiera apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, era necesario que respetara los hechos, se tratara de un delito del mismo género y que el cambio de calificación se orientara hacia una conducta punible de menor o igual entidad.¹⁸ (Debe recordarse que esta línea jurisprudencial evolucionó a partir de la decisión CSJ SP17352-2016, rad. 45589, respecto de que el delito sea del mismo género, exigencia que ya no es necesaria)

Conforme a lo anterior, la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004 permite entender: (i) que agotado el debate probatorio, la Fiscalía puede, al igual que los demás intervinientes, elevar solicitud de absolución o de **condena. Si opta por la última, es claro que podrá proponer una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, ajustándose a las condiciones ya reseñadas; y (ii) que el juez de conocimiento oficiosamente puede desvincularse de la calificación típica realizada por la Fiscalía, atendiendo los mismos requisitos.** Adicionalmente, como se mostró en el apartado inicial de estas consideraciones, la Sala también ha establecido, en la mayoría de ocasiones, que una

¹⁸ Fallo de casación del 15 de octubre de 2004, Rad. 41253.

consecuencia necesaria del principio de congruencia es que la petición de absolución de la Fiscalía inexorablemente debe conducir a una sentencia en igual sentido.

Sin embargo, es claro que el pluricitado artículo 448 consagra estrictamente la necesaria congruencia que debe existir entre la sentencia condenatoria y el acto de la acusación que, como se vio, en lo jurídico puede sufrir modificación en beneficio del acusado. De esa manera, se asegura que la defensa no sea sorprendida en la sentencia con una calificación jurídica respecto de la cual no haya tenido oportunidad efectiva de controversia, salvo cuando la variación favorezca los intereses del procesado porque en ese evento aunque, en estricto sentido, se le condena por un delito que no fue el controvertido, se justifica la excepción por el efecto benéfico que produce respecto de la adecuación típica inicialmente formulada en la acusación».

A la luz de este precedente jurisprudencial, la inclusión en los alegatos finales de la Fiscalía de la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 5° del artículo 365 del Código Penal, vulnera el principio de congruencia y los derechos de defensa y contradicción de **Wílder Ascanio Sepúlveda**; pues, a más que no fue incluida en la acusación, resulta indiscutible que la defensa fue sorprendida con una calificación jurídica desfavorable respecto de la cual no tuvo oportunidad efectiva de controversia.

No obstante lo anterior, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cúcuta condenó a **Wílder Ascanio Sepúlveda**, como autor responsable del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones **agravado**, por la circunstancia prevista en el numeral 5° del artículo 365 del C. P., esto es, «Obrar en coparticipación criminal»;

sentencia que fue confirmada en todas sus partes por el *ad-quem*.

Esto dijo el *a-quo*:

«Respecto al delito de fabricación, tráfico, porte de armas de fuego, se tiene de manera indubitable que las conductas se realizaron con arma de fuego y que el procesado no cuenta con permiso de autoridad para portar esa clase de elementos. **Estas conductas se realizaron en concurso de voluntades de suerte que será agravada**».

Con ello, los falladores vulneraron el principio de congruencia, debido proceso, defensa y contradicción, en tanto que les estaba prohibido deducir la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 5° del artículo 365 del Código Penal, como en efecto lo hicieron, como quiera que la misma no le fue atribuida al procesado fáctica ni jurídicamente en la audiencia de formulación de acusación.

En consecuencia, en aras de restablecer las garantías del implicado, la Sala ajustará la condena al delito contenido en la acusación; por lo que se eliminará la circunstancia de agravación punitiva del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, parte o municiones; y se redosificará la pena impuesta.

2. El procesado fue condenado como autor responsable de dos homicidios agravados en grado de tentativa, pese a que estos delitos específicos no le

fueron atribuidos jurídicamente en la audiencia de formulación de acusación.

Como ya quedó visto, la Fiscalía le formuló imputación a **Wilmer Ascanio Sepúlveda** por 3 homicidios agravados consumados, con circunstancia de mayor punibilidad¹⁹ (artículos 103, 104 numeral 7°, 58 numeral 10°, de la Ley 599 de 2000). Luego, fue acusado como coautor responsable de 3 homicidios agravados consumados - artículos 103 y 104 numeral 7° de la Ley 599 de 2000 -, en las personas de Oscar Miguel Rivera, Jhon Geiner López Solano y Carlos Arturo Zapata Roza, y por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones – artículo 365 Ib.-.

Sin embargo, los jueces de instancias lo condenaron, además, como autor penalmente responsable de dos homicidios agravados en grado de tentativa, en los hermanos Cuéllar Alvarado, pese a que esos delitos jamás le fueron atribuidos jurídicamente en la audiencia de formulación de imputación, ni mucho menos en la acusación, lo que constituye en violación al debido proceso, que afectó de manera grave el derecho a la defensa y los principios acusatorio y de congruencia.

En este punto debe recordarse, como se dijo líneas atrás, que si bien el juzgador puede **alterar** la delimitación típica

¹⁹¹⁹ A record 21:25

realizada por el ente de persecución penal en la acusación cuando se trate de un delito de menor entidad, siempre que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes (SP, 27 jul. 2007. rad. 26468, CSJ SP17352-2016, rad. 45589, entre otras), claramente no puede **incluir** delitos que no hayan sido objeto de acusación.

Además, el Juez en este caso se arrogó competencias y funciones que el sistema de enjuiciamiento colombiano destinó exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, pues, en un sistema con tendencia adversarial, es a esta última a quien le corresponde llevar a cabo el proceso de adecuación fáctica y jurídica.

Conclusión

Por lo expuesto, la sentencia condenatoria emitida en contra de **Wílmer Ascanio Sepúlveda** es violatoria del debido proceso, el principio de congruencia y los derechos de defensa y contradicción. Ajustarla a dichas garantías impone casarla parcialmente, para resolver en consonancia con la acusación, cuya operación no deja otro camino que excluir la circunstancia de agravación punitiva del porte ilegal de armas deducida por el juez y la condena por los dos homicidios agravados en grado de tentativa; y genera la consecuente redosificación, labor que se emprenderá en el siguiente acápite.

También se ordenará la compulsa de copias de todo el proceso, con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que adelante el trámite a que haya lugar, respecto de los homicidios agravados en grado de tentativa.

Redosificación punitiva

El *a-quo* al momento de tasar la pena, partió de la mínima prevista para el delito de homicidio agravado; esto es, 400 meses de prisión, y la aumentó en 80 meses, por el concurso homogéneo de este reato. Seguidamente, la incrementó en **40** meses de prisión por los varios homicidios agravados en grado de tentativa. Y en otros **21.6** meses, por el porte ilegal de armas, para imponerle, finalmente, 541.6 meses de prisión.

Concretamente, respecto del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, el *a-quo* partió del ámbito punitivo, teniendo en cuenta la circunstancia de agravación (erróneamente deducida), que va de 216 a 288 meses de prisión, y luego lo dividió en cuartos, así:

Cuarto	Ámbito de movilidad
Primer cuarto	216 a 234 meses de prisión
Segundo cuarto	234 meses y 1 día a 252 meses de prisión
Tercer cuarto	252 meses y 1 día a 270 meses de prisión
Último cuarto	270 meses y 1 día a 288 meses de prisión

Posteriormente, eligió el cuarto mínimo, de **216 a 234 meses**, como quiera que a favor del procesado obra la circunstancia de menor punibilidad prevista en el numeral 1° del artículo 55 del Código Penal, y seguidamente indicó que en razón del concurso de conductas punibles, por este sólo delito aumentaría la pena en 21.6 meses, guarismo que corresponde al 10% del extremo mínimo. ($21.6 \times 100 / 216 = 10\%$).

Entonces, al eliminar la circunstancia de agravación punitiva, se tiene que el ámbito punitivo es de 108 a 144 meses de prisión, que dividido en cuartos, arroja los siguientes extremos de movilidad:

Cuarto	Ámbito de movilidad
Primer cuarto	108 a 117 meses de prisión
Segundo cuarto	117 meses y 1 día a 126 meses de prisión
Tercer cuarto	126 meses y 1 día a 135 meses de prisión
Último cuarto	135 meses y 1 día a 144 meses de prisión

Siguiendo el mismo proceso adelantado por el *a-quo*, se deberá elegir el cuarto mínimo que fluctúa entre 108 a 117 meses, por lo que, por este solo delito, sin la circunstancia de agravación punitiva, la pena se aumentará en un 10% sobre el extremo mínimo, que corresponde a 10.8 meses, es decir, **10 meses y 24 días**. ($10 \times 108 / 100 = 10.8$).

Ahora bien, como quiera que se eliminará la condena por las dos tentativas de homicidio agravado (en los hermanos

Cuéllar Alvarado), se deberá excluir también el aumento punitivo que llevó a cabo al juez por este específico reato, que lo fue en 40 meses de prisión.

Entonces, la pena por los 3 homicidios agravados consumados impuesta por el juez en 480 meses, se aumentará en 10.8, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; para un total de **490 meses y 24 días de prisión.**

De la pena accesoria

En lo que respecta a la sanción accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, las instancias desatendieron que en su imposición el juzgador debe atender las directrices legalmente establecidas para ello; esto es, acudir al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 de la Ley 599 de 2000. (Entre otros, en CSJ SP16880, 10 dic. 2014, Rad. 42432; CSJ SP17166, 16 dic. 2014, Rad. 42536; y CSJ SP3441, 25 marzo 2015, Rad. 45317; CSJ. SP14467, 21 Oct. 2015, rad. 44367).

Por consiguiente, atendiendo a que el inciso sexto del artículo 51 de la Ley 599 de 2000 establece que la pena accesoria que se analiza tendrá una duración de uno (1) a quince (15) años, lo correcto es dividir el monto máximo entre cuatro y así obtener el ámbito de movilidad respectivo, para luego sí, atendiendo los parámetros observados por el *a-quo* al momento de establecer la de prisión, fijar el *quantum* a imponer.

De conformidad con tales criterios, el reajuste en la dosificación de la sanción accesoria de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, deberá quedar encuadrado dentro del ámbito de movilidad correspondiente al cuarto mínimo, que oscila entre doce (12) y cincuenta y cuatro (54) meses, debiendo imponerse el extremo menor, tal y como lo hizo el juez de primera instancia; esto es, por un lapso de doce (12) meses.

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 oficiosa y parcialmente la sentencia proferida el 26 de mayo de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, para, en primer lugar, revocar la condena por dos (2) homicidios agravados en grado de tentativa. Y, en segundo lugar, para excluir la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 5° del artículo 365 del Código Penal, asociada al delito que atenta contra la seguridad pública.

Segundo: En consecuencia de lo anterior, condenar a **Wilmer Ascanio Sepúlveda** como autor responsable de 3 homicidios agravados consumados y fabricación, tráfico,

porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a la pena principal de 490 meses y 24 días de prisión.

Tercero: Fijar la pena accesoria de Privación del derecho a la tenencia y porte de armas por el término de doce (12) meses.

Cuarto: En lo demás la providencia impugnada se mantiene incólume.

Quinto: Compulsar copias de todo el proceso, con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que adelante el trámite a que haya lugar, respecto de los homicidios agravados en grado de tentativa.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria