



PROYECTÓ: Miguel Torres Villamil

CASACIÓN LEY 906-2004

RADICADO N° 52.285

FECHA: 19 de mayo de 2020

HORA: 09:30 AM

PROCESADOS: DIEGO ANDRES TOVAR SÁNCHEZ

ANDRES FELIPE GONZÁLEZ MORELO

DELITOS: TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO

TENTATIVA DE HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO

M.P. Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

En mi condición de Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, expongo mi criterio en defensa del orden jurídico, los derechos y garantías de los intervinientes, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por los doctores JULIO ARMANDO DORADO y ALBERTO CRUZ MÉNDEZ, apoderados de los procesados, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de BOGOTÁ, que confirmó en su integridad la sentencia condenatoria proferida en primera instancia por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá, declarando responsables a DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ y ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO, como cómplices de los delitos de homicidio agravado tentado en concurso con hurto calificado y agravado tentado.



HECHOS

La situación fáctica es resumida por el Tribunal Superior de Bogotá así:

“Los hechos tuvieron ocurrencia el 6 de octubre de 2016 aproximadamente a la 1:00 a.m., en la calle 161 con carrera 16C en el barrio Orquídea de la localidad de Usaquén de esta ciudad, cuando CARLOS JULIO GARCÍA MONTAÑA, conductor de un vehículo taxi, paró al llamado de una mujer, y es sorprendido con la presencia de 5 o 6 personas, quienes lo abordan y de manera violenta le exigen la entrega de dinero.

Ante esta situación la víctima, apaga el automotor, sale corriendo, sin embargo, más adelante es alcanzado por las referidas personas quienes proceden a propinarle varias puñaladas.

Pese a su intento de huida, nuevamente es abordado y objeto de otro tipo de agresión con arma cortopunzante, agresión que cesa con la presencia de JAVIER ALONSO RAMÍREZ LÓPEZ y otros taxistas que acuden a su llamado.

Según la historia clínica de la víctima, las heridas causadas afectaron órganos vitales y su vida estuvo en riesgo, aún con la oportuna atención médica, lo que llevó a una discapacidad médico legal provisional de 45 días.”

Cómo antecedentes procesales se tiene que los procesados fueron capturados en flagrancia, y en desarrollo de audiencia preparatoria las partes expusieron la realización de un preacuerdo, mediante el cual los acusados aceptaron los cargos endilgados a cambio de que la Fiscalía degradara la responsabilidad de autores a cómplices, cuya pena se dejó a decisión del juzgador.



DEMANDA DE CASACIÓN

Según auto del 11 de diciembre del 2019, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitió las demandas de Casación presentadas por los apoderados de los procesados DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ y ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO, de forma individual.

DEMANDA DE CASACIÓN DE DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ

CARGO PRIMERO, ÚNICO

El censor invoca la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 del 2004, al considerar que se debe declarar la nulidad por haberse vulnerado el debido proceso por desconocimiento del principio del non bis in ídem, bajo tres argumentos.

En primero lugar, estima el libelista que dicho principio fue vulnerado por que se condenó al procesado, por un lado, el delito de homicidio agravado “por colocar a la víctima en situación de inferioridad”, a causa de la superioridad numérica de los victimarios; y por otro lado, también se condenó por el ilícito de hurto calificado y agravado por la participación de 2 o más personas, lo que constituye 2 condenas por un mismo hecho.

En segunda consideración, el censor afirma que en adición de lo mencionado anteriormente, los jueces dieron por demostrada la circunstancias genérica de mayor punibilidad consistente en obrar en



coparticipación criminal, que significa la participación de dos o más personas en el delito, lo que demuestra que la condena impuesta fue agravada 3 veces por un mismo hecho.

Y cómo última pretensión, el censor considera que al haberse condenado por el delito de hurto calificado con la circunstancia de agravación que dicta el numeral 10 del artículo 240, no era viable aplicar la circunstancia genérica de mayor punibilidad antes mencionada, como al final ocurrió, lo que llevó a vulnerar el principio expresado en el artículo 8 de la Ley 599 de 2000, que dicta la prohibición de imputar más de una vez la misma conducta punible, lo que conllevó a que el juez se ubicara en el primer cuarto medio y no en el cuarto mínimo de movilidad, como debió haber ocurrido.

DEMANDA DE CASACIÓN DE ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO

CARGO PRIMERO, PRINCIPAL

Invoca la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, en consideración a que los jueces vulneraron el derecho del debido proceso por desconocimiento del principio de la prohibición de doble incriminación. Por tal motivo solicita que declare la nulidad hasta la audiencia de acusación, etapa procesal donde se vulneró dicho principio.



CARGO PRIMERO, SUBSIDIARIO,

El libelista invoca la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación directa de la ley sustancial, que se materializó en la indebida aplicación del artículo 68A del Código Penal lo que condujo a la falta de aplicación del artículo 38 de esta Ley.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

DEMANDA DE CASACIÓN DE DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ

CARGO PRIMERO, ÚNICO

El censor estima que los juzgadores vulneraron el artículo 8 del Código Penal que expresa el principio de la prohibición de doble incriminación, toda vez que en la condena se aplicaron circunstancias de agravación tanto específicas como genéricas en un mismo delito, pues se atribuyó los delitos de homicidio tentado y hurto calificado tentado, ambos agravados con su correspondiente causal de agravación, que se fundamenta en la participación de dos o más personas en la comisión del delito; junto con la imposición genérica de mayor punibilidad que establece el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal “por obrar en coparticipación criminal”; en consecuencia, esta situación llevó a que los juzgadores se ubicaran en el primer cuarto medio y no en el cuarto mínimo de movilidad, como debió haber ocurrido.

En primer término, el problema jurídico a resolver, es analizar la viabilidad de aplicar circunstancias de agravación específicas y



genéricas en un mismo delito. Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expresado en auto con radicado 51.741, que el alcance del principio *non bis in ídem* se contextualiza bajo 5 parámetros, dentro los cuales se afirma: “... (ii) *no extraer de una misma circunstancia dos o más consecuencia contra el procesado o condenado, prohibición de doble o múltiple valoración,...*”, lo que significa que, no es posible sancionar un mismo supuesto fáctico una circunstancia genérica de mayor punibilidad y al mismo tiempo una causal de agravación específica de igual naturaleza en un mismo delito.

De igual forma, el artículo 58 establece en su normativa “...*siempre que no haya sido previstas de otra manera*”, que corresponde a la imposibilidad de aplicar dichas causales de mayor punibilidad, cuando la conducta ha sido agravada por sus respectivas circunstancias específicas.

Bajo estos presupuestos, este Ministerio Público considera que le asiste razón a los argumentos planteados por el censor en esta pretensión, frente a la imposición de los agravantes, en cuanto que, no se debió aplicar la causal genérica de mayor punibilidad establecida en el numeral 10 del artículo 58, toda vez que los delitos de homicidio fueron agravados con el numeral 6 del artículo 104, bajo el entendido que la víctima fue colocada en un estado de indefensión a causa de la cantidad de victimarios con la que debió lidiar; e igual situación ocurre con el injusto de hurto que se agravó con la causal 10 del artículo 241 que expresa la participación y confabulación de dos o más personas para cometer el delito.



Por otro lado, frente a la segunda pretensión que expone el censor, en estimar, igualmente, que los juzgadores solo debieron agravar una conducta, es decir el homicidio o el hurto, y no ambos ilícitos, la doctrina de la Sala Penal ha expresado que en los eventos en que la coparticipación criminal se aplica para agravar distintos delitos, el principio de prohibición de doble incriminación no se vulnera, teniendo en cuenta que pese al nexos causal que puedan tener las conductas, estas se despliegan de manera independiente en el tiempo y en el espacio¹.

Con estas premisas, observa este Ministerio Público que en el presente caso, los delitos de homicidio y hurto tratan de dos conductas independientes y singulares, es decir, que cada una de ellas contiene elementos específicos, sin que una incluya a la otra, en cuanto que, vulneran bienes jurídicos diferentes, como son la vida y la integridad personal, y el patrimonio económico, respectivamente. Así mismo, se advierte que no se está juzgando el mismo comportamiento, pues tales injustos fueron cometidos en distintos tiempos, toda vez que la intención de los procesados era la de hurtar dinero de la víctima y no atender contra su vida, pero que, por circunstancias ajenas a su voluntad pusieron en peligro la vida de la víctima.

Finalmente, respecto de la tercera propuesta presentada por el libelista, dirigida a que los falladores debieron ubicarse en el cuarto mínimo y no en el primer cuarto medio para la dosificación de la pena, considera este Ministerio Público, según lo mencionado anteriormente, que la

¹ Auto Rad. 51741. 30 de mayo de 2018. M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.
Sentencia Rad. 47545. 8 de junio de 2016. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



aplicación de agravantes genéricos y específicos no pueden concurrir en un mismo delito, y por ende, al sustraer el agravante de mayor punibilidad, el juez debió partir, tal como sustenta el censor, del mínimo cuarto, en cuanto que según lo expresa el artículo 61 del Código Penal, el sentenciador partirá del cuarto mínimo cuando no existan agravantes ni atenuantes o solamente circunstancia de atenuación, tal como se ocurre en el asunto bajo análisis.

DEMANDA DE CASACIÓN DE ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO

CARGO PRIMERO, PRINCIPAL

El libelista solicita que se declare la nulidad de la actuación y se retrotraiga el proceso hasta la audiencia de acusación, por vulnerar el principio de doble incriminación, toda vez que en esta etapa procesal el fiscal de conocimiento agravó el ilícito de homicidio por haber colocado a la víctima en un estado de indefensión; y de igual forma la aplicación de la causal 10 del artículo 58, por obrar en coparticipación criminal, por consiguiente se incrementó dos veces la pena por un mismo hecho.

Según el cargo propuesto por el censor, este Ministerio Público observa que su pretensión va dirigida al mismo problema jurídico resuelto anteriormente, con la diferencia que sus argumentos se encaminan solamente a la circunstancia de agravación específica impuesta sobre el delito de homicidio y la causal 10 del artículo 58; sin embargo, no se hará un razonamiento profundo, toda vez que dicho análisis se



desarrolló en el cargo único del procesado DIEGO ANDRES TOVAR SÁNCHEZ, razón por la cual, asiste razón a sus consideraciones.

CARGO PRIMERO, SUBSIDIARIO

El libelista invoca la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, al considerar que se vulneró la ley sustancial por la indebida aplicación del artículo 68A, toda vez que no se concedió, tanto en primera como en segunda instancia el beneficio de prisión domiciliaria, bajo el fundamento de que el delito de hurto calificado se encuentra dentro de los punibles a los que no se concede beneficios o subrogados penales, sin embargo, a juicio del defensor del procesado, dicha premisa contravía la normativa penal, puesto que la condena impuesta se basó en el incurso de homicidio tentado, delito que no se enlista en el artículo 68A.

Este Ministerio Público estima que este cargo no está llamado a prosperar, en cuanto que, asiste razón a las consideraciones expresadas por los sentenciadores de ambas instancias, con fundamento a los artículos 34, 36, 38 y 461 de la Ley 906 del 2004, donde le atribuyen la función de resolver la concesión de beneficios y subrogados penales a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, toda vez que son estos los operadores judiciales que tiene la función de vigilar y certificar el cumplimiento de las condenas. Por tal motivo la solicitud de la concesión de prisión domiciliaria, por ostentar la calidad de Padre de familia o de analizar su viabilidad frente a lo



expresado en el artículo 68A, es exclusivamente competencia del funcionario judicial en mención.

Por las anteriores razones, los cargos propuestos por los defensores están llamados a prosperar, con excepción del cargo subsidiario presentado por el procesado DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ. Por ello con todo respeto solicito a la Honorable Sala de Casación Penal, CASAR PARCIALMENTE y modificar la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pues si bien no hay necesidad de declarar la nulidad del proceso y retrotraerla hasta la audiencia de acusación, basta con dosificar nuevamente la pena.