LEGIS móvil
www.legismovil.com

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SP8057-2015

Radicación N° 40.382

(Aprobado Acta Nº 220)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio dos mil quince (2015)

Ejecutoriada la decisión del 13 de mayo de 2015, por cuyo medio se inadmitió la demanda de casación presentada en nombre de PLUTARCO HINESTROZA CAVIEDES, contra la sentencia del 13 de septiembre de 2012, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

www.legismovil.com

Popayán, la Corte se pronuncia oficiosamente en relación con la vulneración de garantías fundamentales, conforme a lo anunciado en el referido auto inadmisorio.

I. HECHOS

El 10 de junio de 2011, a las 10:00 a.m. aproximadamente, varios soldados del Ejército Nacional estaban realizando un patrullaje en el corregimiento de El Plateado, municipio de Argelia (Cauca). Cuando transitaban por una esquina cercana a la plaza de mercado, PLUTARCO HINESTROZA CAVIEDES les lanzó un artefacto explosivo empacado en una bolsa. Producto de la explosión falleció el Cabo Primero Yimi Adrián de la Cruz Bastidas, mientras el soldado profesional Luis Eduardo Camargo Martínez sufrió graves heridas, que conllevaron a la amputación de una de sus piernas.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

En audiencia del 8 de agosto de 2011, ante el Juzgado 2º Penal Especializado del Circuito de Popayán, la Fiscalía acusó a PLUTARCO HINESTROZA CAVIEDES como autor del concurso de conductas punibles constituido por homicidio con fines terroristas -consumado e intentado- (arts. 103, 104-8, 27 y 31 del CP).

Concluido el debate y emitido sentido de fallo condenatorio, la juez dictó la sentencia el 27 de abril de 2012. Por estimar acreditada la responsabilidad penal de aquél por los delitos de

LEGIS móvil
www.legismovil.com

homicidio simple -consumado e intentado-, lo condenó a la pena de 240 meses de prisión.

Habiendo interpuesto la fiscal el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán lo modificó, a fin de reconocer la causal agravante del art. 104-8 del CP. En consecuencia, modificó la pena privativa de la libertad a 720 meses.

El defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue inadmitida mediante auto del 13 de mayo de 2015. Empero, advirtiendo la Corte la posible conculcación de garantías fundamentales, dispuso la necesidad de revisar oficiosamente la legalidad de la pena impuesta, a lo que a continuación se procede.

III. CONSIDERACIONES

3.1 De la casación oficiosa

El recurso extraordinario de casación, según el art. 180 de la Ley 906 de 2004 (CPP), pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías fundamentales de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia.

Acorde con el art. 183 ídem, la admisión de dicho mecanismo extraordinario de impugnación supone, además de la oportuna interposición del recurso, la debida presentación de

LEGIS móvil
www.legismovil.com

la demanda. El censor está obligado a consignar de manera precisa y concisa las causales invocadas y sus fundamentos. Por ello, a voces del art. 184 inc. 2° ídem, no será admitido el libelo cuando el demandante carezca de interés, prescinda de señalar la causal o no desarrolle adecuadamente los cargos de sustentación. Tampoco, si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos del recurso.

En ausencia de alguno de dichos elementos, la Corte, *en línea de principio*, se abstendrá de seleccionar la demanda. Sin embargo, a tono con el art. 184 inc. 3° ídem, en consonancia con la máxima constitucional de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 de la Constitución), atendiendo a criterios como los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, la Corte deberá superar los defectos del libelo para decidir de fondo.

Esto, en atención a la mayor amplitud que en el esquema procesal de la Ley 906 de 2004 se le dio al recurso extraordinario de casación, *como medio protector de garantías fundamentales, a través del control de constitucionalidad y legalidad* de las sentencias proferidas en segunda instancia (C. Const. SC-590 de 2005).

En ese contexto, acorde con lo anunciado en el auto inadmisorio de la demanda de casación, la Sala procederá a enmendar la vulneración de garantías fundamentales detectada en la fase de imposición de la pena. Para tal efecto,

LEGIS móvil
www.legismovil.com

en primer lugar, se abordarán los criterios constitucionales y legales en que se funda la legitimidad de la punición; luego se pondrán de manifiesto los yerros cometidos por el Tribunal al individualizar la sanción penal y finalmente se redosificará la pena de prisión.

3.2 Parámetros de legitimidad para la imposición de penas

A la luz del art. 28 de la Constitución, toda persona es libre. Por consiguiente, nadie puede ser sometido a prisión, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las *formalidades legales* y por *motivo previamente definido en la ley*.

La legitimidad de la injerencia en el derecho fundamental a la libertad personal por la vía de la imposición de penas depende, entonces, del respeto al *debido proceso sancionatorio*. El concreto y efectivo ejercicio de este derecho presupone su desarrollo legal, esto es, la *configuración normativa* de las formalidades esenciales que han de regir los procedimientos. Por ello, el art. 29 inc. 2º de la Constitución preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a *leyes* preexistentes al acto que se le imputa y con observancia de las *formas propias de cada juicio*. Este precepto se reproduce en el criterio rector de *legalidad*, contenido en el art. 6º inc. 1º del CP.

LEGIS móvil
www.legismovil.com

El respeto del debido proceso sancionatorio comprende la consideración de aspectos formales y principialísticos. La concreción del *ius puniendi* en la efectiva imposición judicial de la sanción penal no sólo ha de ceñirse a criterios de legalidad *stricto sensu*, expresados en reglas para la individualización de la pena; también comporta la materialización del principio constitucional de proporcionalidad (prohibición de exceso).

En un Estado constitucional[1] no sólo se predica la protección de bienes jurídicos, entendida como la principal finalidad del derecho penal y el propósito a partir del cual han de comprenderse los fines de la pena. También se instituyen barreras de contención a la actividad punitiva estatal, a fin de mantenerla dentro de los límites propios de la racionalidad y la dignidad humana, proscribiendo los excesos en la punición. Ello, por cuanto si bien el moderno Estado social de derecho garantiza la libertad de sus miembros mediante la utilización del poder punitivo en contra de quien delinque, también es verdad que, en contrapartida, reconoce derechos de defensa frente al propio Estado, el cual, con la pena, aplica la medida de intervención más fuerte e intensa de que dispone frente al ámbito de libertad de los ciudadanos[2].

---

[1] En la sentencia C-820/06, la Corte Constitucional advirtió que la cláusula *Estado constitucional* se explica en virtud de la transición del imperio de la ley, principio propio del Estado de derecho, a la máxima de primacía de la Constitución.

[2] BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información.* **En**: HEFENDEHL, Roland, VON KIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico.* Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 151.

Entre dichos límites ha de destacarse el principio de proporcionalidad[3], cuya aplicación resulta imprescindible tanto en la fase legislativa como *en el momento de aplicación judicial de la coerción estatal*[4]. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional[5], sólo la utilización *medida, justa y ponderada* del *ius puniendi*, destinada a proteger los derechos y las libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento jurídico. De ahí que el respeto al principio de *proporcionalidad de la pena,* derivado de la máxima de prohibición de exceso, asume junto al de la legalidad de aquélla la connotación de garantía fundamental[6].

En tal virtud, el procedimiento de individualización de la sanción ha de orientarse por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, como lo dicta el art. 3º del CP. Así mismo, ha de atender a la realización de las finalidades de la pena, consistentes, a voces del art. 4º del CP, en la prevención (general y especial), la retribución *justa*, la reinserción social y la protección del condenado.

Éste ha de ser el trasfondo de los parámetros y fundamentos para la individualización de la pena (arts. 60 y 61 ídem), los cuales no se auto justifican, sino que constituyen una orientación para materializar, a través de la fijación de la sanción, las finalidades punitivas. Si bien el procedimiento de

---

[3] C. Const., sent. C-565/93.
[4] C. Const., sent. C-647/01. Así mismo, MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires B de f, 2ª ed., 2003, pp. 125-148.
[5] C. Const., sent. C-070/96. En el mismo sentido, sents. C-118/96 y C-148/98.
[6] Sobre la connotación de garantía fundamental del principio de legalidad de la pena, cfr. C.S.J. – Sala de Casación Penal, sents. 27/06/12, rad. 38.607; 06/06/12, rad. 36.846; 10/10/12, rad. 36.860 y 06/06/12, rad. 25.76; 27/02/13, rad. 33254, entre otras.

LEGIS móvil
www.legismovil.com

dosificación transita por derroteros reglados, en esencia no es más que un ejercicio de ponderación.

Bien se ve, entonces, que la punición arbitraria está proscrita en un Estado constitucional. Una pena deviene en ilegítima si es impuesta con inobservancia de los parámetros legales establecidos para su fijación o si se muestra desproporcionada.

Ahora, a fin de legitimar la punición, el juez está en el deber de motivar el proceso de individualización de la pena. En la decisión respectiva ha de quedar claro al penado, así como a la generalidad, que la imposición de una sanción específica a un individuo no es producto del capricho o la arbitrariedad del juzgador, sino el resultado de un serio ejercicio de ponderación de finalidades punitivas, respetuoso de los lineamientos legales pertinentes. Por ello, al tenor del art. 59 del CP, la sentencia deberá contener una fundamentación *explícita* sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la sanción.

Un tal deber de motivación es expresión directa de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa, al recurso efectivo y al acceso a la administración de justicia. Solo ante una motivación explícita y suficiente es dable ejercer control sobre la corrección de la decisión y, de esa manera, ejercer la prerrogativa de impugnación, al paso que se legitima la decisión y con ello la autoridad del Estado.

www.legismovil.com

Sobre el particular, en la sentencia C-145 de 1998, expuso la Corte Constitucional:

> El artículo 229 de la Constitución garantiza el derecho de todos los ciudadanos para acceder a la administración de justicia. Este derecho implica no sólo que las personas pueden solicitar a los organismos que administran justicia que conozcan y decidan de fondo sobre sus conflictos -salvo que la ley contemple causas legítimas de inadmisión-, sino también que esas decisiones sean fundamentadas. **La obligación de motivar las decisiones judiciales obedece a la necesidad de demostrar que el pronunciamiento no es un producto de la arbitrariedad del juez**. En el Estado de derecho la sentencia responde a la visión del juez acerca de cuáles son los hechos probados dentro del proceso y cuál es la respuesta que se le brinda al caso concreto por parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, es claro que tanto los hechos como las normas pueden ser interpretados de manera distinta. **Por esta razón, se exige que, en su sentencia, el juez realice un esfuerzo argumentativo con miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta**. Precisamente la motivación de las sentencias es la que permite establecer un control --judicial, académico o social-- sobre la corrección de las decisiones judiciales.
>
> [...]
>
> Dentro de las garantías propias del debido proceso y de la tutela judicial efectiva se encuentran también las de ejercer el derecho de defensa y las de recurrir las sentencias judiciales. Ahora bien, para poder presentar recursos contra los fallos judiciales es necesario conocer cuáles fueron las razones que condujeron al juez a dictar la sentencia que se controvierte, razones que deben referirse a los hechos (las pruebas) y a los fundamentos jurídicos en los que se apoya la decisión. Si esas razones no son públicas el recurrente no podrá esgrimir contra la sentencia más que argumentos generales, que repetirían lo que él ya habría señalado en el transcurso del proceso. Precisamente entre los fines del deber de motivar las sentencias se encuentra el de facilitarle al afectado la comprensión de la resolución emitida y la formulación de su impugnación.

En la misma dirección, esta Colegiatura ha puesto de presente que la motivación de las decisiones hace parte de la garantía al debido proceso, la cual se concreta en el derecho que tienen los sujetos procesales de conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias concretas y los juicios lógicos sobre los cuales el juez construye su decisión. Sólo así puede permitírseles ejercer un control sobre el proceso e identificar los puntos que son motivo de discordia.[7]

En ese sentido, como también lo ha clarificado esta Corte[8], el imperativo de motivar las determinaciones judiciales no se cumple, sin más, con la simple y llana expresión de lo decidido por el funcionario judicial. Es preciso que manifieste en forma clara, expresa, indudable y no anfibológica su argumentación, con soporte en las pruebas y en los preceptos aplicados en cada asunto. No de otra manera se garantizan los derechos de los sujetos procesales ni se hace efectivo el principio de sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico.

Bien se ve, entonces, que la motivación, cuya razón de ser es evitar el ejercicio arbitrario del poder, es justamente la que permite el control de la decisión, no solamente por las partes del proceso, sino también por el público en general. En consecuencia, una deficitaria motivación, por ser violatoria de los derechos de defensa y debido proceso en aspectos

[7] CSJ SP 12/12/05, rad. 24.011.
[8] CSJ SP 05/12/07, rad. 28.432.

www.legismovil.com

sustanciales, como arriba se indicó, conlleva a la ilegitimidad de la decisión.

Los defectos de motivación, acorde con la jurisprudencia de esta Corte[9], se contraen a: i) ausencia absoluta de motivación, ii) motivación incompleta o deficiente, iii) motivación ambivalente o dilógica y iv) motivación falsa. Si alguno de estos vicios recae en la fase de individualización de la pena, se vulnera el debido proceso sancionatorio.

En síntesis, la articulación de las anteriores consideraciones lleva a la Corte a concluir que el debido proceso sancionatorio está integrado por el respeto del principio de proporcionalidad en la imposición de la pena, el seguimiento de los lineamientos legales para la individualización de la sanción y el acatamiento del deber de motivar suficientemente el procedimiento de dosificación. Si se desconoce alguno de estos componentes, la fijación de la consecuencia punitiva se torna arbitraria.

Bajo tales premisas, a continuación se examinará si el proceso de individualización aplicado por el Tribunal vulneró el debido proceso sancionatorio.

3.3. Individualización de la pena aplicada en la segunda instancia

[9] Cfr. CSJ SP 12/12/05, rad. 24.011.

LEGIS móvil
www.legismovil.com

La Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán declaró la responsabilidad penal del acusado como autor del delito de homicidio agravado. Consecuentemente, redosificó la sanción penal en los siguientes términos:

1. Destacando que se trataba de un concurso de conductas punibles, a la luz del art. 104 del CP -modificado por el art. 14 de la Ley 890 de 2004- estableció los límites punitivos entre 400 y **720** meses de prisión.

2. El margen de movilidad lo fijó en 80 meses. Así, delimitó el cuarto mínimo entre 400 y 480 meses, el primer segmento medio entre 481 y 560 meses, la segunda fracción media entre 561 y 640 meses, mientras el cuarto máximo lo estableció entre 641 y 720 meses.

3. Teniendo en cuenta la carencia de antecedentes penales del sentenciado, así como "la concurrencia de una causal genérica de mayor punibilidad (art. 58-4 CP)", escogió el primer segmento de los **cuartos medios** de movilidad.

4. Luego, aplicó un procedimiento similar al delito de tentativa de homicidio agravado (arts. 104-8 y 27 CP). Los cuartos de movilidad los delimitó entre 200 y 285 meses en el mínimo, 286 y 455 en los medios, mientras el cuarto máximo quedó entre 456 y 540 meses.

5. Seguidamente, procedió a "ponderar": a) la "innegable gravedad mayor de la conducta del agente que (sic) utilizando

artefacto explosivo arrebata (sic) la vida de un soldado y causa (sic) la amputación de miembro inferior izquierdo a otro"; b) el daño real causado, "que por las mismas razones expuestas no admite discusión"; c) el dolo directo "de primer grado" del agente, quien "conocía la ilicitud de sus actos y quiso el resultado que ahora se le atribuye"; d) "la necesidad de imponer una pena que asegure la vigencia del derecho y las expectativas legítimas de los asociados y e) "los fines de retribución justa, prevención especial, resocialización y protección del condenado". Enseguida, fijó la "pena base a imponer" en 548 meses de prisión.

6. En virtud del concurso con el delito de homicidio agravado en el grado de tentativa expuso que, dada la gravedad del daño ocasionado al soldado herido, la pena habría de aumentarse en "357 meses dentro del primer cuarto medio". Empero, dado que la pena no puede superar el límite de 720 meses de prisión, impuso este monto máximo como pena definitiva.

3.4 Yerros advertidos en el proceso de individualización de la pena en el *sub exámine*

3.4.1 Inobservancia de los criterios legales de dosificación

a) Indebida fijación de los límites punitivos

Acorde con el art. 60 inc. 1º del CP, para efectuar el proceso de individualización, el sentenciador deberá fijar, en primer

término, los límites mínimos y máximos en que se ha de mover. Si la pena aumenta en dos proporciones (num. 4º ídem), la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica. En todo caso, cuando se aplica la pena de prisión, el juez no puede desconocer que la duración máxima para este tipo de sanción es de **50 años** (600 meses), conforme a lo previsto por el art. 37 inc. 1º del CP –modificado por el art. 2º de la Ley 890 de 2004-.

No obstante, a la hora de establecer los límites respectivos, el Tribunal aplicó indebidamente el art. 14 de la Ley 890 de 2004.[10] Pues, haciendo abstracción del límite superior de toda pena de prisión, determinó como máximo el monto de **60 años** (720 meses) de prisión.

Equivocadamente entendieron los magistrados del Tribunal que dicho tope podía aplicarse al caso por concernir la acusación a un concurso de conductas punibles. Si bien el artículo 31 inc. 2º del CP admite un máximo punitivo de 60 años, este no es el extremo superior de la pena *en cada uno de los tipos penales,* sino la mayor pena que se puede asignar en situación de *concurso de delitos*; es decir, luego de aplicarse el respectivo incremento por concurrencia de tipos penales infringidos.

[10] **ARTÍCULO 14.** Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la presente ley.

LEGIS móvil
www.legismovil.com

Así lo tiene definido la Sala en varios pronunciamientos, como la sentencia del 28 de mayo de 2008 (rad. 29341), donde se consideró:

> La frontera de los 50 años de prisión se deberá respetar para efectuar el cómputo de la pena para cada delito, así se trate de ilícitos concurrentes, esto es, al momento de individualizar la sanción para cada uno de ellos, en tanto que la limitante de los 60 años prevista para los casos de concurso de hechos punibles tendrá que ver ya con la suma jurídica de las sanciones por tales ilícitos concursales.
>
> Por lo mismo, una pena de prisión cuantificada que exceda el máximo temporal de los 50 años desconoce ese límite fijado por el legislador y da al traste con el principio de legalidad, amén de constituirse en una pena ilegal.

Tal interpretación fue reiterada mediante la sentencia 15858-2014 (rad. 39.738), donde se clarificó que, aunque refiriéndose al concurso de delitos, el artículo 31 del CP admite un máximo punitivo de 60 años, lo cierto es que éste no opera frente a los punibles concursantes *individualmente considerados* -a los que, se insiste, se aplica el máximo de 50 años-, sino como límite de la pena, una vez hecha la sumatoria derivada del concurso.

En tal virtud, el marco punitivo aplicable al delito de homicidio agravado (art. 104-8 del CP) es de 400 a 600 meses de prisión. Mas el Tribunal de Popayán excedió el tope máximo en 120 meses, desconociendo el debido proceso sancionatorio por violación del principio de legalidad de la pena.

www.legismovil.com

Ello constituye razón suficiente para corregir el proceso de dosificación. Empero, como a continuación se señalará, también concurren otras irregularidades, cuya consideración resulta relevante para determinar los específicos correctivos a aplicar.

b) Errónea escogencia del ámbito punitivo de movilidad

A la hora de escoger el cuarto respectivo, el Tribunal quebrantó el principio de congruencia. Éste dicta que el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena (art. 448 CPP).

De acuerdo con tal premisa, si en la acusación no se imputó ninguna circunstancia de mayor punibilidad, de las contenidas en el art. 58 del CP, al juez le está vedado tenerlas en cuenta a la hora de individualizar la sanción. Así lo ha clarificado la jurisprudencia de esta Sala (CSJ AP 23.05.2012, rad. 38.810):

> De esa manera, según reiterado criterio jurisprudencial, la incongruencia se presenta cuando se condena: *a)* por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación; *b)* por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, y *c)* por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación, pero **incluyendo alguna circunstancia, genérica o específica que intensifica la**

> **sanción**, o suprimiendo una de menor punibilidad expresamente reconocida".[11]

Sin embargo, pese a que en la acusación no se imputó ninguna circunstancia genérica de mayor punibilidad[12], los juzgadores aludieron al art. 58-4 del CP, para dosificar la pena en los cuartos medios. Así, pues, no sólo desquició la estructura del debido proceso por desconocimiento de la exigencia de congruencia, sino que nuevamente atentó contra la legalidad de la sanción penal.

3.4.2 Determinación inmotivada de la pena

Sin ser suficiente la incorrecta fijación de los límites punitivos y la injustificada escogencia de los cuartos medios, la Sala advierte otros defectos que concurren a afirmar la violación del debido proceso sancionatorio, a saber, la ausencia de motivación para incrementar la pena y el consecuente desconocimiento del principio de proporcionalidad.

El procedimiento empleado por el Tribunal, más allá de ser erróneo, muestra una total incomprensión de lo que, dentro de un Estado social de derecho, significa individualizar la sanción penal. Denota una absoluta falta de mesura y ponderación, violatoria del principio constitucional de prohibición de exceso.

---

[11] Cfr. Sentencias de 6 de abril de 2006, 30 de octubre de 2008, y 10 de marzo de 2009, radicaciones 24668, 29872 y 32422, respectivamente.
[12] Cfr. registro de video de la audiencia de formulación de acusación, min: 18:00 a 21:15.

LEGIS móvil
www.legismovil.com

Como atrás se precisó, la adecuada motivación del proceso de dosificación punitiva es un elemento toral para predicar la legitimidad de la imposición de una determinada pena. El sistema punitivo adoptado por el Código Penal colombiano concibe un proceso de tasación que parte de *montos mínimos* de sanción prefijados legislativamente, como expresión de compensación (general y abstracta) del injusto culpable. Así mismo establece límites máximos que el juez no puede sobrepasar, so pena de violar la legalidad y desconocer la prohibición de exceso.

Dentro de tal margen de apreciación *reglado*, al sentenciador no le es dable escoger arbitrariamente un monto que bien le parezca para sancionar. No. Partiendo del respectivo tope mínimo a aplicar dentro del cuarto pertinente, aquél está en el deber de argumentar por qué se aparta de la mínima sanción prevista legislativamente e incrementa, en el caso concreto, el monto de pena. Si existe un deber de motivación en caso de aplicación de rebajas punitivas (CSJ AP 24.07.2013, rad. 41.041), *a fortiori*, el juez está obligado a motivar los aumentos. En tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera *ius fundamental* del condenado. Así como un aumento de penas inmotivado o carente de fundamento en el ámbito legislativo deviene en inconstitucional (CSJ SP 27.02.2013, rad. 33.254), esta misma consecuencia es predicable de la imposición concreta de una pena, que inmotivadamente se aparta de los límites mínimos.

LEGIS móvil
www.legismovil.com

La motivación del proceso de individualización de la pena -en lo cuantitativo y lo cualitativo- no puede desarrollarse de cualquier manera. La fundamentación explícita de que trata el art. 59 del CP ha de abordar los criterios a ponderar, establecidos en el art. 61 incisos 3º y 4º ídem. La simple alusión a éstos, sin un concreto razonamiento probatorio que los articule con el asunto *sub júdice* es del todo insuficiente. Como también se ofrece incompleta una motivación carente de conexión con las funciones que la pena ha de cumplir en el asunto particular.

En el presente caso, a la hora de "ponderar" los factores de individualización, el Tribunal incurrió en una motivación absolutamente deficitaria para fijar la pena tanto por el delito base (homicidio agravado consumado) como por el concurso con el punible de homicidio imperfecto.

En cuanto al primer aspecto, sencillamente *transcribió* los criterios legales para individualizar la sanción y, sin ninguna disertación seria, efectuó un considerable incremento del límite mínimo del cuarto medio (67 meses).
Al aludir a la gravedad de la conducta y al daño causado, tan sólo resaltó que se segó la vida de un soldado y -sin que pudiera considerarse en la individualización del homicidio *consumado*- que se le causaron graves lesiones a otro. Semejante "argumentación" es inadmisible por incurrir en falacias de inatinencia y petición de principio. De un lado, la valoración de la gravedad del comportamiento atribuido al

LEGIS móvil
www.legismovil.com

autor y de la intensidad del daño causado no puede medirse, frente al homicidio de una persona, con las lesiones sufridas por otro ser humano; de otro, implicaría admitir que la conducta es grave porque el acusado mató y se causó daño por esta misma razón.

Esto último, incluso, contraría el principio *non bis in ídem*, por cuanto el daño (muerte) integra el verbo rector del tipo penal de homicidio (el que matare a otro). Bajo una tal lógica, nunca sería aplicable la pena mínima en un caso de homicidio agravado, en tanto el daño se produce y la conducta es grave (porque se mata en circunstancias de agravación específica).

Ahora, la *mera alusión* a la gravedad mayor de la conducta, cifrada en la utilización de artefactos explosivos, como medio terrorista, y la magnitud del daño causado (muerte) son criterios que el legislador, al valorar el grado de injusto desde la óptica de la compensación, ya tuvo en cuenta al determinar las penas aplicables (arts. 103 y 104 CP). Si por tales referentes se quería incrementar la sanción separándose de los límites mínimos, los sentenciadores estaban obligados a justificar por qué la *específica* conducta reprochada al acusado requería un mayor grado de reproche en términos retributivos.

De otro lado, la *intensidad* del dolo de ninguna manera se *graduó* en consideración a las circunstancias de comisión de la conducta. Pese a que se trataba de un delito de comisión dolosa, el Tribunal sencillamente afirmó que el acusado

"conocía la ilicitud de sus actos y quiso el resultado que ahora se le atribuye".

A su vez, desconociendo que la función de conservación y fortalecimiento de la confianza de la comunidad en la vigencia y aplicación del ordenamiento jurídico, inherente a la prevención general positiva[13], se ve reflejada en la censura que entraña la declaratoria de culpabilidad del sentenciado[14], el argumento cifrado en "la necesidad de imponer una pena que asegure la vigencia del derecho y las expectativas legítimas de los asociados" -invocado por el Tribunal- es del todo falaz (por inatinente) para incrementar el monto de la sanción. Desde la perspectiva de prevención general "no puede deducirse una indicación concreta para una determinada medida de la pena, pues el *quantum* de lo que sea necesario (y también suficiente) para la "estabilización de la norma" no puede ser comprobado en el caso concreto"[15].

Por último, mediante una afirmación del todo vacía de contenido y articulación con los hechos probados y la situación personal del sentenciado, también se invocaron, *sin ningún raciocinio*, "los fines de retribución justa, prevención especial, resocialización y protección del condenado" como factores para incrementar la pena. Así, además de que no se explicita cómo ni por qué una mayor severidad de la concreta

[13] ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, tomo I: estructura de la teoría del delito Múnich: Beck, 4ª ed., § 3 A, num. 26, p. 80.
[14] MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz. Derecho penal, parte general, tomo I: fundamentos del derecho penal y estructura del tipo penal. Heidelberg: C.F. Müller, 6ª ed., § 6I, num. 6, p. 67.
[15] JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal, parte general (trad. Miguel Olmedo Cardenete). Granada: Colmares, 2002, p. 949.

sanción sirve al principio de compensación del injusto culpable ni de qué manera la incapacitación del condenado mediante su encarcelamiento ha de ser mayor, se incurre en el absurdo de sostener que la pena debe incrementarse para promover la resocialización y la protección del sentenciado. Estos últimos aspectos –operantes en la fase de ejecución de la pena (art. 4º inc. 2º CP)-, por el contrario, apuntan es a la disminución de la sanción, con miras a la reintegración social.[16]

Por otra parte, sin ningún referente de ponderación, necesidad ni razonabilidad, al momento de aumentar la pena por el concurso, los magistrados del Tribunal de Popayán simplemente impusieron la máxima pena, porque legalmente les era imposible incrementarla más.

Bien se ve, entonces, que la motivación del proceso de individualización de la pena fue indebida. No sólo por ofrecerse incompleta o deficiente en relación con los criterios de gravedad de la conducta, magnitud del daño causado e intensidad del dolo y prácticamente inexistente en relación con el aumento por el concurso de conductas punibles; también, por tornarse falsa en la concreta materialización de las finalidades punitivas.

Ello concurre a la vulneración del debido proceso sancionatorio y devela que el Tribunal se entendió facultado

[16] *Roxin, Claus:* Transformaciones de la teoría de los fines de la pena; en: *Britz, Guido* y otros. (Eds.): preguntas fundamentales sobre la punición estatal. Homenaje a Heinz Müller-Dietz. Múnich 2001, p. 713.

LEGIS móvil
www.legismovil.com

para individualizar la pena a su arbitrio, bajo el pretexto de mencionar de cualquier manera los criterios previstos en el art. 61 inc. 3º del CP.

3.4.3 Conclusión preliminar

La concurrencia de tantos yerros: determinación ilegal de los extremos punitivos, indebida escogencia de los cuartos de movilidad y defectuosa motivación del proceso de individualización de la sanción conlleva a afirmar que ésta fue fijada arbitrariamente. Por esta vía no sólo se desconocieron criterios de legalidad que implican la violación del debido proceso sancionatorio. En el fondo, se vulneró la garantía fundamental de proporcionalidad de la pena, en tanto su final determinación irrespeta la máxima de prohibición de exceso.

En consecuencia, la Corte procederá a redosificar la sanción con respeto de los parámetros constitucionales y legales correspondientes, a fin de garantizar la efectividad del derecho material y preservar las prerrogativas fundamentales en cabeza del acusado.

3.5 Redosificación de la pena de prisión

a) Fijación de los límites

De conformidad con lo previsto en el art. 104 del CP, modificado por el art. 14 de la Ley 890 de 2004 y concordado con el art. 37-1 ídem, los límites punitivos para el homicidio

agravado consumado son de 400 a 600 meses. Dichos extremos, de cara al delito de homicidio agravado en el grado de tentativa, han de disminuirse en la mitad y la cuarta parte, respectivamente (art. 27 inc. 1º CP), para unos límites de 200 a 450 meses.

b) División en cuartos y selección del segmento punitivo

De acuerdo con los extremos arriba indicados, el ámbito punitivo de movilidad para el homicidio agravado es de 200 meses, que al ser dividido en cuartos, da como resultado 50 meses:

Mínimo		Medios		Máximo
400 m.	450 m. y 1 día	500 m.	550 m. y 1 día	600 m.

Para la tentativa de homicidio agravado, el margen de movilidad es de 250 meses, cuyo fraccionamiento en cuartos arroja 62.5 meses:

Mínimo		Medios		Máximo
200 m.	262.5 m. y 1 día	325 m. y 1 día	387.5 m. y 1 día	450 m.

Ahora bien, a la luz del art. 61 del CP, puesto que no se imputaron circunstancias genéricas de agravación y sin ese

requisito la Corte no las puede considerar[17], las penas han de dosificarse en los cuartos mínimos.

c) Individualización de la pena

Según se desprende del art. 31 inc. 1º del CP, en eventos de concurso de delitos, el sentenciador debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, en el caso concreto determina cuál es la que considera, según lo presupone la norma, "la pena más grave" (CSJ SP 12.03.2014, rad. 42.623).

Pues bien, en lo que atañe al homicidio cometido en la persona del Cabo Primero Yimi Adrián de la Cruz Bastidas, la Sala no encuentra razones para incrementar el mínimo de la pena. En la imposición de 450 meses de prisión (33.3 años) se estima una severa respuesta en términos de retribución. No hay elementos para sostener en el presente caso que la pena por el homicidio en cuestión, ya *agravada* por su finalidad y los medios de comisión, debe *agravarse* aún más. En este sentido, las pruebas no indican que el daño causado (fallecimiento del señor de la Cruz), perteneciente al verbo rector del tipo de homicidio, es más censurable que la muerte producida a cualquier otra persona, como tampoco se advierte la producción de perjuicios adicionales a la víctima, como a título de ejemplo, que en el *íter mortis* hubiera existido una prolongada agonía.

[17] CSJ SP 29.06.2006, rad. 24.529.

LEGIS móvil
www.legismovil.com

Por los demás factores, no considera la Sala que haya lugar a hacer aumentos punitivos. En cuanto a la intensidad del dolo, mencionada por el Tribunal *a quo*, la actividad probatoria efectuada en el juicio no aporta ningún dato sobre la preparación del atentado ni sus móviles. Por supuesto, la modalidad misma del hecho denota que debió existir alguna preparación; sin embargo, con claridad y evidencia, no se aprecia un agregado de dolo más allá del que es propio al papel de autor.

Ahora, no existiendo información sobre un especial riesgo de reiteración delictiva en el acusado, estima la Sala que, bajo la óptica de la prevención especial negativa, no hay motivo para prolongar su incapacitación, a través de la privación de su libertad, por un término mayor al mínimo de la pena previsto legalmente.

Por lo tanto, en definitiva, la pena principal por el delito de homicidio agravado -consumado- se fija en 400 meses de prisión.

De otro lado, en relación con la individualización del homicidio agravado intentado, en línea de principio tienen aplicación las mismas consideraciones anteriormente expuestas, a fin de no incrementar el mínimo de la pena. Sin embargo, la Sala considera que en este aspecto sí tiene cabida la intensidad del daño causado, como criterio para elevar el monto de la sanción penal. Aquí es claro que la reducción de

LEGIS móvil
www.legismovil.com

los extremos punitivos derivada del art. 27 inc. 1º del CP tiene lugar por la no producción del resultado muerte. La mayor o menor magnitud del daño producido, entonces, puede valorarse a partir de las lesiones causadas a la víctima.

En el presente caso, las lesiones producidas a Luis Eduardo Camargo Martínez fueron superlativas. Con ocasión del atentado le fue amputada una de sus piernas, lo que a futuro afectará la funcionalidad de la locomoción y su vida de relación. Ello justifica un aumento que la Sala estima adecuado en 31.25 meses, para una pena definitiva de 231.25 meses de prisión, por el homicidio en el grado de tentativa.

d) Aumento por razón del concurso de conductas punibles

Para determinar el incremento derivado del concurso ha de tomarse como punto de partida la pena más grave, debidamente individualizada. El aumento no podrá ser superior a la suma aritmética de las originadas en cada una de las penas por los delitos concurrentes. El incremento punitivo, entonces, no puede corresponder a la simple acumulación de sanciones, sino que tiene que representarle una ventaja sustancial al procesado (CSJ SP 12.03.2014, rad. 42.623).

En el presente caso, la pena más grave, fijada por el homicidio agravado consumado, es de 400 meses de prisión. Para concretar el aumento en la severidad de la pena, derivada del

LEGIS móvil
www.legismovil.com

mayor contenido de injusto que entraña la repetida infracción del tipo penal, la Sala ponderará la retribución con el fin de prevención especial positiva, expresado en la función de resocialización. Ello no sólo es concreción de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (art. 3º inc. 1º CP). Tal enfoque se ajusta a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, mediante el derecho penal internacional[18].

En este caso, la pena establecida para el delito base es de 33.33 años de prisión (400 meses), sanción considerablemente alta, del todo ajustada a los criterios de retribución y prevención especial. Por sólo mencionar un referente, para los crímenes internacionales de competencia de la CPI -por cuya mayor gravedad son de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto-, la reclusión por un número determinado de años no puede exceder de 30 (art. 77-1 lit. a) del Estatuto de Roma).

Desde esa perspectiva, en el *sub exámine*, un elevado incremento punitivo por el concurso podría dejar en el vacío el propósito de resocialización del condenado. Mientras que si, en aras de la razonabilidad, se aplica un aumento mermado, se posibilitan las expectativas de reintegración social, manteniéndose en todo caso la retribución y la prevención especial negativa.

[18] De acuerdo con la jurisprudencia de la CPI, la resocialización es un componente integrante de la proporcionalidad: ICC-01/04-07, 23 de mayo de 2014, Fiscalía contra Germain Katanga, decisión relativa a la pena § 38.

LEGIS móvil
www.legismovil.com

Con base en dichas orientaciones, la Corte considera proporcionado aumentar sólo una cuarta parte de la pena establecida para el delito de homicidio agravado en tentativa (231.5 meses). Así, el incremento por el concurso será de 57.87 meses (4.82 años) de prisión.

De esta manera, la condena definitiva a imponer al sentenciado será de 457.87 meses de prisión.

Por último, es claro que, a la luz del art. 63 del CP –modificado por el art. 29 de la Ley 1709 de 2014- dado que la pena impuesta supera los cuatro años de prisión, no es posible concederle al procesado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Tampoco es viable la prisión domiciliaria, puesto que el límite mínimo legal de la pena es superior a ocho años de prisión (art. 38 B ídem).

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CASAR parcial y oficiosamente la sentencia impugnada, para condenar a PLUTARCO HINESTROZA CAVIEDES a la pena principal de 457 meses y 26 días de prisión.

No suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad ni sustituir la prisión carcelaria por domiciliaria.

LEGIS móvil
www.legismovil.com

Las demás determinaciones del fallo permanecen inmodificables.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LEGIS móvil
www.legismovil.com

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria