



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado Ponente

SP2847-2020

Radicación no. 52567

Aprobado Acta No. 162

Bogotá, D.C., cinco (05) de agosto de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Geovanny Osorio Pineda y Daniel Contreras Balbuena, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 31 de enero de 2018, que con algunas modificaciones, confirmó la decisión emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad y condenó a los procesados a las penas principales de 396 y 325,33 meses de

prisión, como coautores de los delitos de tentativa de homicidio agravado, hurto calificado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de enero de 2012, María del Socorro Gutiérrez Trujillo y Hernando González Agudelo, trabajadores del Hogar Infantil Timanco de Neiva, retiraron del Banco BBVA ubicado en el Centro Comercial Metropolitano de dicha ciudad la suma de \$9.910.705. A la altura de la carrera 16 con calle 4° fue interceptado el vehículo en que se desplazaban por dos hombres que se movilizaban en una motocicleta, siendo amenazados con un arma de fuego, presentándose un forcejeo entre el asaltante, quien pretendía apoderarse inicialmente de las llaves del rodante y el conductor del carro, a quien aquél golpeó con el artefacto bélico. Enseguida y en orden a vencer su resistencia, hizo un disparo a la puerta del automotor, logrando intimidar a la mujer quien decidió entonces entregar su cartera. Antes de huir del lugar el agresor le hizo un disparo en el pecho a González Agudelo, afectándole gravemente el lóbulo pulmonar derecho y compromiso óseo, quien con una adecuada evolución en UCI en el Hospital de Neiva logró salvar su vida. Los ladrones huyeron con el dinero, un bolso de María del Socorro con documentos y dinero personales y un celular. Pasados unos días de sucedidos los hechos, las víctimas reconocieron a los

asaltantes al ver su fotografía publicada en un periódico de circulación local.

En efecto, el 16 de febrero de 2012 Geovanny Osorio Pineda y Daniel Contreras Balbuena, fueron capturados en flagrancia, cuando perpetraban delitos de igual índole en contra de un comerciante en la ciudad de Neiva, hechos por los cuales fueron cobijados con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

A su turno, el 23 de julio siguiente por los sucesos de este proceso, ante el Juez Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Neiva, la Fiscalía imputó a éstos los delitos de homicidio agravado en grado de tentativa, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego, imponiéndoles a su vez medida restrictiva de la libertad de igual naturaleza.

Una vez presentado escrito de acusación por los referidos delitos de homicidio agravado en grado de tentativa (Arts. 27, 103, 104.3 y 7 del C.P), hurto calificado y agravado (Arts. 239, 240.2 y 241.10 id.) y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, agravado (Art. 365 id. Modif. Art. 11 de la Ley 1453 de 2011, inciso 3 num. 5), e imputada la circunstancia de mayor punibilidad del Art. 58.10, la audiencia de su formulación se verificó el 3 de diciembre de 2012.

Tramitadas las fases preparatoria y del juicio oral, se emitieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos originalmente glosados.

DEMANDA

Dos cargos son postulados por el procurador judicial de los procesados contra la sentencia que hace objeto de la impugnación extraordinaria en este caso: el primero, auspiciado en la presencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas y el segundo bajo los supuestos de quebranto directo de la ley sustancial.

Primer cargo

Para el actor, el fallo está incurso en diversos errores de hecho (Art. 181.3 C. de P.P.) que lo condujeron a violar indirectamente por aplicación indebida aquellos preceptos sustanciales que describen los delitos de homicidio, hurto y porte ilegal de armas de fuego que fueron materia de imputación en este caso, dejándose a su vez de aplicar el art. 7.2 del C. de P.P., que consagrada el in dubio pro reo, mismo que ha debido favorecer a los inculpados.

Previa detenida crítica al fallo por no proceder a sintetizar los hechos de acuerdo con su criterio, sino acoger integralmente la glosa destacada por la Fiscalía sobre el episodio fáctico, acusa el actor error de hecho derivado de falso juicio de identidad, que dice estar referido al testimonio rendido por Hernando González Agudelo. Alude a las respuestas dadas por el deponente al ser interrogado sobre si conocía a las personas procesadas, así como sobre los efectos postraumáticos que dijo le quedaron después de los hechos. De igual manera cita textualmente su respuesta en lo concerniente a la manera como narra vio en un periódico la imagen de dos personas y las asoció con quienes lo asaltaron y lesionaron con armas de fuego, así como las diligencias adelantadas con posterioridad y orientadas a su reconocimiento en persona y fotográfico, una de las cuales se produjo en la cárcel, en donde “el acusado” estaba vestido con una pantaloneta y camiseta del equipo Nacional.

De la misma manera, extracta aquellos apartes en que el testigo dice reconocer a quienes lo agredieron y los señala por encontrarse en la audiencia de juicio oral, como también los referidos a la oportunidad que tuvo de ver a sus atacantes en el momento de los hechos y de cómo se desarrollaron los mismos.

Una vez realizadas copiosas transcripciones de lo expresado por este declarante y bajo el acápite “incidencia de los aspectos omitidos en el sentido y alcance del fallo”, asegura

que al comenzar el interrogatorio al testigo, el Juez le hizo una pregunta sugestiva, ya que le inquirió con sus nombres si conocía a los dos procesados, poniéndose en cuestión su imparcialidad.

De otra parte, para el actor resulta claro que fue debido al estrés postraumático con el que quedó el declarante y que lo hace creer estar viendo en todas partes a sus atacantes, que pasados dos meses asoció las personas de la fotografía de un periódico local con la de aquellos que lo atracaron.

Censura la diligencia de reconocimiento en fila de personas, bajo el entendido que el acusado fue vestido con pantaloneta y camiseta del Nacional, lo que considera irregular, de tal forma que “hasta” configura error de derecho por falso juicio de legalidad (Arts. 252 y 253 del C. de P.P.).

En estas circunstancias, asegura que nada de confiable tiene que el declarante haya señalado a los procesados en desarrollo del juicio oral, pues como lo ha advertido doctrina del Tribunal de Medellín que cita, en estos casos esta clase de reconocimientos obedecen a la sugestión que pudo tener el testigo, sucediendo lo propio cuando el Juez le pregunta si antes de sucedidos los hechos pudo observar a los procesados y aquél contestó que en efecto los pudo ver cuando entró en un terreno destapado.

En el mismo orden de su crítica probatoria, hace notar que cuando el declarante es preguntado si con el casco también podría reconocer a sus atacantes, da una respuesta en su criterio “vaga e imprecisa”, sin indicar sus rasgos físicos ni otras características, limitándose a sostener que los reconoce

Con este panorama, para el demandante es claro que no podía esperarse una decisión favorable a los procesados, no obstante advertirse por el propio deponente que les guardaba animadversión, elemento que asegura pone en entredicho la deducción de responsabilidad.

También por error de hecho derivado del mismo defecto de apreciación, acusa el actor el testimonio de Socorro Gutiérrez Trujillo.

Previa cita de su narración, comienza por afirmar que el señalamiento que la testigo hizo en su momento de los acusados en la página de un periódico no fue espontáneo sino inducido por González Agudelo, como se desprende de su propio relato, en el que ella manifiesta que él le dijo “*ese era el que nos disparaba... ese es, cierto que si...*”.

Por sus respuestas, hace notar el libelista que la testigo tampoco supo responder cuáles eran las características de los cascos que usaron los autores del latrocinio y al confundir la

respuesta indicó que la forma de la cara era como la de las personas que tuvo presentes y a quienes había señalado en el salón de la audiencia. En ese sentido encuentra que la pregunta relacionada con la forma de los cascos por el Juez también fue sugestiva.

Una vez más, dentro del acápite “*Incidencia de las partes omitidas en la decisión tomada en el fallo*”, extrae el casacionista sus conclusiones valorativas, enfatizando en que el reconocimiento de los asaltantes por parte de la testigo no fue espontáneo, sino sugerido por su compañero, quien sufre estrés postraumático y seguramente debido a tal confusión los señaló, misma razón por la cual la testigo los indicó en el juicio. En el mismo orden hace notar que ninguno de los testigos, salvo a través de las preguntas sugestivas del Juez, fue capaz de preciar las características de los cascos que usaban sus agresores ni los datos referidos a su fisonomía.

Para el demandante, de no incurrirse en los errores destacados, fácilmente se habría concluido que en este proceso no se logró un conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad de los procesados, toda vez que no hubo captura en flagrancia y la producida en este caso lo fue por hechos diferentes a los acá investigados.

Reitera que tanto la asociación que González Agudelo hizo de aquéllos al ver su fotografía en un periódico, pese a su condición postraumática, como el hecho de insinuarle a Gutiérrez Trujillo su señalamiento y los reconocimientos fotográficos y en fila no logran superar la incertidumbre que campea en ese proceso, máxime cuando no está desvirtuado lo declarado por los procesados en el juicio, acorde con lo cual para el momento de los hechos se encontraban en otros lugares y desarrollando otras actividades.

Así, solicita a la Corte se case el fallo y absuelva a los procesados de los cargos que les fueron imputados.

Segundo cargo

Con carácter subsidiario, acusa el censor en este caso violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los Arts. 58.10, 104.3 y .7 y 240.3 del C.P. y falta de aplicación de los Arts. 6°, 8°, 59 y 61.1 Ibídem.

Comienza el actor por afirmar que los sentenciadores no motivaron las agravantes 3° y 7° del Art. 104 del C.P., esto es que no concretaron dentro de los diversos supuestos que ellas contemplan cuáles concurrían en este caso.

Censura que se haya condenado a los procesados como coautores y además, se les imputara la agravante 10a del Art. 58 del C.P., esto es, “*obrar en coparticipación criminal*”.

De la misma manera, repara el hecho de ser condenados los justiciables por el conato de homicidio y sin embargo también deducir en su contra la calificante para el hurto derivada de emplear violencia contra las personas, lo que implica en su criterio quebranto al principio non bis in ídem.

Con respaldo en jurisprudencia que estima pertinente, reclama el actor que Tribunal, pese a proponérselo, no hubiera corregido el error del a quo al momento de aplicar el Art. 61.1 del C.P. En efecto, sabido que sólo podía moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes y concurren únicamente circunstancias de atenuación, a la vez que la primera instancia estableció el ámbito de movilidad de la pena fijada para el delito de homicidio en grado de tentativa (200 a 450 meses) en 250 esta suma no la dividió en 4, sino en tres, mismo ejercicio que erróneamente realizó el Tribunal, al señalar que el primer cuarto era de 200 a 283.33 meses, los cuartos medios entre 283.33 meses y 1 día y 367 meses y el último cuarto de 367 meses y 1 día a 450 meses.

Con este entendimiento, para Contreras Balbuena parte el Tribunal de una sanción de 283.33 meses y la incrementa en 26

meses, conservando el criterio del a quo, aumentándola en 10 meses por el delito de hurto y en 6 meses por el porte ilegal de armas, para una sanción final de 325.33 meses de prisión, a la vez que impone a Osorio Pineda 396 meses de prisión.

En síntesis:

“Según las dos agravantes específicas del delito de tentativa de homicidio (Art. 104-3-7), no fueron precisadas en sus alcances por parte de los juzgadores de instancia y ante esa falta de motivación en un aspecto tan trascendental, unido al hecho de que una de las agravantes como lo es que el PIAF de defensa personal agravado fue deducido como delito autónomo, y si se toma también como agravante (por el Art. 104-3 C.P.) se quebranta el principio non bis in ídem, lo que se impone es desecharlas y dejar la tipificación de la conducta en un homicidio simple.

La circunstancia de mayor punibilidad enlistada en el Art.58-10 del C.P. no puede ser deducida para ninguna de las tres conductas delictivas pues, de una parte, ya fue tomada en cuenta al momento de atribuir responsabilidad a los enjuiciados a título de coautores (ART. 29, inc. 2° del C.P., pues los coautores “actúan con división de trabajo criminal”) y, de otro lado, tanto el Art. 241, numeral 10, consagra la misma situación como circunstancia de agravación específica, cuando el hurto se comete “por dos o más personas” y en sentido similar el Art. 365-5 del C.P. agrava el porte ilegal de arma de fuego por “obrar en coparticipación criminal”.

En estas circunstancias, entiende el actor que para el delito de tentativa de homicidio simple (Arts. 27 y 103 del C.P.),

se ha previsto una pena de 104 a 337 meses y 15 días, de donde estando la diferencia en 233 meses y 15 días, esta cifra dividida en cuatro da el parámetro de diferencia de 58 meses y 11 días. Así, partiendo de la pena mínima para tentativa de homicidio simple de 104 meses, más el incremento de primera instancia derivado de la gravedad de la conducta y el daño en un 3.54%, es decir, 13 meses, esto da un parcial de 117 meses. Ahora y como quiera que en el delito de hurto debe desecharse la calificante del Art. 240.3 relacionada con la violencia, por concurrir el delito de homicidio, como quiera que se incrementó en 10 meses, debe reducirse en el 50%, para un nuevo parcial de 122 meses. Finalmente se incrementó por el concurso de porte ilegal de armas en 6 meses, para un total final de 128 meses de prisión para ambos procesados.

Por tanto, frente a esta censura, solicita se case la sentencia y desechen la circunstancia de mayor punibilidad del Art. 58-10 del C.P., las específicas de los Arts. 104-3 y -7 y 240 inc.3 id. Y se realice una nueva tasación de la pena en los términos propuestos.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. Para el demandante, lo primero que importa relevar, es que las sentencia adoptaron el resumen de los hechos

contenidos en la acusación, aspecto que estima censurable, toda vez que los mismos debieron ser reconstruidos con base en lo probado en el juicio y no atenerse a la reseña de los mismos elaborada por la Fiscalía.

Alude entonces al primer cargo presentado por errores de hecho derivados de cercenamiento de la prueba testimonial, pues sostiene que se dejaron de apreciar aspectos importantes en la valoración de lo depuesto por Hernando González Agudelo y María del Socorro Gutiérrez Trujillo. A este respecto refiere la manera como el testigo después de sufrir estrés postraumático, observó después de pasados varios días en un periódico a quienes asoció como las personas que los asaltaron, comunicándose con su compañera, a quien sugestionó de que en efecto se trataba de dichas personas, comunicándose con la SIJIN y cotejando a través de miembros de dicha institución fotografías en donde también los reconoció.

Varios meses después, en el mes de marzo o abril, asegura, se les llevó a un reconocimiento en la Cárcel de Neiva, con presencia de un togado designado para el acto, diligencia en la que el procesado viste pantaloneta y camiseta del Atlético Nacional, razón por la cual, además de resultar muy fácil su señalamiento, no se cumplieron los requisitos para dicho acto por los Arts. 252 y 253 del C. de P.P.

En desarrollo del juicio oral, previos estos procedimientos irregulares, los dos testigos reconocieron a los procesados, pero sin quedar en claro cuál era su fisonomía, ni las características de los cascos que usaban el día de los hechos. Siendo además evidente frente al testimonio rendido por González Agudelo, la animadversión que le tenía a los procesados y respecto de la señora María del Socorro que sin duda alguna fue inducida por su compañero a señalar a los procesados como sus victimarios.

Solicita se case la sentencia y se absuelva a los inculpados.

Sobre el segundo reparo, dado su carácter subsidiario, reclama el actor se proceda a redosificar la sanción privativa de la libertad impuesta, dada la presencia de errores presentados en ambas instancias, pues se dedujeron circunstancias genéricas y específicas que no procedían y además no se consultaron los criterios para su imposición del Art. 61 del C.P.

2. En su intervención, la Fiscal Doce Delegada ante la Corte Suprema solicita se deseche el primer cargo propuesto, sobre la base de no ser cierta la presencia de los errores de apreciación probatoria aducidos.

No sucede igual con la segunda tacha, pues considera que le asiste razón al censor. En efecto, estima para comenzar que

aplicó el Tribunal indebidamente el art. 31 del C.P., en cuanto a la escogencia del delito base, que debió serlo el de mayor rigor punitivo, esto es, el de porte ilegal de armas de fuego agravado, (Art. 365 C.P.), cuyo ámbito está entre 216 y 288 meses de prisión, aumentado en otro tanto por el concurso de punibles. Pero entiende que también yerra el fallo en la aplicación del Art. 61 id., pues al máximo de pena le restó el mínimo y la diferencia la dividió en tres partes y no en cuatro como debía proceder. Si bien esto implica un aumento de pena no conlleva una sanción en perjuicio por no imponerse finalmente una pena mayor.

En este sentido, observa que al partirse de la sanción para el delito de porte ilegal de armas de fuego agravado por el Num. 5 del Art. 365, no es dable tener en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad del Num. 10 del Art. 58 del C.P., (non bis in ídem), por lo que deberá estarse en el cuarto mínimo. Pero tampoco es viable en su criterio que se tomen en cuenta las circunstancias de agravación del Art. 104 Num. 3 y 7 del C.P., toda vez que si bien fueron materia de acusación, los juzgadores no las motivaron y en la misma medida no puede incrementarse la sanción con base en la agravante del Art. 240.10 del C.P. referida a la intervención de dos o más personas en el delito de hurto, pues ya se tomó en cuenta para el delito de porte ilegal de armas y además la misma fue eliminada por el Tribunal.

Con base en el segundo cargo y por las razones destacadas, solicita se case la sentencia impugnada.

3. Finalmente, en concepto de la Procuradora Tercera Delegada en Casación Penal, ciertamente el primer cargo no puede prosperar, pues no concurren los errores probatorios aducidos, conforme doctrina jurisprudencial que por entender aplicable cita.

En su lugar, enteramente de acuerdo se muestra la Procuradora con el criterio de la Fiscalía al analizar el segundo reparo, solicitando se deba casar la sentencia respecto de la pena privativa de la libertad impuesta, partiendo la dosificación de la misma para el delito de porte ilegal de armas por ser el más grave, excluyendo las agravantes prevenidas por los Arts. 104.7 y 240.3 del C.P., por soslayarse el principio non bis in ídem, acorde con nuevas citas jurisprudenciales que dice la sustentan.

CONSIDERACIONES

Primer cargo

1. El procurador judicial de Daniel Contreras Balbuena y Geovanny Osorio Pineda, condenados por los delitos de

homicidio en grado de tentativa, hurto y porte ilegal de armas de fuego, incoó el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, confirmatoria de la decisión de primera instancia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, aportando la respectiva demanda sustento de la impugnación extraordinaria, cuyo primer reproche, según queda visto, dijo estar sustentando en quebranto indirecto de la ley sustancial, producto de errores de hecho derivados de falso juicio de identidad.

2. Antes sin embargo de ocuparnos de los referidos como errores de hecho dentro del señalado ámbito, es necesario clarificar que, contrariamente al reparo introductorio que expresa el actor en lo concerniente a la circunstancia de no haber fijado los juzgadores, tanto de primera como de segunda instancia, los hechos bajo un enunciado propio, para en su lugar acoger sin fórmula de juicio la reseña de los mismos en los términos glosados por la Fiscalía; es para la Sala forzoso precisar sobre el particular, que este método en la reseña del devenir fáctico no merece la descalificación sugerida por el demandante, no solamente por cuanto ninguna norma impone al fallador construir su propio relato del acontecer investigado, sino porque la fijación judicial de los hechos jurídicamente relevantes, que supone la existencia de una racionalidad empírica en su construcción motivada y que debe hacerse a partir de la denominación legal que los describe, tiene carácter

vinculante en tanto habilite el ejercicio defensivo y específicamente en tanto se mantenga el núcleo central de la imputación fáctica desde la propia formulación de la imputación y sean concordantemente sustentados en la acusación.

Lo determinante, por tanto, es que se garantice la inmutabilidad de los hechos imputados en el núcleo central fáctico previsto por el legislador en la respectiva descripción del tipo penal, ha sentado la Corte (Rad. 44599 de 2017).

De modo tal que, los hechos descritos por la Fiscalía al hacer la imputación o en el propio escrito de acusación, si para los juzgadores comportan plena idoneidad y alcanzan los niveles de prueba que convalidan su fundamento, no tolera reparo su acogimiento y menos aún que sean adoptados en su síntesis por éstos, debiendo más bien encontrar en esa coincidencia verificado a plenitud su adecuada fijación y determinación, con las pruebas acopiadas en desarrollo del juicio en que son respaldados.

Dado que en la manifestación del actor sobre este particular no media pretensión alguna destinada a reclamar en esta expresión de inconformidad el eventual quebranto de la estructura procesal o restricción para sus derechos defensivos, pues todo su escueto fundamento estriba en que no se redactaron por los jueces (lo que por demás tampoco tiene real

asidero, dado que el Tribunal glosó su propio entendimiento de dicho devenir y sólo fue la primera instancia quien dijo acoger la síntesis Fiscal de los mismos) y no porque mediaran falencias en la auténtica descripción de los hechos jurídicamente relevantes o defectos inherentes a la posibilidad a partir de su enunciado de tomar perfecta comprensión del inequívoco contenido fáctico de la imputación correspondiente, este insular alegato carece de un fundamento atendible, con mayor razón cuando la escueta expresión de disconformidad tiene más que ver con la expectativa que el libelista tiene de que los hechos sean sintetizados en forma tal que de ellos se desprenda una situación favorable a sus asistidos, aspecto éste que no entraña desafuero alguno en la sentencia demandada.

3. Ahora bien, por el imprescindible correlato impuesto a la Corte bajo el principio de limitación que rige este recurso y en orden a dar respuesta a esta censura frente a los yerros de apreciación aducidos dentro de los lindes que su idoneidad sustancial posibilita, imperativo es recordar que la violación indirecta en el sentido y modalidad expresada por el actor casacional, esto es, dentro del marco propio del error de hecho por falso juicio de identidad, se presenta cuando quiera que el juzgador al apreciar una prueba le hace decir lo que no se desprende de su contenido, o lo que es igual, la tergiversa o distorsiona. Esto puede suceder por exceso, en tanto desborde lo que se deriva de su material expresión, o por defecto, cuando

quiera que le atribuye menos de aquello que evidentemente se deriva de su esencial contenido fáctico. Se trata, como de ello da cuenta doctrina sobre esta materia sentada por décadas, de trastocar la verdadera identidad que le pertenece al medio en réplica de aquello que el Juez ha destacado como propio de su dimensión probatoria.

4. Inmersos en la hipótesis de quebranto por falseamiento de su contenido por parte del fallador, adujo el actor encontrarse los testimonios rendidos por Hernando González Agudelo y María del Socorro Gutiérrez Trujillo, según queda glosado, víctimas de los delitos objeto de averiguación en este proceso.

Aun cuando la forma más elocuente de acreditar esta especie de defecto de apreciación, se ha afirmado consiste en extractar lo expresado por el testigo y confrontarlo con aquello que la sentencia le atribuye como propio de sus dichos, es lo cierto que el demandante elude ésta prácticamente imprescindible ruta de demostración, para sucedáneamente dedicarse a recrear los distintos escenarios que dieron lugar a la existencia de esta investigación penal, partiendo de los hechos, la forma como se produjo la constatación de la identidad de los agresores por parte de las víctimas, las diligencias de reconocimiento fotográfico y en fila de personas, para finalmente hacerse el señalamiento de los atacantes en el juicio;

todo lo cual procura resquebrajar en el mérito de su credibilidad, pero utilizando un método notablemente ajeno al derivado de los errores esenciales de hecho anunciados.

5. Ciertamente, como emerge forzoso recordar, pasados apenas 22 días del asalto del que fueron víctimas los referidos testigos (María del Socorro Gutiérrez Trujillo y Hernando González Agudelo), hechos en desarrollo de los cuales se les despojaron de bienes por un valor superior a los \$10 millones y se hirió de muerte al varón quien con ayuda médica logró salvar su vida, por casualidad, éste observó en un periódico local la fotografía de dos hombres bajo el anuncio de haber sido aprehendidos durante la comisión delictiva de conducta de similar jaez, específicamente cuando asaltaban a un ganadero después de hacer un retiro de suma millonaria, teniendo de inmediato el convencimiento absoluto de que se trataba de las mismas personas que junto con su compañera los habían emboscado la víspera. Procedió entonces a comprar el informativo y pasados algunos días, a enseñárselo a su amiga Socorro, en orden a constatar si ella tenía la misma percepción suya de advertir en esta foto la identidad de sus agresores, como en efecto, así sucedió.

A partir de anunciar el declarante como secuela de los hechos violentos de que fue objeto, la existencia de ciertos episodios de estrés postraumático, sin contrastar el relato

suministrado por el testigo en el juicio, pero intentando demeritarlo, sugiere el actor que debido a dicho trastorno pudo equivocarse en el señalamiento de sus victimarios.

A este respecto basta advertir que dado el estado de nervios referido por el deponente, si bien por la experiencia negativa vivida pudo tener algún grado de afectación en su esfera emocional conforme lo narró, en modo alguno este hecho permite poner en cuestión la contundencia y seguridad del declarante al señalar, sin resquicio de dudas, que quienes los hicieron objeto de agresiones y latrocinio fueron las personas identificadas inicialmente en la publicación periódica y luego en las diligencias de reconocimiento fotográfico, en fila y después en el juicio.

En este mismo orden de desacreditación procurado, menos cabida tiene reclamar que el testigo simplemente “*asoció*” a los recién capturados con sus agresores, es decir, que dada la actividad a que se dedicaban cuando se produjo su captura, fueron escogidos para atribuirles responsabilidad en los hechos de que fueron víctimas, pues se trata de un argumento meramente especulativo y, por ende, sin soporte en prueba alguna, máxime cuando está visto que su señalamiento se hizo consistente a través de sus diversas apariciones con dicho cometido por parte de las dos personas agredidas.

6. Tampoco tolera el menor grado de confrontación, procurar una vez más menguar el poder incriminatorio de los testigos, con la afirmación según la cual cuando el señor Hernando González Agudelo enseñó a su compañera María del Socorro Gutiérrez Trujillo la fotografía impresa en el periódico, lo hizo condicionando la espontaneidad de la mujer para evocar si se trataba de sus atacantes o no, toda vez que tal pretendida sugestión no se refleja en el testimonio rendido por ella en el juicio, pues por el contrario con toda seguridad no solamente refrendó el hecho de haber constatado que quienes los atacaron eran los dos hombres vistos en la citada publicación, sino que con la misma certidumbre los señaló en el acto público.

En efecto, la deponente explicó que una vez hecho el retiro del numerario, abandonaron el lugar de la sede bancaria y su compañero le advirtió haber observado por el retrovisor una moto que los seguía de cerca y percibir que el parrillero exhibía un artefacto bélico. Enseguida tuvo desenlace el hecho, los abordó un hombre amenazante con un arma de fuego, mientras otro lo esperaba en la moto de donde éste descendió, se produjo un forcejeo, luego el disparo a la puerta del vehículo, lo que doblegó su voluntad y entregó la cartera, para finalmente antes de huir el malhechor con el botín que ya lo tenía consigo, inferir un disparo al pecho de González.

La testigo fue enfática en narrar haber observado con plena atención a los dos “*asaltantes masculinos*” que tomaron parte en los hechos; también, que al cabo de un tiempo, calculado en “*tres meses*”, recibió la visita de Hernando González Agudelo, quien le enseñó una fotografía de un periódico local, diciéndole: “*Mire Socorro aquí están, cierto?*”, a lo que ella hubo de asentir expresándole: “*Si, esos fueron los que nos robaron...Sí esos son!*” (7:30”, sesión del 8 de febrero de 2016), aserción ante la cual inquietada en desarrollo del juicio sobre si las personas observadas en la referida oportunidad y a quienes atribuía el hurto se encontraban en el salón de audiencias, respondió positivamente señalando a los imputados de inmediato.

7. Es claro pues que al primer avistamiento por parte de los testigos de sus agresores el día de los hechos, le sucedió la situación fortuita de su impropio reconocimiento al resultar observados en la fotografía publicada en un diario, para con posterioridad en desarrollo de actos de investigación necesarios en orden a determinar la identidad de los asaltantes, ser igualmente señalados por parte de Hernando González Agudelo en diligencias de reconocimiento fotográfico y luego en fila de personas, actos estos últimos que como se sabe están monolíticamente integrados en unidad probatoria al testimonio vertido en el juicio por parte del declarante, en cuyo decurso se ratificó al denotar a los acusados y su responsabilidad en los

hechos, sin que pese a este panorama el libelista se ocupe en constatar que se falseó la exacta fidelidad de sus atestaciones por el fallo, dentro del ámbito del yerro fáctico que le sirvió de pretexto a esta censura, pues por el contrario, es evidente que respetando dicha identidad, fueron glosadas por parte del sentenciador, no contrariándose en modo alguno el contenido de las mismas.

En forma minuciosa y detallada, así fueron precisados los hechos por parte del testigo y víctima Hernando González Agudelo en desarrollo del juicio oral, justamente a partir del momento en que se dispuso a recoger a su compañera de trabajo en la entidad bancaria el viernes 27 de enero de 2012:

“Ella me vio por los vidrios y bajó...y de una vez arrancamos subí por toda la séptima hasta la quince, pues nosotros íbamos para el barrio Ventilador..., al darle la vuelta a la Iglesia de San José y salir a la segunda, en esta calle estaban metiendo un alcantarillado y me tocó devolverme y meterme por el barrio que llaman Campo López, un lote que hay desocupado, andando como una cuadra o cuadra y media vi por el retrovisor a los dos señores que están ahí sentados, yo vi que tenían un revólver, ellos venían en una moto grandecita, cuando me fueron a pasar yo les tiré el carro, pero el parrillero saltó hacia atrás, se cayó el chofer, el que la iba manejando, él se cayó al suelo, el otro corrió contra mí de frente y me puso un revólver 38 recortado negro, entonces yo ya no podía hacer nada más, porque yo no podía moverme, porque él me puso el revólver en la cabeza y me decía h.p. lo voy a matar y resulta que él mandó a cogerme las llaves del carro, yo le cogí la mano y no lo dejé arrancar las

llaves..., espere, espere, forcejamos y qué espere ni que h.p., yo lo voy a matar, entonces le dijo a la compañera: pase el bolso vieja h.p. que también la voy a matar... y mi compañera pues toda asustada le tiró el bolso, entonces el señor me soltó la mano y cogió el bolso y cuando cogió un paso hacia atrás, hizo el primer disparo y lo pegó en la puerta del carro y el otro tiro llegó y me lo pegó de frente y me dañó el pulmón de por vida... y el tipo salió campante con el revólver y el bolso en la mano y el otro ya había cuadrado la moto y se montaron y se fueron...

Al cabo de dos unos dos meses, venía para una terapia que me estaban haciendo en el pulmón...estaban vendiendo el extra, entonces..., que los que iban a atracar a un ganadero, entonces yo vi la foto del paciente éste... que está ahí sentado y dije uichhh h.p. este fue el que me pegó el tiro, entonces yo lo compré y me vine y llamé a la Policía y ellos fueron allá y me llevaron a hacer el reconocimiento en persona y fotográfico..., entonces cuando yo lo vi en la cárcel, estaba en pantaloneta y con una camiseta del Nacional., yo dije éste fue el tipo..., como allá no tienen sino una cortina para mirarlo, y dije el número tal y yo lo reconocí en los dos o tres veces en que lo pasaron".) (Sesión 8 de febrero de 2015 minuto 30).

Preguntado por la Fiscalía sobre si las personas a las que se había referido en su relato se encontraban en el salón de audiencias, el deponente señaló a Daniel Contreras Balbuena como quien le disparó y a Geovanny Osorio Pineda, como quien conducía la motocicleta el día de los hechos.

8. De contera y advertida la falta de autonomía de las diligencias de reconocimiento, sabido conforme fue advertido, que se integra y hace indisoluble unidad probatoria con lo declarado por los testigos, es insostenible el reparo que apenas enuncia el actor por error de derecho derivado de falso juicio de legalidad, evidentemente ajeno al falso juicio de identidad aducido, referido a la diligencia de reconocimiento en fila cumplida por Hernando González Agudelo en relación con Daniel Contreras Balbuena, con el argumento según el cual la persona que fue objeto del mismo habría sido ataviada con el uniforme del equipo Atlético Nacional para por ese hecho ser fácilmente señalada.

En realidad, todo indica desde luego que esa era la vestimenta que tenía el día de la diligencia quien finalmente fue reconocido (26 de abril de 2012), pero esto en modo alguno significa que por llevar ese atuendo se facilitara o indujera su señalamiento, como advera el censor, lo que implicaría por demás cierta connivencia irregular apenas imaginable en la especulación de la defensa, pero que resulta completamente descartable sabido no solamente que el acto se cumplió con la presencia del Ministerio Público y un defensor designado para el mismo, sin que se dejara constancia alguna que pudiera hacerlo cuestionable, sino también y con mayor razón, cuando quiera que en tales condiciones, el resultado positivo de la diligencia no puede atribuirse a ninguna irregularidad de su práctica, sino

a la capacidad de recordación fisonómica del testigo, lo que emergía como lógica consecuencia conocido que de manera espontánea ya la víctima había identificado sin margen de dubitación a sus atacantes, conforme se ha advertido, en las fotografías de un diario local.

Tampoco existe confusión respecto de la descripción que hicieran los testigos sobre los cascos que usaban los hombres que se desplazaban en la motocicleta, pues este es un aspecto suficientemente clarificado, en tanto el ofendido precisó que los utilizados por los asaltantes eran de estilo “cachucha”, es decir, de los que no ocultan el rostro para quienes los portan.

9. Finalmente, es imperativo señalar que lo declarado por los testigos de cargo en este caso posee sin lugar a dudas un poder incriminatorio contundente y sus relatos fueron fielmente acogidos en la reseña que exalta dicha cualidad por parte del sentenciador, sin por lo tanto malograrse en ningún momento la identidad de sus atestaciones, por exceso o por defecto y en todo caso mucho menos falseando sus dichos, a través de los cuales quedaron expuestas las circunstancias de modo, tiempo y lugar como ocurrieron los hechos, en perfecta correspondencia con la noticia criminal originalmente presentada el propio día de su acaecimiento por María del Socorro Gutiérrez Trujillo, razones de más para que, en plena coincidencia con el Tribunal, sea consecuentemente descartada

la tesis defensiva y los testimonios con dicha finalidad aportados en el juicio, de acuerdo con los cuales para la fecha de su acaecimiento los procesados se hallaban en lugar muy diverso al de la ciudad de Neiva, esencialmente por cuanto ningún elemento de objetiva constatación fue acopiado en sustento de la coartada urdida, en contraste con la exposición inequívoca de las víctimas en los términos glosado, aunada a su captura flagrante en desarrollo de una nueva incursión delictiva en acometimiento de hechos punibles de igual naturaleza a los que en este caso fueron juzgados.

En estas condiciones, visto que los reparos presentados con respaldo en la afirmada presencia de errores de hecho en manera alguna han sido demostrados y que por el contrario, está acreditado el conocimiento más allá de toda duda acerca de los delitos imputados y la responsabilidad de los acusados, esta censura no está llamada a prosperar.

Segundo cargo

1.El segundo ataque al fallo, que es subsidiario, se sustentó en violación directa de la ley sustancial, acusando defectos de aplicación de los preceptos que sirvieron de marco referente para la dosificación punitiva y a través de los cuales aborda los siguientes aspectos: - falta de motivación de las agravantes 3° y 7° del art. 104 del C.P. para el delito de

homicidio; - quebranto del principio non bis in ídem, derivado de condenar a los procesados como coautores y sin embargo imputárseles la circunstancia de mayor punibilidad del art. 58.10 esto es, “obrar en coparticipación criminal”; -deducir la calificante 3° del art. 240 del C.P. para el hurto, cuando el mismo se comete con violencia contra las personas, pese a también ser condenados por homicidio en grado de tentativa; - agravar el delito de porte ilegal de armas, conforme con el art. 365.5 del C.P., por obrar en coparticipación criminal, no obstante a también tomarse en cuenta esa circunstancia como de mayor punibilidad y finalmente, por violar el principio de legalidad de la pena al aplicar erradamente los parámetros fijados por los arts. 60 y 61 del C.P., pues la sanción impuesta desborda una correcta dosimetría penal en el caso concreto.

2. De los reparos introducidos por el actor en este caso en relación con los criterios base de la tasación punitiva, es el de ausencia de motivación de las circunstancias que intensifican la pena para el homicidio, prevenidas en los numerales 3° y 7° del art.104 del C.P., el primero de ellos.

No desconoce el recurrente, como no podía ser de otra manera, que tanto en las audiencias de imputación de cargos, como en la de acusación y en plena correspondencia en las sentencias de primera y segunda instancia, a Daniel Contreras Balbuena y Geovanny Osorio Pineda el delito de homicidio en

grado de tentativa que se les atribuyó lo fue bajo el apremio de sendas circunstancias de agravación expresamente enunciadas (Arts. 27, 103, 104.3 y .7 del C.P) y que se sustentaron originalmente en el sometimiento e indefensión a que fueron impelidas las víctimas bajo amenaza de muerte con arma de fuego (art. 104.7°), con miras a materializar el apoderamiento del bolso contentivo de una suma millonaria y haber accionado el artefacto bélico contra el vehículo en que éstas se desplazaban, aspecto este último por demás que se sustrajo de cualquier debate, habida cuenta que el mismo fue objeto de estipulación, bajo el entendido de que tal hecho quedó establecido a través del informe del grupo de criminalística que halló, recolectó y embolsó un proyectil, mismo que habrían impactado los malecheros en la puerta del conductor (art.104.3).

3. En efecto, la sentencia de primera instancia precisó que la imputación del atentado contra la vida se atribuyó a los procesados por parte de la fiscalía en la *“audiencia llevada a cabo el día 03 de diciembre de 2012”, en que se “acusó a DANIEL CONTRERAS VALBUENA (sic) y a GEOVANNY OSORIO PINEDA, de ser coautores de los delitos de homicidio con circunstancias de agravación punitiva en la modalidad de tentativa (artículos 27, 103 y 104 numerales 3 y 7 del C.P.)”*.

Como presupuesto fáctico de tal imputación jurídica, señaló que las víctimas fueron abordadas por dos hombres en motocicleta y que una vez el parrillero desciende de la misma, le apunta con un arma de fuego a Hernando González. De la misma manera que como éste ejerciera una mínima resistencia a ser despojado de las llaves del rodante, según se conoce a través de lo depuesto por María del Socorro Gutiérrez, el agresor hizo un disparo al vehículo, razón por la cual, intimidada la mujer entrega su bolso, siendo este el instante en que el atacante le infiere un disparo en el pecho a su compañero.

A su vez, tras advertir el Tribunal de igual forma que el delito de homicidio atribuido a los procesados lo fue en la especie agravada por las causales 3° y 7° del art. 104 del C.P., resaltó como sustrato fáctico objeto de su imputación, que una vez el carro en que se movilizaban los ciudadanos agredidos fue cerrado por la motocicleta conducida por Geovanny Osorio Pineda, Daniel Contreras Balbuena exhibiendo un arma de fuego los encañonó, golpeando en la cabeza a Hernando González Agudelo con dicho artefacto, para enseguida descerrajar un disparo al automóvil y logrado su sometimiento, ya inermes, hacerse entregar el bolso de la mujer y antes de huir disparar directamente al pecho de González.

Los sentenciadores resaltaron en diversos apartes, en relación con el disparo sobre el automóvil, que pese a ser un hecho objeto de estipulación, liberado por ende de debate probatorio, sobre el mismo declaró el fotógrafo criminalista Víctor A. Lugo Patiño, señalando justamente que él tomó diversas placas fotográficas del vehículo en donde se movilizaban los ciudadanos González Agudelo y Gutiérrez Trujillo, habiendo justamente registrado la presencia de un orificio a la altura de la manija de la puerta, la que hubo de ser desarmada para sacar la ojiva de un proyectil disparado con un arma de fuego.

4. Es que, conforme se deriva del fallo recurrido, ciertamente concurre la agravante 3° del art. 104 del C.P. en el caso concreto, cuyo correlato fáctico da cuenta que al momento de la realización de la conducta delictiva, según se ha advertido profusamente, para someter a sus víctimas, Daniel Contreras Balbuena exhibió un arma de fuego y disparó al vehículo en que aquellas se movilizaban, procurando de esta manera un grado pleno de intimidación y dominio en orden a hacerse entregar el bolso con la suma millonaria retirada de una entidad bancaria, conforme finalmente ocurrió.

Esta clase de circunstancias que incrementan en forma específica la pena para el delito de homicidio, como se sabe, atentan contra la seguridad pública; bien jurídico éste objeto de

amparo que justamente comprende la tranquilidad y equilibrio que debe ser garantizado a la comunidad en desarrollo de sus actividades cotidianas, en un ambiente que salvaguarde y proteja los demás bienes jurídicos, respetando los mínimos presupuestos para una convivencia pacífica en sociedad, misma que se ve afectada en los supuestos destacados, cuando quiera que se realizan conductas que entrañan un peligro común, a la vez que revelan una preponderante capacidad criminal en quienes se valen de los mismos en la realización de ataques a la vida e integridad personal.

Justamente en este caso, derivado de la inequívoca imputación y acusación que subyace al fallo, es elocuente que con el disparo de arma de fuego sobre el vehículo en que se movilizaban Hernando González Agudelo y María del Socorro Gutiérrez Trujillo, en las circunstancias indicadas, el homicidio en grado de tentativa por el cual se acusó a Geovanny Osorio Pineda y Daniel Contreras Balbuena, lo es agravado, habida cuenta que con su proceder incrementaron la antijuridicidad material de la conducta atentatoria de la vida, lo que necesariamente impone una mayor respuesta punitiva para el hecho.

5. Ahora bien, el delito de homicidio también se consideró agravado con fundamento en el numeral 7° del referido art. 104 del C.P., toda vez que en desarrollo de su actividad criminal

orientada a despojar a las víctimas de dinero que habían retirado de una entidad bancaria, Contreras Balbuena los encañonó con un arma de fuego actividad evidentemente orientada a procurar inhibir cualquier opción defensiva o de resistencia de su parte, como en efecto así sucedió y una vez doblegada su voluntad apoderarse de la suma millonaria que poseían.

Atentados a intereses jurídicos patrimoniales mediante el empleo de armas de fuego, en desarrollo de los cuales se produce vulneración a otros bienes sagrados como la vida, suelen ser por antonomasia típicos casos de indefensión de las víctimas y constituir, como en el presente, inequívocos supuestos delictivos agravados en términos de la referida causal 7° para el homicidio.

Emerge manifiesto por las características de la embestida delictiva acá juzgada, que los inculpatos mediante el empleo de un arma de fuego con la que intimidaron, tuvieron por finalidad y lo lograron, eliminar cualquier riesgo al ejecutar la conducta criminal. Proceder que expresa como es palmario una estratagema urdida para tomar ventaja y neutralizar a las inermes víctimas, asegurándose consiguientemente de que los abatidos ciudadanos no pudieran justamente defenderse del ultraje.

En los supuestos de este caso refulge la perversidad y cobardía con la que obraron los justiciables, conocido que una vez doblegada la voluntad de sus atacados y cuando merced a ello María del Socorro Gutiérrez Trujillo ya había entregado su bolso con el numerario, es decir cuando ya el despojo patrimonial se había consumado, antes de abandonar el lugar, los secuaces dispararon a quemarropa a Hernando González Agudelo. Por ende, y visto que los asaltantes eliminaron o neutralizaron cualquier capacidad defensiva o de protección de sus víctimas, facilitando la comisión delictiva, esta circunstancia incrementadora de la sanción penal está también justificada en su motivación falladora.

Así las cosas, es incontrovertible que los fallos de primera y segunda instancia fijaron aquellos presupuestos fácticos con respaldo en los cuales concretaron jurídicamente las agravantes para el delito contra la vida imputado, encontrándose en dicho proceder inocultable la fuente de su atribución y garantizándose de este modo plenamente el ejercicio del contradictorio en relación con las mismas.

6. Adujo de otra parte el actor quebranto del principio non bis in ídem, por ser incompatible imputar a los procesados coautoría y a la vez la circunstancia de mayor punibilidad del art. 58.10 esto es, “obrar en coparticipación criminal”.

Dada la claridad conceptual derivada de las nociones de autoría y coautoría como formas de intervención en el delito y de coparticipación como circunstancia agravante cuando quiera que media la participación de varias personas en su realización; adviértase de una vez que no existe la incompatibilidad lesiva del principio non bis in ídem a que se alude en este aspecto de la censura, mucho menos, como se verá, cuando la primera precisa de un esquema comprensivo de los aportes individuales que se engloban en la producción de un único hecho delictivo imputable a todos cuantos intervienen en dominio funcional del mismo, en tanto que la coparticipación está referida a la mediación que justamente tienen varios individuos (autores, determinadores o cómplices) en su ejecución, sin sujeción al codominio funcional que les es predicable.

Por ende, la coautoría se afirma de aquél volumen de actos coordinados que deben valorarse con un sentido unitario de realización a todos los intervinientes bajo el mismo grado de atribución, es decir, que debe hacerse una valoración global de los aportes bajo la noción del dominio funcional del hecho; mientras que la coparticipación criminal como circunstancia agravante afirma la intención de diversas personas sin distinguir el título de la imputación que les corresponde a cada una.

Menos aún cabe afirmar vulneración del non bis in ídem, cuando quiera que la circunstancia de mayor punibilidad que sirve de marco referente al delito base de la dosificación punitiva, como lo es, según se verá adelante, el de homicidio, no es predicable del delito contra el patrimonio económico, en relación con el cual, en forma independiente, la misma media como agravante específica, sucediendo lo propio con el mismo grado de autonomía, respecto del atentado contra la seguridad pública de porte ilegal de armas, esto es, haberse ejecutado en coparticipación criminal.

Así lo ha entendido, por lo demás, doctrina de la Sala frente a una propuesta sustancialmente idéntica a la que se hace en este caso:

“Dicho en otros términos, la circunstancia de mayor punibilidad de carácter genérico tomada en cuenta para dosificar la pena del delito de homicidio agravado tentado, y que a su vez, dicha coparticipación se haya considerado como circunstancia delictual específica de agravación del hurto, no puede derivar en la existencia de una doble incriminación, porque el supuesto de hecho de haberse actuado con otros no está utilizado como hecho jurídicamente relevante para el mismo reato, sino para diferentes conductas punibles, donde ninguna de las cuales para su aplicación tiene la naturaleza de ser tipo penal subsidiario y que por vulnerar diferentes bienes jurídicos guardan autonomía para su adecuación típica.”

Se trata de dos conductas perfectamente definidas y diferenciadas, con elementos específicos, sin que pueda predicarse que una de ellas abarca todos los elementos contenidos en la otra; no se está sancionando reiteradamente el mismo comportamiento, las infracciones delictivas son el hurto calificado agravado al haberse apoderado de los bienes de los ofendidos bajo la intimidación de armas de fuego, acción realizada por varios, connotación que incide en la agravación específica del hurto que recae en la determinación del marco punibilidad de ese ilícito; en tanto que en el homicidio agravado como conato en la persona de Ignacio Jaramillo Restrepo, la intervención de varias personas en el crimen se ve reflejada en la elección del cuarto de punibilidad y la individualización de la pena.

Es decir, los acusados de forma libre y voluntaria atentaron contra varios bienes jurídicamente tutelados y consumaron dos ilícitos diferentes¹, comportamientos que de forma independiente se tornaron más lesivos con la participación plural de los sujetos activos, sin que por ello puedan equipararse.

En otras palabras, no obedecen a la misma causa y las sanciones no se duplican, obedecen a diferentes razones teleológicas para el amparo de diversos bienes jurídicos.

En ese orden de ideas, contrario a lo manifestado por el censor, incluso por la Representante del Ministerio Público, en ningún momento se consideró la circunstancia genérica de agravación punitiva prevista en el artículo 58 numeral 10 y la tipificada en el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal, fundamento para incrementar la pena respecto a una

¹ Si bien fueron imputados y acusados igualmente por el delito de porte ilegal de armas de fuego, luego, en audiencia preparatoria aceptaron dicha conducta punible, motivo por el que se decretó la ruptura de la unidad procesal.

misma conducta punible; por el contrario, la actuación asociada en los reatos juzgados no integra en ambos tipos penales la coparticipación como elementos o circunstancias específicas o estructurante de los delitos.

Precisamente la Sala ha venido sosteniendo² que cuando la coparticipación criminal se predica para agravar distintos delitos –como el patrimonio y la seguridad pública-, o como en este asunto, la vida y el patrimonio económico, no se atenta contra la garantía de doble valoración, porque pese al nexo que puedan tener, los reatos desarrollan los elementos que los estructuran de manera independiente, deslindando que una es la situación cuando emprenden la acción de atentar contra el patrimonio económico y otra cuando se pretende dar fin a la vida de la víctima.

Por supuesto que esa diferencia objetiva en su modo de realización, sumada a la ocurrencia sucesiva de los acontecimientos, la multiplicidad de ilícitos y de bienes jurídicos afectados, es la que habilitó a los falladores para aplicar a ambas infracciones las causales de agravación, en una como genérica, en otra como circunstancia específica.

Además, debe insistir la Sala en señalar que, las consecuencias de la agravación punitiva es de distinta naturaleza, pues la que concierne al delito de homicidio, por tratarse de una causal genérica, no tiene afectación en el marco de la pena legalmente prevista, sino exclusivamente en el cuarto de punibilidad aplicable. Contrario a ello, para el delito de hurto calificado, por configurar una circunstancia específica de agravación de la sanción, conduce a la definición del marco punibilidad..” (SP5043 Rad.46996 de 2018).

² Cfr. CSJ. SP. del 8 de junio de 2016, Rad. 47545.

Lo propio cabe señalar, en lo concerniente a la afirmada vulneración del principio “non bis in ídem”, que se dice derivada de estar agravado el delito de porte ilegal de armas por obrar en coparticipación criminal, no obstante a también tomarse en cuenta esa circunstancia como de mayor punibilidad (Art. 58.10 C.P.), toda vez que la concurrencia de esta última sólo sirve de criterio base para el cuarto punitivo en que debe situarse respecto del delito de homicidio, por ser el de mayor gravedad, pero no tiene incidencia en el de porte ilegal de armas, sobre el cual recae exclusivamente la específica agravante (Art. 365.5 C.P.).

7. Sostuvo también el recurrente que no se podía calificar el delito de hurto por violencia sobre las personas, al ser imputado el de homicidio en grado de tentativa.

Una vez más, el actor propone un aparente conflicto por concurrencia de desvalor de una misma circunstancia dos veces, sin observar que, como se ha advertido profusamente, en desarrollo de la comisión delictiva de hurto, los asaltantes emplearon violencia física y moral en contra de sus víctimas en orden a su materialización y que una vez se apoderan de su patrimonio, antes de abandonar el teatro de los sucesos, disparan a Hernando González Agudelo; es decir, que la conducta que agrava el latrocinio y aquella que infiere un

ataque a la vida e integridad personal, comportan en la secuencia fáctica de su realización destacada independencia ontológica y por ende jurídica, sin por tal causa ser predicable concurrencia censurable la imputación de ambas, menos considerando los bienes afectados y la índole de cada vulneración.

8. Así las cosas, finalmente, necesario bajo los supuestos que emergen de las anteriores constataciones, es recordar, que los parámetros o criterios en orden a un adecuado proceso de dosificación punitiva, conforme a las reglas en esta materia previstas por el art. 60 del Código Penal, indican que es preciso en primer lugar fijar los límites mínimo y máximo dentro de los cuales se ha de mover el juzgador, rango como se sabe condicionado por las circunstancias modificadoras de punibilidad imputadas y cuya concurrencia haya sido demostrada en juicio.

Establecidos así los mencionados límites, corresponde fijar el ámbito punitivo de movilidad, el cual surge de la diferencia matemática existente entre el máximo y el mínimo ya determinado. A continuación, dicho ámbito se divide en cuatro cuartos, de tal forma que, por virtud de esta operación se obtenga un cuarto mínimo, dos cuartos medios y un cuarto máximo.

Una vez precisado los cuartos, debe procederse de acuerdo con las previsiones del artículo 61 del Código Penal, ya que conforme a esta disposición, el sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando existan circunstancias de atenuación y agravación; y por último, en el cuarto máximo cuando existan únicamente circunstancias de agravación punitiva.

Fijado bajo estos parámetros el cuarto de movilidad, dentro de sus límites se debe individualizar la pena, atendiendo entonces a los criterios previstos por el inciso 3° del artículo 61 ídem, se procede a concretar la pena ponderando los siguientes factores: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

De este modo, una vez determinada la pena, respecto de dicho guarismo se aplican las rebajas por los fenómenos postdelictuales, tal como sucede por ejemplo con el descuento por aceptación de cargos, resultado con el cual habrá concluido el proceso de individualización de la pena que deberá cumplir el sentenciado.

Por último, en los casos de concurso de delitos, a tenor del artículo 31 *ibídem*, luego de dosificada la pena para cada uno, impera tomar la más grave y se aumentará hasta en otro tanto, sin que dicho resultado implique exceder la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles.

De acuerdo con las anteriores premisas, aprecia la Corte que las instancias de manera acertada y contrario al criterio Fiscal y del Ministerio Público en esta sede, consideraron que la sanción más grave correspondía a la del delito de *homicidio agravado en grado de tentativa*³, dado que una vez dosificada cada una de las penas concursantes, se observa con claridad que en el caso de Geovanny Osorio Pineda, por concurrir sólo circunstancias de mayor punibilidad (art. 58-10), debía partirse del guarismo mínimo del último cuarto de movilidad. Esto es, de 387,5. Y frente a Daniel Contreras Balbuena, por concurrir circunstancias de menor y mayor punibilidad, debía partir del mínimo del cuarto medio. Es decir, de 262,5.

Penas significativamente superiores a las previstas para los delitos de *hurto calificado y agravado*⁴ y *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o*

³ Homicidio en grado de tentativa. Arts. 103, 104 y 27.

CUARTO MÍNIMO	CUARTOS MEDIOS		CUARTO MÁXIMO
200- 262,5	262,5- 325	325 – 387,5	387,5 - 450

⁴ Hurto calificado y agravado. Arts. 239, 240 inc. 3 y 241-10.

CUARTO MÍNIMO	CUARTOS MEDIOS		CUARTO MÁXIMO
144-192	192-240	240-288	288-336

*municiones*⁵, por cuanto los límites mínimo y máximo previstos por el legislador, para las penas de prisión van de 144 a 336 y de 216 a 270 meses de prisión, respectivamente, siendo necesario, además, en ambos casos, partir de los guarismos mínimos, en tanto los delitos incluyen la circunstancia específica de agravación atinente a la *coparticipación criminal*.

Sin embargo, error censurable de los juzgadores de primer y segundo grado consistió en dividir el rango de movilidad en tres, siendo que el Código Penal es claro en establecer que éste se divide en cuartos. Ello conllevó entonces a que las penas deducidas para los condenados no fueran establecidas de acuerdo con los estrictos parámetros legales. Veamos:

En el caso de Geovanny Osorio Pineda se partió de una pena inferior como efecto de dividir el ámbito de movilidad en tres, los falladores determinaron que el último cuarto del delito de *homicidio agravado en grado de tentativa* iba de 367 a 450 meses de prisión. Por ello, tomaron como base 367 meses, a los cuales aumentaron 13 meses más, de acuerdo con los criterios previstos por el inciso 3° del artículo 61 ídem, para un total de 380 meses de prisión. Sin embargo, como quedó expuesto en precedencia, el guarismo mínimo del último cuarto de movilidad para esa conducta punible correspondía a 387,5 meses de

⁵ Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Arts. 365 inc. 5.

CUARTO MÍNIMO	CUARTOS MEDIOS		CUARTO MÁXIMO
216-234	234-252	252-270	270-288

prisión, cifra que se debería incrementar en los mismos 13 meses con el mismo criterio y en 16 meses por el concurso de conductas punibles, arrojando un total de 416,5 meses, situación empece que no será corregida por la Corte, en atención al principio de *no reformatio in pejus*, debiendo mantenerse en relación con éste la pena que finalmente le fue impuesta.

Caso distinto es el del procesado Daniel Contreras Balbuena, a quien ese error de las instancias, se insiste, dividir el rango de movilidad en tres partes, sí le generó un perjuicio pues incrementó el guarismo mínimo de los cuartos medios, cuando ese era el rango para deducir su sanción al mediar tanto circunstancias de mayor como de menor punibilidad. En vez de partir de 262,5 meses de prisión que era lo correcto, los jueces de primera y segunda instancia tomaron como base 283,33 meses, los cuales, a su vez, aumentaron en 26 meses de acuerdo con los criterios previstos por el inciso 3° del artículo 61 ídem, para un total de 309 meses de prisión. Por ende, tal error debe ser corregido por la Corte, pues respetando la misma proporción determinada por los juzgadores (9,1765%)⁶, se debe partir de la pena de 262 meses y 15 días y aumentarla en 24 meses y 2 días, lo cual arroja un total de 286 meses y 17 días.

En consecuencia, al presentarse en este caso un concurso de conductas punibles, respetando igualmente los criterios definidos por las instancias, la pena para el delito de *homicidio*

⁶ Operación aritmética: $((26 \times 100)/283,33) = 9,1765\%$. $((262,5 \times 9,1765)/100) = 24,0883$

agravado en grado de tentativa fijada en 286 meses y 17 días debe aumentarse en 10 meses por el delito *hurto calificado y agravado* y en 6 meses más, por el reato de *fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, para un total definitivo de 302 meses y 17 días de prisión, en lugar de los 325,33 irrogados en la sentencia impugnada. Pena que deberá cumplir el sentenciado Daniel Contreras Balbuena.

Finalmente, en lo relacionado con la pena accesoria consistente en inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, dado que el Código Penal establece en su artículo 51 el máximo de veinte (20) años, emerge evidente el error de los juzgadores al deducirla por el mismo tiempo impuesto como sanción principal, en quebranto de garantías fundamentales relacionadas con la legalidad de la pena, razón por la cual, la Sala casará de manera oficiosa la sentencia de segunda instancia, en el sentido de fijar en veinte (20) años, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta a los procesados Geovanny Osorio Pineda y Daniel Contreras Balbuena.

En razón y mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

1. Casar parcialmente el fallo impugnado. En consecuencia, **fijar** en treientos dos (302) meses y diecisiete (17) días la pena de prisión impuesta al acusado Daniel Contreras Balbuena.

2. Casar parcialmente y de oficio el fallo impugnado y como consecuencia, **fijar** la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta a los procesados Geovanny Osorio Pineda y Daniel Contreras Balbuena en veinte (20) años.

3. En lo demás el fallo se mantiene incólume.

4. Devolver la actuación al Tribunal de Origen

Contra esta decisión no procede ningún recurso.




PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



GERSON CHAVERRA CASTRO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAI ME H U M B E R T O M O R E N O A C E R O



F A B I O O S P I T I A G A R Z Ó N



E Y D E R P A T I Ñ O C A B R E R A



H U G O Q U I N T E R O B E R N A T E

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria