República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Magistrado Ponente

SP13350-2016
Radicación N° 47588
Aprobado acta N° 298

Bogotá, D. C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

I. V I S T O S

Superados los defectos de la demanda de casación presentada por la apoderada de la víctima y realizada la audiencia de sustentación, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre la sentencia acusada, dictada en segunda instancia, el 5 de noviembre de 2015, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, por medio de la cual modificó el fallo condenatorio del Juzgado Noveno Penal del Circuito con función de conocimiento de la ciudad, en el sentido de disminuir de 110 a 64 meses de prisión la pena principal impuesta a **RAFAEL**

GUSTAVO ÁLVAREZ CABRERA por los delitos de homicidio simple tentado y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

II. H E C H O S

En la madrugada del 28 de julio de 2014, aproximadamente hacia las 00:40 horas, en las afueras del establecimiento abierto al público denominado *"Fonda Bar Donde Rafa"*, ubicado en la carrera 73 I N° 57 X – 02 Sur de esta ciudad, luego de haberse presentado una riña al interior del mismo, el administrador del local, **RAFAEL GUSTAVO ÁLVAREZ CABRERA**, accionó en dos oportunidades un arma de fuego y alcanzó con un proyectil al señor ERICK JERLEY ALFARO ÁLVAREZ, quien quedó tendido en la vía pública, al ser impactado en la región abdominal, costado izquierdo.

Los agentes de la policía de vigilancia que acudieron al lugar de los hechos por llamado de la ciudadanía incautaron un revólver calibre 38 especial, marca Ruger, modelo *Speed Six*, con número de serie borrado, con tambor de 6 alvéolos, que tenía en su interior dos cartuchos y dos vainillas, encontrado dentro del establecimiento precitado, en unas canastas de cerveza ubicadas junto a una bodega, y respecto del cual no se presentó permiso para porte ni tenencia.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses valoró al señor ALFARO ÁLVAREZ y le fijó una

incapacidad definitiva de 65 días, con las siguientes secuelas, todas ellas de carácter permanente: perturbación funcional de miembros inferiores; deformidad física que afecta el cuerpo; perturbación funcional del órgano de la locomoción y perturbación funcional del sistema nervioso central.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 29 de julio de 2014, el Juzgado Sesenta y Cinco Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá declaró legal la captura de **RAFAEL GUSTAVO ÁLVAREZ CABRERA**, decisión que fue apelada por la defensa y confirmada el 1° de octubre de la misma anualidad, por el Juzgado Treinta y Ocho Penal del Circuito.

En la misma fecha inicialmente mencionada, la Fiscalía Trescientos Uno Seccional le formuló imputación como **autor** de homicidio en grado de tentativa (artículos 103 y 27 del Código Penal) y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365 ibídem), cargos que no aceptó.

En la siguiente audiencia preliminar concentrada, atendiendo solicitud de la fiscalía, el juzgado con función de control de garantías le impuso al imputado medida de aseguramiento privativa de la libertad, consistente en

detención preventiva en establecimiento carcelario, determinación que no fue objeto de recursos.

2. El 3 de septiembre de 2014, en el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá, la Fiscalía Quinta Seccional, adscrita a la Unidad de Vida, radicó escrito de acusación contra **RAFAEL GUSTAVO ÁLVAREZ CABRERA**, contentivo de los cargos ya mencionados. El mismo le fue repartido al Juzgado Noveno Penal del Circuito con función de conocimiento.

3. Se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación el 2 de marzo de 2015 y audiencia preparatoria el 5 de mayo. La audiencia de juicio oral no se pudo realizar el 12 de junio de ese año y tal ocasión fue aprovechada por la fiscalía para presentar acta de preacuerdo suscrita, el 21 de mayo de 2015, con el acusado y su defensora, que en lo pertinente es del siguiente tenor:

> ***CLÁUSULA QUINTA.*** *SOBRE LA ADECUACIÓN TÍPICA. LAS CONDUCTAS ANTERIORES SE ENMARCAN DENTRO DE LO TIPIFICADO EN EL CÓDIGO PENAL COMO HOMICIDIO TENTADO, ARTÍCULO 103 – 27, EN CONCURSO SUCESIVO Y HETEROGÉNEO CON FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, A LAS VOCES DEL ART. 365 IBÍDEM MODIFICADO POR LA LEY 1142/07 EN SU ART. 39 Y A SU VEZ MODIFICADO POR LA LEY 1453/11 EN SU ART. 19, ELLO EN CONSONANCIA TAMBIÉN CON EL ART. 31 DE LA CODIFICACIÓN PENAL.*
> ***CLAÚSULA SEXTA.*** *A CAMBIO DE ESTA ACEPTACIÓN TOTAL DE LOS CARGOS, LA FISCALÍA SE COMPROMETE DE ACUERDO CON LO ORDENADO EN EL ARTÍCULO 350 DEL C.P.P. NUMERAL 2° A SOLICITAR AL JUZGADO DE CONOCIMIENTO, EN ESTE CASO 9° PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO QUE COMO ÚNICO BENEFICIO SE DEGRADARÁ EL GRADO DE PARTICIPACIÓN DEL AQUÍ IMPLICADO DE AUTOR A CÓMPLICE CONFORME LO SEÑALA EL ART. 30 DEL C.P., Y DICHA DEGRADACIÓN SE HACE ÚNICAMENTE RESPECTO AL DELITO*

DE MAYOR PUNIBILIDAD EN ESTE ASUNTO CUAL NO ES OTRO QUE EL DE FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES, PARTES O ACCESORIOS, CONSTITUYENDO ELLO LA ÚNICA REBAJA COMPENSATORIA POR ESTE PREACUERDO. POR ENDE SE REMITE Y SOLICITA A LA SEÑORA JUEZ 9° PENAL DEL CIRCUITO DE CONOCIMIENTO LA SOLICITUD PARA SU CORRESPONDIENTE APROBACIÓN.

4. En audiencia celebrada el 14 de agosto de 2015, el Juzgado Noveno Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá llevó a cabo la verificación del preacuerdo, al que impartió aprobación. A continuación, escuchó a las partes sobre los aspectos previstos por el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y dictó sentencia en la que, entre otras determinaciones, resolvió: 1) condenar a **RAFAEL GUSTAVO ÁLVAREZ CABRERA** a la pena principal de ciento diez (110) meses de prisión, como responsable de homicidio simple en grado de tentativa en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; 2) condenar al precitado a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación de la tenencia o porte de armas de fuego o municiones por lapso igual al de la sanción privativa de la libertad; 3) negar la concesión de los mecanismos sustitutivos de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria. Para la dosificación punitiva, el juzgado procedió en la forma que se indica a continuación.

Consideró los extremos punitivos previstos para la conducta punible contra la seguridad pública, esto es, prisión de 9 a 12 años o, lo que es lo mismo, de 108 a 144 meses, y los disminuyó según lo establecido para el cómplice

por el artículo 30 del Código Penal, esto es, de una sexta parte a la mitad, en la forma indicada por el artículo 60-5 ibídem, obteniendo como nuevos linderos 54 y 120 meses. Dentro del cuarto mínimo, concretó la sanción para este punible en el límite inferior, es decir, 54 meses de prisión.

La pena fijada para el homicidio por el artículo 103 del Código Penal, incrementada conforme al artículo 14 de la Ley 890 de 2004, es decir, prisión de 208 a 450 meses, la redujo siguiendo los dictados del artículo 27 del estatuto penal sustantivo, por tratarse de tentativa, operación que le arrojó sanción de 104 a 337.5 meses de prisión. También ubicándose en este caso en el cuarto mínimo, tasó la prisión en 104 meses.

Acto seguido se orientó por las directrices del artículo 31 del Código Penal, así: determinó como delito de mayor entidad el homicidio en grado de tentativa, para el cual cuantificó una pena de 104 meses de prisión; tomando esa cantidad como base, la incrementó en 6 meses por la infracción concurrente, para un total de 110 meses de prisión.

La fiscalía y el apoderado de la víctima manifestaron su conformidad con lo decidido por el juzgado de conocimiento, mientras que la defensora interpuso el recurso de apelación, alegando desconocimiento de la cláusula sexta del preacuerdo porque allí se plasmó que el delito de mayor punibilidad era el previsto en el artículo 365 del Código Penal. *"Empero al momento de la individualización de la pena*

se tomó como de mayor pena, la infracción penal que comprometió la vida de manera imperfecta (…)".

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, en sentencia dictada el 5 de noviembre de 2015, modificó el fallo del *a quo*, *"en el sentido de condenar al procesado a 64 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas"*. Los razonamientos que condujeron al *ad quem* a adoptar esa decisión se sintetizan así:

El injusto previsto en el artículo 365 del Código Penal sí es el delito de mayor pena y a él se debía aplicar la rebaja por complicidad, por haberse pactado así en el preacuerdo.

Sin embargo, en su concepto, el juzgado erró al dosificar el monto de la prisión que en concreto le correspondía a ese punible, al reducir su marco punitivo, lo que trajo como consecuencia que la sanción del homicidio tentado quedara como la más grave y éste viniera a constituirse en el delito base del concurso.

Para el tribunal el yerro del *a quo* radicó en afectar los topes punitivos señalados por la ley con soporte en el preacuerdo, ya que éste es un fenómeno postdelictual que, dijo, se aplica a la pena ya individualizada mediante un proceso en el que únicamente tienen injerencia las circunstancias delictuales.

Entonces, sin aplicar la complicidad prevista en el preacuerdo, el ilícito contra la seguridad pública es el delito base del concurso por tener asignada una pena de 108 meses de prisión, mientras que al homicidio tentado le corresponden 104 meses.

Ahora, para fijar la pena por el concurso de conductas punibles se toman los 108 meses que corresponden al delito previsto en el artículo 365 del Código Penal, se reducen a 54 meses por razón del preacuerdo y se suman 10 meses por el homicidio tentado, para un total de 64 meses.

Llegado a ese punto, el tribunal objetó que, como el señor **ÁLVAREZ CABRERA** fue capturado en flagrancia, no era procedente desconocer el límite previsto por el parágrafo del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal y, atendiendo el momento procesal de la presentación del preacuerdo la reducción punitiva no debió superar el 8.33%; no obstante, excediendo lo permitido, alcanzó el 50%. Advirtió, empero, que por este aspecto no reformaría el fallo, al ser el acusado apelante único.

Finalmente, llamó la atención a la fiscalía por la celebración del preacuerdo, pues consideró que por el estadio procesal en que ello ocurrió la contribución a la economía y celeridad de la justicia fue mínima. Además, anotó que esa entidad *"contaba con suficientes elementos probatorios para llegar a la audiencia de juicio con una alta probabilidad de que prosperara su pretensión punitiva"*.

6. La nueva apoderada designada por la víctima interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación y presentó la demanda correspondiente.

IV. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La recurrente planteó un **cargo único**, consistente en la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, cuyo sentido –anotó – fue fijado por la Corte Constitucional en las sentencias C-645/12 y C-240/14 y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo de casación dictado dentro del radicado N°38.285. A juicio de la demandante:

> *El juzgador no obstante haber seleccionado adecuadamente el artículo 351 del C.P.P., incurre en error al momento de establecer el alcance de dicha norma ya que no tuvo en cuenta para la dosificación de la pena la situación de flagrancia en que se encontraba el imputado, ni el artículo 57 de la ley 1453 que modificó el artículo 301 de la ley 906 de 2004, tampoco tuvo en cuenta que en la primera instancia se le concedió un beneficio compensatorio degradando la conducta de autor del delito de porte ilegal de armas art. 365 a cómplice habiendo un cambio favorable para el imputado ya que ese delito comporta una pena de 108 meses de prisión y tan sólo se le concedieron por la complicidad 6 meses de aumento, y esa debe ser la única rebaja compensatoria por el preacuerdo, pues la tentativa no se puede degradar de autor a cómplice ni se le pueden dar más beneficios que los que autoriza la justicia premial en su artículo 351 inciso 2° C.P.P.*

En síntesis, la censora solicitó casar la sentencia del tribunal porque al acusado *"no le pueden dar más beneficios de los que la ley otorga por el acuerdo suscrito con la fiscalía"* y, en consecuencia, ratificar la del juzgado.

V. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

A esa diligencia no asistió la recurrente, vale decir, la apoderada de la víctima, quien renunció al poder que le confirió el señor ERICK JERLEY ALFARO ÁLVAREZ. Empero, conforme a criterio ya decantado, se entendió que ello no implicaba desistimiento ni afectaba el debido proceso y se llevó a cabo la actuación (CSJ SP, 9 dic. 2010, rad. N°32.506 y CSJ AP, 25 may. 2011, rad. N°35.104).

El Fiscal Noveno Delegado solicitó a la Corte no casar la sentencia recurrida porque si bien al tribunal no le asiste razón en las consideraciones que efectuó sobre el límite del beneficio que podía reconocerse en virtud del preacuerdo, ya que lo dispuesto por el parágrafo del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal es inaplicable cuando la negociación versa sobre los hechos o sus consecuencias, como lo precisó esta corporación en la casación 45.736 y en la tutela 84.761, lo cierto es que el *ad quem* no desmejoró la situación del procesado, por ser apelante único.

La defensora formuló igual solicitud, por considerar acertada la decisión del tribunal. Acotó que el preacuerdo se ajustó a las previsiones legales y en él nada tenía que ver la flagrancia, porque lo que se hizo fue degradar la forma de intervención de autor a cómplice.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al haberse superado los defectos de la demanda, por avizorarse, a partir de ella, la necesidad del fallo para el cumplimiento de las finalidades de la casación, procede la Corte al examen y resolución de los aspectos problemáticos – preacuerdos y dosificación punitiva – y sus presupuestos, conforme al marco teórico esbozado en el libelo.

Interés jurídico de la víctima para recurrir la sentencia condenatoria en materia de quantum punitivo.

La enunciada es una temática ya definida por la Corte (CSJ SP16558-2015, 2 dic. 2015, rad. N°44840), en los siguientes términos:

> *(…) la potestad de impugnar sobre lo relacionado con el monto de la pena no está en cabeza exclusiva de la defensa, pues también dimana para la Fiscalía, en virtud del rol que desempeña; del Ministerio Público, si lo que persigue es la defensa del orden jurídico o la preservación de las garantías fundamentales, y de las víctimas, como acertadamente lo acota la Procuradora Delegada, por estar de por medio su derecho de acceso a la justicia.*
>
> *(…)*
> *En cuanto a estas últimas, destáquese cómo el derecho a reclamar justicia aludido que en ellas recae, implica la imposición de una sanción condigna a la afectación causada (cfr. CSJ. SP, abr. 27 de 2011, rad. 35947), el cual se ve seriamente comprometido cuando se advierte que escudándose en su discrecionalidad el funcionario judicial impone el mínimo de pena, desconociendo los criterios de dosificación punitiva previstos en el inciso tercero del artículo 61 del C.P., de forma, por demás, arbitraria.*
>
> *El derecho a la justicia que asiste a las víctimas, como con amplitud lo tiene decantado la Sala, surge como desarrollo de la propia Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, la ley penal vigente y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.*

(…)

En los anteriores términos, queda claro que si efectivamente hace parte de los derechos de las víctimas obtener justicia en el proceso penal para que al perpetrador del delito se le imponga una sanción condigna, adecuada, justa o seria, deviene indiscutible la posibilidad de promover impugnación cuando advierten que ello no se garantiza con la establecida.

Esta postura, por demás, es consonante con el despliegue que a los derechos de las víctimas ha dado esta Colegiatura en su más reciente jurisprudencia.

(…)

El anterior recuento jurisprudencial permite concluir lo siguiente: (i) la Sala tiene sentado que asiste interés a la víctima cuando aboga por una pena mayor, como ocurre en el evento sub examine, posición coincidente con la de la Corte Constitucional, conforme se destacó en precedencia, cuando advierte que el derecho a la justicia que les atañe conlleva el de la imposición de una sanción justa, adecuada o seria (…).

En consecuencia, el señor ERIK JERLEY ALFARO ÁLVAREZ, en su condición de víctima, tiene interés para recurrir la sentencia condenatoria en procura de obtener una sanción adecuada para el responsable de los ilícitos materia del presente proceso.

Incidencia de los preacuerdos en la dosificación punitiva.

Ahora, el problema jurídico que se plantea consiste en determinar si, por ser el preacuerdo un fenómeno postdelictual, el beneficio punitivo que del mismo se derive para el imputado o acusado debe operar sobre la pena previamente individualizada o si, por el contrario, puede afectar los límites mínimo y máximo de las sanciones

previstas por la ley para la respectiva conducta punible. De cara a ello, ha de decirse que la solución depende del tipo de preacuerdo de que se trate en cada caso.

En efecto, la Ley 906 de 2004 dispone que la Fiscalía y el imputado o acusado, con miras a alcanzar los elevados fines previstos en ella, pueden *"llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso"* (artículo 348) y señala que tales preacuerdos pueden consistir:

1) En la simple aceptación de los cargos formulados, en cuyo caso el procesado se hace acreedor a que *"la pena imponible"* se le rebaje en una proporción fija (artículo 293 y artículo 351, inciso primero). **O**,

2) En negociaciones *"sobre los términos de la imputación"* (artículo 350, inciso primero) o *"sobre los hechos imputados y sus consecuencias"* (artículo 351). También en conversaciones que conduzcan a la eliminación de *"alguna causal de agravación punitiva"* o de *"algún cargo específico"* (artículo 350, inciso segundo, numeral primero) o a que la Fiscalía *"tipifique"* la conducta *"de una forma específica con miras a disminuir la pena"* (artículo 350, inciso segundo, numeral segundo).

Precisando los diversos alcances que pueden tener los preacuerdos, la Sala, en CSJ SP 20 nov. 2013, rad. N°41570, reiterada en CSJ SP13939-2014, 15 oct. 2014, rad. N°42184, indicó:

> *Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o sicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado.* (Subrayas fuera de texto).

Ahora, si bien no cabe discusión en cuanto a que el preacuerdo es un fenómeno posterior al delito, pues es evidente que tiene lugar después de su perpetración, más exactamente, cuando se está procesando a quien ha adquirido la calidad de imputado o acusado porque de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida la Fiscalía infirió razonablemente que pudo ser autor o partícipe del delito que se investiga (artículo 287) o afirmó, con probabilidad de verdad, su calidad de autor o partícipe de una conducta delictiva que existió (artículo 336), según el caso, si se analizan las modalidades de preacuerdo que se encuentran previstas en la ley, necesariamente se llega a la conclusión que su incidencia sobre la determinación de la pena, aunque siempre ha de redundar en beneficio del procesado, no opera de igual manera en todos los casos.

Tratándose del primer tipo de preacuerdo, es decir, la simple aceptación de los cargos formulados, no hay dificultad

alguna en aceptar la tesis expuesta por el tribunal en la sentencia que se examina, pues es indudable que primero se ha de determinar *"la pena imponible"*, siguiendo los criterios y metodología indicados por el legislador, para luego efectuar su reducción, en la proporción fija que corresponda, y arribar así a la que puede denominarse como pena efectiva.

Pero no sucede igual cuando, v. gr., las partes optan por celebrar un pacto sobre las consecuencias jurídicas de los hechos imputados y acuerdan el monto de la pena, pues en tal eventualidad ni siquiera se aplica el sistema de cuartos (artículo 61 del Código Penal, modificado por el artículo 3° de la Ley 890 de 2004, CSJ AP 7 feb. 2007, rad. N°26448). Menos aún, cuando se conviene la eliminación de *"alguna causal de agravación punitiva"*, pues si ésta es específica tal supresión impide que se incrementen los extremos punitivos del tipo básico; por tanto, es dentro de éstos que debe graduarse la sanción.

Finalmente, el preacuerdo para que la Fiscalía tipifique la conducta *"de una forma específica con miras a disminuir la pena"* determina la calificación jurídica del comportamiento y la consiguiente solicitud de condena, que se configuran según las correspondientes disposiciones del Código Penal. En consecuencia, en tales eventos lo que corresponde es la aplicación de lo dispuesto por el estatuto penal sustantivo, por ejemplo, en tratándose de complicidad, la imposición de *"la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad"*, como lo ordena el

inciso segundo del artículo 30 de la Ley 599 de 2000, operación que se ha de materializar según las indicaciones de los artículos 60-5 y 61 ibídem.

En tal caso, no es posible darle un tratamiento diferente a la disminución de la pena, como lo propuso el tribunal, porque ello implicaría infracción al principio de legalidad. Repárese, entre otros, en un caso en el que la Fiscalía ha formulado imputación por homicidio simple con dolo eventual y luego acuerda tipificar la conducta como homicidio culposo. En tal evento, sin desconocer el carácter postdelictual del preacuerdo, jurídicamente resulta imposible dejar de aplicar los linderos punitivos fijados por el artículo 109 del Código Penal.

Dosificación punitiva en caso de concurso de conductas punibles.

El artículo 31 del Código Penal dispone que quien *"con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave, según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificada cada una de ellas"* (se subraya).

De acuerdo con el mandato legal transcrito, la acumulación jurídica de penas opera con sanciones completamente dosificadas (punibilidad en concreto y no en

abstracto), pues únicamente sobre esa base cierta es posible determinar si tal procedimiento respeta los límites impuestos por esa disposición: no más de otro tanto de la pena más grave ni más de la suma aritmética de las sanciones objeto de unificación.

La determinación del quantum punitivo para el concurso delictual, previa la *"debida"* dosificación de la pena correspondiente a cada una de las conductas punibles concurrentes, individualmente consideradas, implica el agotamiento de los siguientes pasos:

> *a) El funcionario debe individualizar cada una de las penas concernientes a todas las conductas punibles que entran en concurso. De esta manera, determina cuál es, en el caso concreto, la que considera, según lo presupone la norma, "la pena más grave".*
>
> *b) La individualización de cada una de las penas que concursan tiene que obedecer a los parámetros de dosificación previstos en el estatuto sustantivo, esto es, fijar los límites mínimos y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (artículo 60 del Código Penal); luego de determinado el ámbito punitivo correspondiente a cada especie concursal, dividirlo en cuartos, seleccionar aquél dentro del cual es posible oscilar según las circunstancias atenuantes o agravantes de la punibilidad que se actualizaron y fijar la pena concreta, todo esto siguiendo las orientaciones y criterios del artículo 61 ibídem [CSJ SP, 24 de abril de 2003, rad. 18856.]*
>
> *c) Es a partir de dicha "pena más grave" con la cual el funcionario encargado de dosificar la sanción individualiza el incremento en razón del concurso. En principio, puede aumentar el monto "hasta en otro tanto". Esto significa que no es el doble de la pena máxima prevista en abstracto en el respectivo tipo penal el límite que no puede desbordar el juez al fijar la pena en el concurso, sino el doble de la pena en concreto del delito más grave [Entre otras, ver CSJ SP, 25 ago. 2010, radicación 33458].*
>
> *d) El incremento de "hasta en otro tanto" de "la pena más grave" no puede, en ningún evento, superar la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles en concurso, de*

conformidad con lo que prescribe el artículo 31 de la Ley 599 de 2000 [Entre otras, ver CSJ SP, 10 oct. 1998, rad. 10987].

e) En todo caso, la pena del delito más grave incrementada por el concurso siempre deberá arrojar como resultado un guarismo que no sea superior al de la suma aritmética de cada una de las penas por los delitos concurrentes. Es decir, el incremento punitivo no puede corresponder a la simple acumulación de sanciones, sino tiene que representarle una ventaja sustancial al procesado. (CSJ SP2998-2014, 12 mar. 2014, rad. N°42623. CSJ SP14845-2015, 28 oct. 2015, rad. N°43868).

En el caso en examen, el tribunal le asignó a la complicidad, como forma de intervención en la conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, un efecto diferente al previsto por el inciso segundo del artículo 30 del Código Penal, que es el de ser modificador de los límites de la pena. La transgresión de esa disposición lo condujo a considerar, erróneamente, dicho delito como el reprimido con pena más grave y, por tanto, como base de la dosificación punitiva concursal, pese a que en concreto le fijó un monto (54 meses de prisión) inferior al del homicidio tentado (104 meses de prisión).

Límites al beneficio derivado del preacuerdo para el imputado o acusado.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, si como producto del preacuerdo *"hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo"*.

Si las partes acordaron degradar la forma de intervención de autor a cómplice y eligieron que tal variación tuviera efecto sobre el delito que hasta entonces, según la imputación y el escrito de acusación, era el más drásticamente sancionado, ninguna de ellas puede pretender que, luego de aplicada esa reducción punitiva, tal reato sea mantenido en la misma condición, esto es, como base para la dosificación punitiva concursal, contrariando la realidad matemática y los dictados del artículo 31 del Código Penal, pues ello excede los límites impuestos por la ley, al acarrear la concesión de un beneficio adicional al pactado.

Por el contrario, a las partes les correspondía prever cuáles serían las repercusiones de lo acordado, teniendo en cuenta que el juzgador debía ceñirse a lo normado por el precepto en comento.

Al respecto, el acusado y su defensora no pueden declararse sorprendidos, pues durante la verificación del preacuerdo la juzgadora les anticipó que impondría una pena de 110 meses de prisión y esbozó las razones de esa cuantificación. Advertidos de ello, decidieron seguir adelante con el procedimiento (audiencia de verificación del preacuerdo, 14/08/2015, récord 49:54 y ss.).

Por otra parte, dada la modalidad de preacuerdo que se empleó en este caso, no opera la limitante impuesta por el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, como ya lo clarificó la Sala en CSJ SP2168-2016, 24 feb. 2016, rad. N° 45736:

5.3. Lo que parece incomodar al Tribunal es que, no obstante la captura en flagrancia de los procesados, se haya preacordado degradar su forma de participación y la consecuente imposición de una pena que conlleva una rebaja en monto superior al previsto en el parágrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, según la modificación introducida por el 57 de la Ley 1453 de 2011.

Tal entendimiento es equivocado y si bien en algunas decisiones de tutela adoptadas por esta Corporación, se ha llegado a similar conclusión, consistente en que en casos de flagrancia la mengua a convenir no puede ser superior a la contemplada en la última norma citada, es esta la oportunidad para hacer las precisiones correspondientes.

Dentro de las modalidades de preacuerdo, contempladas en el Libro III, capítulo Único del Código de Procedimiento Penal de 2004, una es la que modula el delito imputado o por el cual se acusa, y otra la que ofrece al incriminado una rebaja de pena por aceptación de responsabilidad en la conducta endilgada. Por consiguiente, si el pacto se hace sobre la base de la aceptación de los cargos formulados en la imputación y la negociación se concreta en la cantidad de pena a imponer, habrá de examinarse el momento en el que ese convenio tuvo lugar para efectos de hacer la rebaja de pena, ya sea conforme a los parámetros del primer inciso del artículo 351 o del 352 ibídem. En estos eventos, si la captura fue en flagrancia, es claro que la rebaja deberá observar los límites allí previstos, de cara a lo demarcado en el parágrafo del precepto 301 de la Ley 906 de 2004, con la modificación del 57 de la Ley 1453 de 2011.

(…)

Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues – se insiste – una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del parágrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna

injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia. (Subrayas fuera de texto).

En conclusión, por la violación directa de los artículos 30 y 31 del Código Penal, se casará la sentencia de segunda instancia, dictada el 5 de noviembre de 2015 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, y, en su lugar, se confirmará la de primer grado, proferida el 14 de agosto de la misma anualidad por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con función de conocimiento de la ciudad, por contener una adecuada dosificación punitiva y ser, al mismo tiempo, respetuosa de lo acordado por las partes y de la legalidad.

Otra determinación.

Estando el expediente al despacho del magistrado ponente, fue allegado memorial por parte de la víctima, esto es, el señor ERICK JERLEY ALFARO ÁLVAREZ, en el que expone las consecuencias que se derivaron de los hechos para su salud y movilidad, así como su situación económica. Frente al mismo, ha de señalarse que, resuelto el recurso extraordinario de casación, esta Corporación agotó su intervención en el proceso y, en consecuencia, lo apropiado es que plantee sus inquietudes al juez de conocimiento, por ser el competente para tramitar el incidente de reparación integral.

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

R E S U E L V E

Primero: **CASAR** la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2015 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal.

Segundo: En su lugar, **CONFIRMAR** la de primera instancia, proferida el 14 de agosto de la misma anualidad por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con función de conocimiento de la ciudad.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria