

TEMA: PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM. La expresión juzgado ha de entenderse en sentido amplio, como referida a cualquier etapa del proceso penal. /

TESIS: El inciso 4° del artículo 351 del C. de P.P., señala que: “los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y acusados obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”. De esa manera de antaño ha indicado la Corte Suprema de Justicia, que además de la preservación de las garantías fundamentales, el Juez de conocimiento debe velar por la salvaguarda del principio de estricta legalidad, de los delitos y de las penas, de modo que la negociación asegure que los implicados han de responder por los punibles que realmente se compaginen con su conducta y que las penas sean correlativamente proporcionales a aquellos. Para abordar el tema relacionado con el principio de Non bis in ídem, existen límites a su ejercicio que pueden ser expresos o tácitos. Entre los primeros se encuentran principios de rango constitucional como el Non bis in ídem, manifestación del debido proceso (art. 29 de la C.N), de acuerdo con el cual “quien sea sindicado...tiene derecho...a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. La expresión juzgado ha de entenderse en sentido amplio, como referida a cualquier etapa del proceso penal. Así mismo, se ha decantado su intelección como la prohibición de investigar, acusar, juzgar y sancionar a una persona que ya ha sido juzgada- absuelta o condenada, en un proceso penal anterior terminado; y, agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tenida en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal. En relación con esta última hipótesis, la Corte ha expresado la imposibilidad de que una misma circunstancia de lugar a dos o más consecuencias penales en contra del procesado o condenado, como cuando se decide aplicar una causal de agravación punitiva sustentada en un hecho, que a su vez fue tenido en cuenta como elemento constitutivo del tipo, en un caso de doble valoración. El motivo de agravación del homicidio (art. 140.3 del C.P.) es que se haya ejecutado a través del porte de un arma de fuego sin permiso para ello, conducta que justamente sanciona de forma autónoma el artículo 365 del C.P. Para el Tribunal es claro el carácter autónomo de las conductas de homicidio y porte ilegal de armas, ninguna duda existe acerca de su existencia sucesiva y luego coetánea. Ese carácter independiente, posibilita el concurso entre una y otra, pero la que atenta contra la vida en modalidad simple, o agravada por otra circunstancia que no coincida en sus elementos fácticos con la que esta sancionada a modo de tipo autónomo. Que se trata de conductas con las que se busca la protección de bienes jurídicos diferentes, no cabe duda. Sin embargo, la intención del legislador no puede desencadenar una doble sanción desconocedora de un mandato superior. En este caso corresponde al interprete entrar a valorar qué modalidad de conducta amerita una mayor protección. En este tipo de asuntos, de acuerdo con el criterio plasmado por la Corte en la última de las decisiones citadas, ha de preferirse el concurso entre los tipos autónomos, decisión plausible que acompaña este Tribunal. Con fundamento en lo anterior la decisión será confirmada.

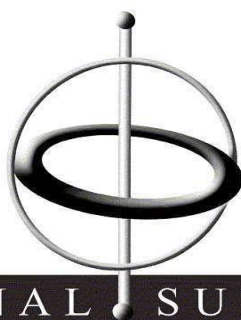
MP LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

FECHA. 15/06/2023

PROVIDENCIA. AUTO

Proceso: 050016000206 **2022-08174**
Delito: Homicidio agravado y porte arma de fuego
Imputado: Jarrison Alexis Gaviria Cartagena
Procedencia: Juzgado 29 Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Apelación auto que imprueba preacuerdo
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
No. Auto: 023-2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DECIMOTERCERA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto aprobado según acta Nro. 083

Se pronuncia la Sala, sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la decisión de la Juez 29 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín del pasado 17 de mayo, de no impartir aprobación al preacuerdo suscrito con el imputado

JARRISON ALEXIS GAVIRIA CARTAGENA por los delitos de homicidio agravado en concurso con el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

1. HECHOS

Según el escrito de acusación son los siguientes:

“Tienen desarrollo el domingo 03 de abril de 2022, cerca de un billar-gallera, ubicado en la calle 58 nro. 92A-101, barrio Blanquizal, eran aproximadamente la 1:00 a.m., dentro de este billar se presenta una pelea entre Carlos Mario Osorio Viloría, quien estaba acompañado de amigos y algunos familiares, y César Suárez Viloría, resultando herido también Jarrison Alexis Gaviria, por Carlos Mario, varios de quienes acompañaban a Jarrison y a César Suárez Viloría, sacaron armas de fuego e intimidaron a Carlos Mario y a sus familiares exigiéndoles que se fueran del lugar. Al salir del billar-gallera, el joven Jarrison Alexis Gaviria con un arma de fuego le dispara en repetidas ocasiones a Carlos Mario Osorio Viloría, y luego de que este cae herido le propina patadas en la cabeza, lesiones estas que le ocasionan la muerte”.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1 El 25 de septiembre de 2022, el Juzgado 41 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías llevó a cabo las audiencias concentradas de legalización de captura realizada por orden judicial, formulación de imputación por los delitos de homicidio agravado en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego,

accesorios, partes o municiones de conformidad con los art. 103 y 104 numeral 3° y 365 del C.P. no hubo allanamiento a cargos y le impuso medida de aseguramiento en lugar de reclusión.

2.2 El 24 de noviembre de 2022, la Fiscalía radicó el escrito de acusación en contra de **JARRISON ALEXIS GAVIRIA CARTAGENA**, correspondiéndole el conocimiento del proceso al Juzgado 29 Penal del Circuito de esta ciudad. La audiencia de formulación oral de los cargos se instaló el 19 de diciembre de esa misma anualidad, momento en que la fiscalía indicó que se mutaba el objeto de la diligencia porque se había llegado a un preacuerdo con el imputado y su defensa.

De esa manera, la fiscalía luego de hacer un recuento de los hechos jurídicamente relevantes tal y como constan en el escrito de acusación, recordó que la imputación se realizó por los delitos de homicidio agravado descrito y sancionado en los art. 103 y 104 numeral 3° que refiere *“La pena será de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:*

3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código”, en concurso con el delito de porte de arma de fuego descrito en el art. 365 del C.P.

Enseguida dijo que los términos del preacuerdo consistían en *“quitarle el agravante al delito de homicidio, como una ficción legal quedando en homicidio simple y porte simple, quedando la pena definitiva en 216 meses para el homicidio y 24 meses más por concurso con el porte, quedando la pena en total en 240 meses o lo que es igual 20 años de prisión”*. Finalmente, dio traslado de los medios de convicción que sustentaron su petición¹.

La audiencia se suspendió para que tanto la Juez como las demás partes estudiaran los elementos allegados por la fiscalía, pero antes la funcionaria de primera instancia interrogó al procesado sobre su voluntad libre y sin coacciones para aceptar de los cargos, si en efecto, esos eran los términos de la negociación y si había sido asesorado en debida forma por su defensor, respuestas que fueron respondidas de manera afirmativa.

Posteriormente el 17 de mayo de 2023 se dio continuación a la audiencia de preacuerdo, en la que inicialmente el delegado del Ministerio Público dijo no oponerse a la negociación entre la fiscalía y el ciudadano Jarrison Alexis Gaviria y su defensor, porque luego de valorar los elementos materiales probatorios encontró acreditados los requisitos del art. 327 del C. de P.P., con los cuales se derrumba la presunción de inocencia a favor del imputado. Agregó que en este evento no hay un descuento desbordado y que se humaniza el proceso penal².

La defensa solicitó que el preacuerdo fuera avalado, porque existe un mínimo de tipicidad, no se desprestigia la administración de justicia y como única contraprestación se le está quitando el agravante al delito de homicidio³.

La madre de la víctima estuvo presente en la audiencia, pero no se pronunció al respecto.

3. LA DECISIÓN RECURRIDA

La juez de instancia luego de hacer una relación de los hechos jurídicamente relevantes por los cuales se le imputó a Gaviria Cartagena los delitos de homicidio agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego, de los art. 103,104 numeral 3° y 365 del

C.P., advirtió que en este evento el preacuerdo se presentó cuando se convocó para audiencia de acusación.

Enseguida destacó que, sin duda, las negociaciones satisfacen plenamente las finalidades del proceso penal y el derecho de las víctimas, siempre y cuando se enmarquen en los parámetros y las reglas establecidas en la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia que los ha venido desarrollando y que el control judicial debe comprender dos aspectos específicos, el primero tiene que ver con la verificación de los medios de convicción que la fiscalía aporte, los cuales deben acreditar ese mínimo de tipicidad, y el segundo, que el beneficio que se ofrezca corresponda a esa justicia premial al punto que el procesado a cambio de renunciar a sus derechos y garantías procesales, reciba ciertas repercusiones punitivas que le favorezcan, bajo esas condiciones el preacuerdo debe responder a una clara tipicidad estricta en el marco del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Advirtió que, en este asunto, luego de la revisión de los medios de convicción y de la descripción típica de la conducta delictiva que el imputado aceptó, encontró que, en efecto, le fueron imputados los delitos previstos en el art. 103 y 104 numeral 3° que aumenta la pena del delito de homicidio cuando se comete por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código. Es claro, que el delito previsto por el legislador en el art. 365 se encuentra inserto en dicho aparte, pues se trata de una conducta que atenta contra la seguridad pública. No obstante, desde la imputación la fiscalía elevó la punibilidad de la conducta delictiva con base precisamente en el mismo marco fáctico que posibilitó atribuir el concurso heterogéneo con el delito contra la seguridad pública. En su criterio, esa doble imputación de un mismo supuesto fáctico afecta el principio de legalidad de los delitos y el de *non bis in ídem* como garantía del debido proceso, pues una persona no puede recibir dos sanciones por un mismo supuesto fáctico.

Dijo que, en este caso, el uso ilícito del arma de fuego efectivamente acreditado con la certificación de la autoridad competente donde se determina que Jarrison Alexis no cuenta con permiso de autoridad para su porte, es exactamente el mismo marco fáctico y probatorio que permite la imputación por el concurso heterogéneo, lo que, insiste en su criterio, no responde al principio de legalidad y afecta el principio de *non bis in ídem*. Por tanto, no resulta adecuado que se le ofrezca al acusado como beneficio suprimir una circunstancia de agravación punitiva que resulta contraria a los estándares legales que regulan el principio de tipicidad estricta, pues no puede habersele imputado al ciudadano la circunstancia de agravación del art 104 numeral 3° toda vez que también se le imputó el art. 365 del C.P., bajo esas condiciones se configura un primer argumento para improbar el preacuerdo.

De otro lado, advirtió que la fiscalía y la defensa han errado al generar un beneficio punitivo que excede los marcos de progresividad y de la estructura del proceso penal y los beneficios punitivos de cada una de las etapas que lo conforman, pues se dijo que se acordaba, por el delito de homicidio una pena de 216 meses más 24 meses por el concurso para un total de 240 meses, en ese sentido, es claro que ese descuento punitivo supera el 50% del beneficio al que podría tener acceso el acusado si se hubiese allanado desde la formulación de imputación, toda vez que retirar la circunstancia de agravación punitiva en el evento en que hipotéticamente no se aceptara que no podía concurrir, conlleva a una rebaja punitiva de 32 meses más de lo que correspondería a ese 50% y eso desdibuja el principio de progresividad.

Indicó que no consulta las finalidades de los preacuerdos, que una vez ya radicado el escrito de acusación y convocado a la audiencia correspondiente para su formulación, resulte el imputado beneficiándose de una manera más significativa, que si lo hubiera hecho desde el allanamiento a cargos. Por esas razones improbó la negociación⁴.

El delegado de la fiscalía interpuso el recurso de apelación.

4. DEL RECURSO

El fiscal solicitó a este Tribunal que se revoque la decisión de la *a quo* en atención a que, de un lado, la jurisprudencia ha sido clara en indicar que, cuando se impone un agravante por el porte de arma en un delito contra la vida son dos intereses jurídicos totalmente diferentes, uno que protege la vida y otro, la seguridad pública, por eso se puede agravar y a la vez imponer la sanción por el delito autónomo.

Y de otro, recordó que no ha sido pacífica la jurisprudencia sobre las rebajas en sede de aceptación de cargos y preacuerdos, en el primero, hay unos topes mínimos de acuerdo a la etapa procesal en la que se allane el procesado y en el segundo, no existe esa diferenciación, pues tal y como se hizo en este caso, se puede pactar la pena bajo la figura de la ficción legal⁵.

5. DE LOS NO RECURRENTES

El delegado del Ministerio Público no hizo uso de la palabra.

La defensa sostuvo en primer lugar que podía tener razón la juez de primera instancia, porque sí se puede afectar el principio de *non bis in ídem*, como ocurre por ejemplo cuando se imputan los delitos de concierto para delinquir con fines de extorsión y éste

último, además como conducta autónoma. Reconoció que al momento de realizar el preacuerdo no se percató de esta situación, por eso en caso de que le asista razón a la juez de instancia, es claro que no se le puede agravar la situación de esta manera a su representado, sobre todo cuando la pena es alta.

En segundo término, indicó que en caso de que este Tribunal convalide la postura del delegado de la fiscalía, solicitó se imparta aprobación al preacuerdo, toda vez que hay una errada interpretación de la rebaja, y en este caso, lo que se hizo fue suprimir la circunstancia de agravación, como ficción, y se le impuso una pena alta por el delito de porte de armas. Agregó que en este evento no se aplica art. 350 numeral 1° del C. de P.P., porque no procede la rebaja por porcentajes. Solicitó analizar a fondo la situación⁶.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 De conformidad con lo dispuesto en el art. 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004, esta Sala de Decisión es competente para desatar el recurso de apelación que interpusiera la fiscalía, contra la decisión de la Juez 29 Penal del Circuito de esta ciudad de improbar el preacuerdo celebrado entre las partes en la actuación penal que se sigue en contra Jarrison Alexis Gaviria Cartagena, por las conductas punibles de homicidio agravado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

6.2 Antes de descender al objeto de la censura, es necesario realizar dos aclaraciones preliminares, la primera tiene que ver con que ha sido criterio de quien funge como ponente en este asunto, abstenerse de resolver la alzada cuando sólo una de las partes interpone el recurso de apelación contra el auto que imprueba un preacuerdo. La razón

tiene que ver con el carácter bilateral del instituto que obliga la insistencia en su aprobación por vía de recursos, de consuno por sus protagonistas, Fiscalía y acusado, pues de lo contrario se entendería que la parte no recurrente está conforme con la decisión del juez, lo que significa su retractación. Los demás integrantes de la Sala han entendido que siempre ha de resolverse de fondo la apelación.

No obstante lo anterior, en el *sub judice*, se evidencia que la defensa si bien es cierto, al momento de interponer los recursos manifestó que no deseaba hacerlo, también lo es que, en su intervención como no recurrente solicitó, de un lado, que la decisión fuera confirmada, pues no tenía claridad sobre el tema de la violación al principio *non bis in idem* cuando se imputaba el delito de homicidio agravado por el numeral 3° del art. 104 del C.P y el porte de arma de fuego como conducta autónoma. De otro, solicitó que se impartiera aprobación al preacuerdo en los términos en que fue pactado, porque se equivocaba la a quo al tener en cuenta para su improbación, la etapa procesal en que se suscribió. La actitud titubeante de la defensa aconseja a la Sala resolver de fondo el recurso planteado por la fiscalía.

Y la segunda está relacionada con la pena privativa de la libertad para el delito de homicidio agravado anunciada por la fiscalía, quien resaltó que “*La pena será de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses de prisión*”, de conformidad con la Ley 2197 de 2022, que aumentó las penas en esa proporción; no obstante, la Corte Constitucional¹ declaró inexecutable el incremento de la pena establecida para el delito de homicidio agravado (previsto en el art. 27 de la Ley 2098 de 2021, subrogado por el inciso 1° del artículo 8° de la Ley 2197 de 2022), por ser contrario al principio de proporcionalidad y razonabilidad de las penas. Por lo tanto, la sanción para la conducta punible que hoy se investiga parte de 400 a 600 meses de prisión.

¹ Sentencia C-838 de 2022

6.3 Hechas estas aclaraciones, se encargará la Sala de establecer si acertó la funcionaria de primera instancia en su decisión de improbar el preacuerdo suscrito entre la fiscalía y Jarrison Alexis Gaviria Cartagena -con el aval de su defensor- por estimar en primer lugar, que los términos de la negociación, afecta los principios de legalidad y *non bis in ídem*, al imputarle al acusado los delitos de homicidio agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego, art. 103 y 104 numeral 3° y 365 del C.P. y, en segundo término, porque el descuento punitivo pactado configura un descuento mayor al que se debe otorgar en esta etapa procesal.

Se anticipa desde ya que la decisión objeto de alzada será confirmada.

6.4 El inciso 4° del artículo 351 del C. de P.P., señala que: *“los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y acusados obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”*.

De esa manera de antaño ha indicado la Corte Suprema de Justicia, que además de la preservación de las garantías fundamentales, el Juez de conocimiento debe velar por la salvaguarda del principio de estricta legalidad, de los delitos y de las penas, de modo que la negociación asegure que los implicados han de responder por los punibles que realmente se compaginen con su conducta y que las penas sean correlativamente proporcionales a aquellos⁷.

6.5 Aterrizando al caso bajo examen, a Jarrison Alexis Gaviria Cartagena le fue imputada por la Fiscalía General de la Nación la autoría responsable de la conducta punible de homicidio agravado descrito y sancionado en el art. 103 y 104 numeral 3° del C.P., es decir, cuando se comete *“por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código”*, en concurso con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de

fuego, accesorios, partes o municiones, art. 365 ídem. Los mismos cargos fueron incorporados en el respectivo escrito de acusación. Sin embargo, cuando se iba a dar inicio a la audiencia de formulación oral de los cargos la fiscalía anunció haber realizado una negociación con el procesado y su defensa. Ella consistió en que a cambio de la aceptación de su responsabilidad “*y como una ficción*” se le quitaría el agravante al delito de homicidio, quedando en simple y porte ilegal de armas de fuego, pactándose una pena definitiva de 216 meses por el primero y 24 meses más por el concurso con el porte, para un total de 240 meses o lo que es igual 20 años de prisión.

La *a quo* tras verificar la aceptación de los cargos por parte del procesado en los términos atrás descritos, decidió no aprobar el preacuerdo porque en su opinión, se vulneraban los principios de legalidad y *non bis in ídem* al imputársele el agravante contenido en el numeral 3° del art. 104 del C.P., que hace alusión precisamente a que la conducta punible se lleve a cabo por medio de cualquiera de los delitos contra la seguridad pública, para el caso concreto resaltó que el atentado contra la vida de Carlos Mario Osorio Villoria y que se concretó en su fallecimiento, se produjo por medio de un arma de fuego que accionó Jarrison Alexis, y a su vez, se le imputó el punible descrito en el art. 365 ídem, como delito autónomo, pues Gaviria Cartagena no contaba con permiso para portar un arma de fuego, lo que implica que ambas conductas se soportan en el mismo supuesto fáctico.

Por su parte la fiscalía indicó que dicha imputación era permitida, por cuanto ambas conductas punibles protegían bienes jurídicos diferentes, el de la vida y el de la seguridad pública, por eso era factible agravar el delito de homicidio e imputar el porte ilegal de armas de fuego.

6.6 Para abordar el tema relacionado con el principio de *Non bis in ídem*, ha de empezar por recordarse que el legislador goza de un importante margen de discrecionalidad en su

facultad de configuración normativa en materia penal², que le permite crear, modificar o suprimir delitos, clasificarlos, fijarles las penas a imponer a quienes en ellos incurran, establecer circunstancias que agraven o atenúen las penas a imponer y establecer las reglas de procedimiento aplicables a cada caso. Sin embargo, una tal potestad no es absoluta. Existen límites a su ejercicio que pueden ser expresos o tácitos. Entre los primeros se encuentran principios de rango constitucional como el *Non bis in ídem*, manifestación del debido proceso (art. 29 de la C.N), de acuerdo con el cual “*quien sea sinidicado...tiene derecho...a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*”. La expresión *juzgado* ha de entenderse en sentido amplio, como referida a cualquier etapa del proceso penal. Así mismo, se ha decantado su intelección como la prohibición de investigar, acusar, juzgar y sancionar a una persona que ya ha sido juzgada- absuelta o condenada-, en un proceso penal anterior terminado; y, agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

En relación con esta última hipótesis, la Corte ha expresado la imposibilidad de que una misma circunstancia de lugar a dos o más consecuencias penales en contra del procesado o condenado, como cuando se decide aplicar una causal de agravación punitiva sustentada en un hecho, que a su vez fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo, en un caso de doble valoración.

Como requisitos para entender configurada la prohibición, la Corte ha insistido en que debe verificarse: i. que la conducta agravada recaiga sobre el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; ii. que la investigación o sanción a imponer se fundamente en idénticos ordenamientos jurídicos punitivos (penal, disciplinario, fiscal, etc); iii. que la causal de agravación persiga finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico;

² Sobre el principio non bis in ídem ver CS de J SP1800-2021, 50652

iv. que la causal de agravación carezca de un móvil que la justifique, de suerte que no pueda considerarse que se trata de una modificación de responsabilidad sustentada en circunstancias de tiempo, modo y lugar que acrediten una mayor lesividad en el bien jurídico tutelado³.

6.7 Realizadas las anteriores precisiones teóricas, ha de advertirse que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha tratado en dos decisiones el caso concreto de que se ocupa hoy el Tribunal. En la primera de ellas, bajo radicado 27.383 del 25 de julio de 2007, donde se juzgó a quien empleó en la ejecución de los ilícitos contra la vida una granada, avaló la posibilidad de un concurso de homicidios y tentativa de homicidios todos agravados con fundamento en la causal 3 del artículo 104 del C.P.⁴ a su vez en concurso con porte ilegal de municiones, descartando cualquier posibilidad de violación del *non bis in ídem*. En la segunda, bajo el radicado SP1328-2021, 48.468 del 14 de abril de 2021, la mención al punto se hizo a título de *obiter dictum*, ello, en razón a que en dicha actuación solo se habló de homicidio y se cuestionó que se hubiese incluido en la acusación la agravante del artículo 104.3 que no aparecía en la imputación. En esa oportunidad la Corte sostuvo lo siguiente:

“La Corte ha precisado que en eventos similares al presente (homicidio ejecutado con armas de fuego de la que se carezca de permiso para su porte), concurren los dos ilícitos, y más todavía, que puede presentarse el concurso de homicidio agravado por el empleo de armas y el porte ilegal del arma. Así por ejemplo, en la sentencia del 25 de julio de 2007, dentro del radicado 27383, examinó el caso del autor de un concurso de homicidios agravados y tentativa de homicidios igualmente

³ Sentencia C-521/09

⁴ Ejecutar el homicidio “Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el capítulo II, título XII y en el capítulo I, título XIII, libro segundo de este código”

agravados, que empleó en la ejecución de los ilícitos una granada, decisión en la cual consideró legal la pena que se le impuso teniendo en cuenta que:

“El primer comportamiento desplegado por el procesado y que de suyo interesó al ius puniendi, fue el de portar el objeto (granada de fragmentación) de uso privativo de las Fuerzas Armadas, de modo que con la tenencia no autorizada del artefacto letal se afectó la seguridad ciudadana, pues ésta es una conducta por sí misma peligrosa que motiva respuesta penal dada la lesividad propia que lo caracteriza derivada de su consideración como delito de peligro abstracto.

La preparación del hecho homicida llevó aparejada la selección del instrumento que sería utilizado con tal propósito, de donde se tiene que desde momentos anteriores al despliegue del quehacer lesivo de la vida e integridad física de varias personas se estaba ejecutando la acción típica prevista en el artículo 366 del Código Penal, la que en un todo resultó independiente de los punibles finalmente ejecutados pues su carácter antijurídico no está atado a la afectación de otros bienes jurídicos. Además, el carácter permanente de dicho punible permite que también se presente en forma coetánea con los homicidios, de donde se tiene que el concurso no sólo fue sucesivo sino simultáneo.

Cuando se emprende la acción homicida con el arma explosiva, se está ante unas nuevas circunstancias pues el delito contra la seguridad ciudadana se encuentra en ejecución, dada la ejecución constante que reviste el mismo en el tiempo. En estas circunstancias, la sanción calificada-agravada del ataque a la vida e integridad física de varias personas resulta autónoma e independiente respecto al desvalor normativo que representa la primera de las acciones”

La circunstancia del porte del arma es independiente y previa a los homicidios ejecutados con la misma, de donde se puede observar con absoluta diafanidad que se trata de la sanción de unos hechos que se moldean de acuerdo con circunstancias diferentes, surgiendo a partir de ellos plena validación y legalidad de las penas impuestas, con lo que se descarta cualquier violación a la prohibición de la doble incriminación por el mismo hecho.

Pero así mismo, la existencia del concurso real entre homicidio agravado por la utilización de la granada y el porte del arma la dan (i) la naturaleza óptica diferente de los comportamientos, (ii) su carácter sucesivo y coetáneo y (iii) los bienes jurídicos afectados con las acciones típicas. La intención de portar el arma no desaparece por la utilización del arma misma con fines homicidas, de donde surge necesaria la autonomía de los tipos y el carácter agravado del homicidio.

Lo dicho se constata cuando se observa que tanto desde la perspectiva objetiva – por la independencia y connotación de cada hecho típico–, como desde el plano subjetivo –intencionalidad y voluntad del procesado–, las acciones punibles tienen autonomía y por ello deben ser sancionadas en forma concurrente. Perfeccionado el primer delito con el porte del arma, artículo 366 citado, las acciones del segundo punible dirigidas contra la vida de unas personas, con resultados que al mismo tiempo fueron consumados y tentados, por la cantidad de víctimas, no se deja duda en cuanto a que los homicidios cometidos –agravados ya por la utilización del medio señalado en la norma–, se presenten en concurso con la infracción inicialmente ejecutada.

...

Por lo demás, la previsión legal de la agravante para el homicidio ejecutado “por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en

el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo” del Código Penal, no está concebida para impedir la presencia de un concurso de delitos entre el homicidio y cualquiera de los previstos en el citado aparte normativo, amén que desde la perspectiva político-criminal resulta adecuado y necesario que todos aquellos hechos que producen o generan grave alarma social, como ocurre en el asunto sub examine, sean merecedores de la mayor reacción punitiva legalmente permitida.

En fin, y como lo ha dicho la Sala al resolver asuntos a la luz de otras agravantes⁵, en casos como este: si la segunda conducta se lleva a cabo, así sea sólo a título de tentativa, la persona es responsable de ella. En este contexto, por consiguiente, no existe doble castigo por la misma circunstancia.”

La Corte entendió que el concurso resulta admisible sin excluir la agravante en cita, con base en las siguientes razones: Primera, por tratarse de dos comportamientos que desde una perspectiva ontológicamente son diferentes, cuya existencia los presenta como fenómenos en principio sucesivos y luego coetáneos, dado el carácter permanente del delito contra la seguridad pública cuya existencia se consolidó previo al punible de homicidio.

En segundo lugar, consideró trascendental el que protegen bienes jurídicos diferentes y perfectamente identificables en su individualidad. Al tipificar como delito el homicidio se buscó proteger el bien jurídico de la vida y al hacerlo con el porte ilegal de armas quiso salvaguardar la seguridad pública.

⁵ Sobre el concurso de homicidio agravado del artículo 104-2 con hurto, véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de octubre de 2004, radicación 19937, entre otras.

Tercera, sancionan intencionalidades igualmente particularizables. En otros términos, cada conducta se sustenta en un desvalor de acción diferente. El porte de armas reprocha la decisión de portar el arma, en sus diferentes manifestaciones conductuales, sin permiso de autoridad competente para hacerlo, conducta con la cual se presume la puesta en riesgo de la seguridad pública, por entrañar un peligro común. El objeto de reproche en el homicidio agravado, por el contrario, se posa sobre la decisión de utilizar aquel elemento ilegalmente poseído como herramienta de la ejecución criminal, incrementando las probabilidades de alcanzar el resultado perseguido. Se trata, en sentir de la Corte, de dos supuestos fácticos perfectamente diferenciables.

Cuarta, tiene que ver con la existencia de razones de política criminal que tienen en cuenta la mayor gravedad de la conducta de homicidio en aquellas circunstancias ejecutada. Expresado de diferente manera, en sentir de la Corte, la acción e intencionalidad del porte del arma no desaparece por su utilización con fines homicidas, razón suficiente para penarlas a título de concurso sin riesgo de soslayar el canon constitucional de *Non bis in idem*.

6.8 El criterio jurisprudencial ya había sido expuesto en términos semejantes y en asuntos que pueden resultar análogos. Uno de ellos tuvo que ver con un asunto en el que se juzgaba un concurso entre delitos de hurto agravado por la circunstancia del artículo 241.10- por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto, en concurso con porte ilegal de armas agravado por la circunstancia del artículo 365.5- obrar en coparticipación criminal-⁶. En esa oportunidad la Corte planteó los mismos argumentos acabados de destacar y resaltó el carácter objetivo de la circunstancia común a las dos delincuencias, pero al mismo tiempo le otorgó trascendencia al hecho de que ellas no formaran parte de ninguno de los tipos penales básicos, por tratarse de

⁶ CS de J SP7473-2016, 47545

circunstancias accidentales, es decir, que pueden ocurrir o no sin que ello afecte la existencia de los punibles. Sin embargo, a renglón seguido agregó:

Esto, para diferenciar tal circunstancia de los eventos en que sí hace parte del tipo penal, como en el concierto para delinquir en cuyo caso es patente la prohibición de tenerla en consideración doblemente: como parte estructurante del tipo y como causal de agravación.

En otra oportunidad⁷ avaló el concurso entre un delito de homicidio simple con la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58.10- obrar en coparticipación criminal- en concurso con porte ilegal de armas agravado por la circunstancia 365.5. En aquella ocasión insistió en que ha de repararse *igualmente que la actuación asociada en el reato no integra los tipos penales por los cuales cursa el presente proceso- como sí acontece con el delito de concierto para delinquir-*.

6.9 No obstante, con posterioridad a estas dos decisiones, la Corte evaluó el tema de posible violación al principio que proscribía la doble incriminación en punto del posible concurso entre el hurto agravado por la coparticipación criminal, de que trata el artículo 240 numeral 10 y el punible de concierto para delinquir. En esta oportunidad arribó a una conclusión diametralmente opuesta, al entender que con un tal proceder se sanciona dos veces un mismo supuesto fáctico y con ello el referido precepto constitucional. Esto dijo la corporación de cierre:

“2.1. Para el demandante, la sentencia del Tribunal vulneró el artículo 29 de la Constitución Política porque desconoció la garantía de non bis in ídem en la medida que consideró simultáneamente el motivo de agravación contenido en el

⁷ CS de J AP2150-2018, 51741

numeral 10° del artículo 241 del Código Penal y el delito de concierto para delinquir del artículo 340 del Código Penal, que tienen el mismo soporte fáctico, esto es, perpetrar el hecho punible por plural número de personas.

2.2. Pues bien, acorde con la jurisprudencia constitucional⁸ y penal⁹, el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho —non bis in ídem—, establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, comprende las siguientes hipótesis:

a) La prohibición de investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya ha sido juzgada en un proceso penal anterior, sea que haya sido absuelta o condenada.

b) La prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

Esta última hipótesis se presenta en el caso examinado porque el motivo de agravación contenido en el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal, referido a que dos o más personas hubiesen acordado cometer el hurto, coincide con los elementos centrales de la descripción típica del delito de concierto para delinquir del artículo 340 del Código Penal.

En efecto, el artículo 340 del Código Penal sanciona la conducta de concertarse con el fin de cometer hechos delictivos, mientras que el numeral 10° del artículo

⁸ Cfr. Sentencias C-006-03, C-229-08, C-521-09, C-464-14, entre otras.

⁹ Cfr. CSJ Sentencias del 31/10/12, rad. 39489, 10/4/13, rad. 40916, entre otras.

241 del Código Penal agrava la sanción, entre otras hipótesis, cuando es cometido «por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto».

Sobre el particular, la Corte ha precisado que «cuando varias personas se reúnen o acuerdan cometer un hurto, circunstancia que agrava la conducta, su imputación excluye el concierto para delinquir, del mismo modo que este impide la imputación de esa causal y no el concurso entre ambos delitos, si la asociación reúne las características propias del atentado contra la seguridad pública...En el asunto, se imputó el concierto para delinquir por el número de partícipes y el modus operandi en la ejecución del delito de hurto, al mismo tiempo que el atentado contra el patrimonio fue agravado por la pluralidad de personas, lo que evidencia la transgresión de la garantía de non bis in ídem» (CSJ SP 24/10/12, rad. 35116; 8/2/12, rad. 38060).

En otras palabras, la causal de agravación punitiva-ser cometido por dos o más personas que se hubiesen reunido o acordado para cometer el delito-se refiere a la misma circunstancia tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal de concierto para delinquir, por manera que se infringe el principio non bis in ídem al considerarlas en forma simultánea.

Por demás, tanto el delito autónomo como la agravante buscan sancionar con mayor rigor a quienes acuerdan la comisión de delitos, con el propósito de salvaguardar la seguridad pública, indiscutiblemente afectada cuando se pacta la comisión de delitos indeterminados o la realización de un específico hecho delictivo.

Adicionalmente, la sanción, en ambos casos, se establece en el ordenamiento punitivo nacional, luego ambas comparten el mismo fundamento normativo. Y, por último, persiguen finalidades iguales, es, decir, reprochar penalmente el acuerdo criminal para la comisión de conductas delictivas, con lo cual se satisface la triple exigencia de identidad de sujeto, objeto y causa.

*Obró correctamente la primera instancia, en consecuencia, al desestimar la circunstancia de agravación del delito de hurto a efectos de no sancionar dos veces el mismo supuesto fáctico, con mayor razón cuando, en el caso analizado, el concierto para delinquir tiene un espectro más amplio y se identifica de mejor manera con el actuar de los procesados, en la medida que como integrantes del grupo delincencial orientaron su comportamiento a cometer pluralidad de delitos, entre ellos, secuestro, hurto, porte de armas”.*¹⁰

En criterio de la Sala, en esta última decisión se resalta u otorga prelación al aspecto eminentemente fáctico y se dejan de lado las otras premisas que sirvieron de sustento a la posición inicialmente expuesta. Veamos: se trata de dos conductas independientes, perfectamente identificables en el tiempo. Primero debió ser el concierto para delinquir y luego, en ejecución de su objeto, el hurto a través de un número plural de agentes. En segundo lugar, se trata de conductas que lesionana bienes jurídicos diferentes, la seguridad pública y el patrimonio económico. En tercer lugar, propician desvalores de acción diferentes, uno el de asociarse con fines delictivos indeterminados y otro el asociarse para ejecutar un atentado en contra del patrimonio económico. Sin embargo, tal como lo resaltarán las decisiones citadas al final del aparte previo, el factor diferencial trascendente en el caso del concierto para delinquir tiene que ver con que este delito abarca la totalidad de la descripción típica o fáctica mejor, que corresponde a la

¹⁰ CS de J Sentencia SP1549-2019, 49647 del 30 de abril de 2019

agravante. Este, se insiste es el único factor diferenciador de las hipótesis tratadas en las decisiones que admiten el concurso, de aquella que no lo admite por considerar que da lugar a una doble valoración en perjuicio del sentenciado.

6.10 En el asunto bajo examen, no queda clara la razón para no aplicar el criterio esgrimido por la Corte respecto del posible concurso entre concierto para delinquir y la agravante del hurto por coparticipación criminal. En efecto, sin desconocer que se trata de conductas diferentes, que tutelan bienes jurídicos diferentes, resulta incuestionable admitir que la circunstancia agravante del homicidio contiene la totalidad de elementos descriptivos del punible de porte ilegal de armas. Es tan claro y evidente lo expresado, que la circunstancia agravante simplemente remite a la descripción del 365 sin adición alguna. Tampoco queda clara la razón para no poder afirmar que tanto la agravante del homicidio como el porte ilegal de armas buscan sancionar con severidad a quien porta y usa un arma sin permiso, con la intención de salvaguardar la seguridad pública, que se ve amenazada no solo con el porte sino con la utilización del elemento en la ejecución criminal. En otras palabras, puede decirse que una y otra norma buscan sancionar el mismo supuesto fáctico, con fundamento en el mayor riesgo que ello representa para la seguridad pública, de allí que no puedan coexistir bajo una misma imputación.

En otros términos, no cabe duda de que se está agravando el delito de homicidio con base en un supuesto fáctico que ya fue considerado como elemento estructural de una delincuencia básica independiente que, dicho sea de paso, se sanciona con suficiente severidad por sí misma como para hacerlo por segunda vez. Se pretende sancionar por una circunstancia perteneciente a un subtipo agravado y a un tipo penal autónomo diferente al que se refiere el subtipo derivado. El motivo de agravación del homicidio (art. 140.3 del C.P.) es que se haya ejecutado a través del porte de un arma de fuego sin permiso para ello, conducta que justamente sanciona de forma autónoma el artículo 365

del C.P. Para el Tribunal es claro el carácter autónomo de las conductas de homicidio y porte ilegal de armas, ninguna duda existe acerca de su existencia sucesiva y luego coetánea. Ese carácter independiente, posibilita el concurso entre una y otra, pero la que atenta contra la vida en modalidad simple, o agravada por otra circunstancia que no coincida en sus elementos fácticos con la que esta sancionada a modo de tipo autónomo.

Que se trata de conductas con las que se busca la protección de bienes jurídicos diferentes, no cabe duda. Sin embargo, la intención del legislador no puede desencadenar una doble sanción desconocedora de un mandato superior. En este caso corresponde al interprete entrar a valorar qué modalidad de conducta amerita una mayor protección. En este tipo de asuntos, de acuerdo con el criterio plasmado por la Corte en la última de las decisiones citadas, ha de preferirse el concurso entre los tipos autónomos, decisión plausible que acompaña este Tribunal.

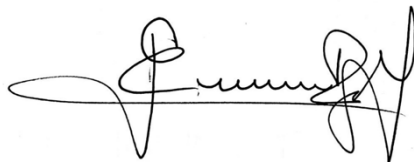
Con fundamento en lo anterior la decisión será confirmada.

6.11 Al confirmarse la decisión por el motivo expuesto, el Tribunal se ve relevado de pronunciarse en punto del segundo de los argumentos esgrimidos por la a quo, pues ya no existe una rebaja de pena acordada que admita algún juicio de valor.

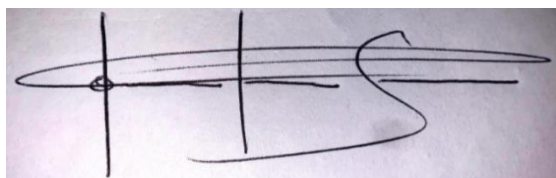
Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley, **CONFIRMA** el auto proferido por la Juez 29 Penal del Circuito de esta ciudad el pasado 17 de mayo de este año que improbió el preacuerdo celebrado entre las partes.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no procede recurso.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO**



**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO**



**NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO**