REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veinticinco (25) de octubre de dos mil diez (2010)

APROBADO MEDIANTE ACTA No. 692
SEGUNDA INSTANCIA

Hora:	4:00 p.m.
Imputado:	Yonathan Andrés Bedoya Gómez
Cédula de ciudadanía No:	1.088.276.945 de Pereira (Rda.)
Delito:	Homicidio simple, tentativas de homicidios y porte ilegal de arma de fuego.
Víctima:	Yolanda Acevedo Correa
Procedencia:	Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira con función de conocimiento
Asunto:	Se conoce de la apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de condena proferida el 26-04-10.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Lo ocurrido fue concretado por la primera instancia de este modo:

> "El 11 de noviembre de 2009, a eso de las 11:45 horas los jóvenes Yolanda Acevedo Correa, Jhon Alexánder Ceballos Giraldo y Jhonatan Stiven Montoya Ortiz, se encontraban dialogando frente a la vivienda ubicada en la manzana 30, casa 12 del barrio Villa María, 2500 lotes, Cuba, cuando tres sujetos pasaron por el frente suyo, esgrimieron armas de fuego y dispararon en repetidas ocasiones en contra de sus humanidades; los victimarios emprendieron la huida siendo interceptados por agentes de la

> policía nacional, capturando -sic- a Jhonatan Andrés Bedoya Gómez y Neftaly Aguilar Parra, éste último menor de edad, de igual forma se incautaron dos armas de fuego, tipo revólver.
>
> Posteriormente Yolanda Acevedo Correa falleció a causa de las heridas recibidas en región posterior sobre la escápula izquierda, en hemotórax derecho y en región escapular izquierda".

1.2.- A consecuencia de lo anterior y a instancia de la Fiscalía, se llevaron a cabo las audiencias preliminares ante el juez de control de garantías, por medio de las cuales: (i) se legalizó la aprehensión; (ii) se imputó autoría en un triple *tentativa de homicidio* y *porte ilegal de arma de fuego*; cargo que el indiciado NO ACEPTÓ; y (iii) se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva intramural.

1.3.- Ante ese no allanamiento unilateral, la actuación continuó con el fin de formalizarse la acusación; sin embargo, antes de presentarse el escrito pertinente, fiscal y procesado debidamente asistido llegaron a un acuerdo consistente en que el imputado admitía su responsabilidad en el ilícito (triple tentativa de homicidio simple en concurso de porte ilegal de arma de fuego), a cambio de que se partiera del mínimo del homicidio tentado y ese monto se incrementara "hasta en otro tanto" por el resto de punibles en concurso a criterio del juez de conocimiento.

1.4.- Cuando se iba a llevar a cabo la audiencia de estudio de ese preacuerdo, las partes anunciaron una variación sustancial en su contenido, habida consideración al fallecimiento de la joven YOLANDA ACEVEDO CORREA; en consecuencia, hubo lugar a reacomodar los términos de la negociación para ajustarla a la nueva tipificación (homicidio simple, voluntario y consumado, en concurso con dos tentativas de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal).

1.5.- En estos nuevos términos el juez avaló la terminación anormal del proceso y procedió a fijar fecha y hora para celebrar la audiencia de lectura de sentencia, por medio de la cual: (i) declaró penalmente responsable al acusado en congruencia con los cargos contenidos en el preacuerdo; (ii) impuso pena privativa de la libertad equivalente a 186 meses y 6 días de prisión, más la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones por tiempo igual; y (iii) negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

1.6.- La defensa no estuvo de acuerdo con esa determinación y la impugnó, motivo por el cual el recurso fue admitido en el efecto suspensivo y se

dispuso la remisión de los registro ante esta corporación con el fin de desatar la alzada.

2.- Debate

2.1.- Defensa -recurrente-

Comienza su intervención con la precisión de que su cliente aceptó los cargos por medio de una negociación preacordada, a consecuencia de lo cual se debía partir de la pena mínima y reducirla en un 48% por la admisión de los cargos.

Que no obstante lo anterior, el juez de instancia hizo una operación dosimétrica equivocada y a consecuencia de ello le impuso una sanción indebida al sentenciado. Concreta así los defectos que observa en la dosificación punitiva:

- Estuvo bien partir de los 208 meses que corresponden al mínimo del homicidio simple porque en verdad esa es la conducta más grave; sin embargo, a continuación incrementó 150 meses por los demás delitos en concurso (dos tentativas de homicidio y un porte ilegal de arma de fuego), lo que a su juicio fue equivocado, toda vez que para hacer esa operación por el concurso, a voces del artículo 31 del Código Penal, el funcionario estaba obligado a “individualizar la pena para cada delito”, y no lo hizo.

- Si se hubiera hecho esa individualización como por ley corresponde, las dos tentativas de homicidio darían -unidas- una pena de 108 meses (resultado de restar al mínimo para cada una -104 meses-, lo atinente al 48% por la admisión de los cargos); que sumada a la cantidad de 25 meses por el porte ilegal de arma (monto que arroja el restar al mínimo de 48 meses el mismo 48%), arrojaría un total final de 133 meses de prisión, que es inferior a los 186 meses y 6 días impuestos en la sentencia objeto de apelación. Con lo anterior, demuestra que el funcionario infringió la prohibición legal según la cual: “la pena por el concurso no puede superar la suma aritmética de las que corresponderían a los ilícitos debidamente dosificadas cada una de ellas”.

- Para sustentar la obligación de individualizar la pena por cada delito a efectos de dar aplicación a la figura del concurso, trajo a colación la sentencia de casación penal del 29-10-03, radicación 21242, por medio de la cual se casó un fallo por ese mismo motivo.

- Al no haber hecho esa individualización como correspondía, la defensa está autorizada a pensar que entonces esos 150 meses estarían repartidos en 50 para cada uno de los delitos en concurso; y si es así, entonces se observa otro yerro de parte del fallador, porque la pena mínima para el porte ilegal de arma de fuego -autónomamente considerado-, es de 48 meses.

- Finalmente, también llama la atención en cuanto a que el monto establecido en la primera instancia es superior al máximo de la pena fijada por la ley para el delito más grave -homicidio simple-, porque ella oscila entre 208 y 450 meses de prisión (con el incremento de la Ley 890 de 2004), y si a éste último quantum se le reduce lo atinente al 48%, nos da 234, es decir, una cantidad muy inferior a los 358 meses que arrojó la tasación por el concurso.

2.2.- Fiscal -no recurrente-

El delegado anunció que no comparte la posición defensiva y a su juicio se debe confirmar en toda su extensión el fallo de primer grado.

Para ello comenzó su intervención recordando la forma en que operó la captura del justiciable, los hechos que dieron lugar al juzgamiento, que a su juicio son demasiado graves, y finalmente aludió a los términos de la negociación, para resaltar que a lo único que se obligó al juez era a aplicar el mínimo en el delito más grave -homicidio simple-, pero nada se dijo con respecto a las penas que deberían elegirse por el resto de los delitos en concurso.

La dosificación efectuada en la sentencia se compadece con lo normado en los artículos 31 y 61 del Código Penal, porque el tipo penal de mayor gravedad trae un mínimo de 208 meses, y esa fue la cifra que tuvo en cuenta el juez a quo, sin dar aplicación al sistema de cuartos porque estamos en presencia de una negociación.

También se tuvo en cuenta el límite de “hasta en otro tanto”, porque ese otro tanto equivale a 416 meses y esta cantidad nunca fue superada.

No considera que se haya violado la prohibición de imponer la suma aritmética de las sanciones individualmente tasadas, porque al ser las penas imponibles privativas de la libertad, tanto para las tentativas de homicidio como para el porte de arma de fuego, entonces era factible acumularlas a

efectos de hacer la tasación en forma genérica. Además le parece que la dosificación fue debidamente razonada o ponderada en cuanto se trata de ilícitos demasiado graves.

Indica finalmente, que el artículo 31 del Código Penal no dice que se tengan que contar todos los mínimos, y en ese sentido el juez obró bien puesto que respetó el mínimo del delito más grave, pero no procedió igual con las demás conductas delictivas en concurso dado que la negociación no lo obligaba a adoptar también el mínimo para éstas.

Concluye aseverando que la pena impuesta en el juzgado de instancia fue benévola, motivo por el cual solicita despachar desfavorablemente la petición que contiene el recurso, no sin antes aclarar que la sentencia que se trae a colación por la defensa es inaplicable en este caso porque es anterior a la vigencia de la Ley 906 de 2004 y para ese instante no estaba vigente la prohibición de aplicar el sistema de cuartos tratándose de negociaciones preacordadas.

3.- consideraciones

3.1.- Competencia

La tiene esta colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, al haber sido interpuesta apelación contra una providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae básicamente a establecer si el juez a quo realizó un adecuado trabajo dosimétrico y hay lugar a ratificar el quantum punitivo, o si, por el contrario, como lo argumenta la defensa, hubo un desfase por exceso en esa cuantificación y el Tribunal debe proceder a una redosificación.

3.3.- Solución a la controversia

Nos encontramos en presencia de un trámite abreviado debido a una negociación entre fiscal y procesado debidamente asistido, aprobada en audiencia por el juez a quo por haberse llevado a cabo en forma libre, voluntaria, consciente y profusamente ilustrado acerca de las consecuencias de hacer dejación de su derecho a la no autoincriminación, lo que no obsta

para asegurar que además de ese allanamiento unilateral que despeja el camino hacia el proferimiento de un fallo de condena, en el diligenciamiento en verdad existen elementos de convicción que determinan que la conducta ilícita que se pregona sí existió y que el hoy involucrado tuvo participación activa en la misma.

A sopesar cada uno de los argumentos en pro y en contra del método de dosificación elegido en la instancia procedería la Sala, muy específicamente para determinar si se violó el principio de legalidad por haberse transgredido alguno de los límites infranqueables tratándose de la figura concursal, v.gr. el "hasta otro tanto", los 60 años como pena máxima, la suma aritmética de los tipos penales que confluyen, en particular los argumentos esgrimidos por la defensa con respecto a la obligatoria tasación individual teniendo como base el mínimo punitivo con el descuento del 48% previamente acordado para todos los punibles, o la tesis de un supuesto desconocimiento del límite superior establecido para el delito de mayor gravedad -en nuestro caso el homicidio simple-, de no ser porque la Sala observa una irregularidad sustancial insubsanable que es de obligatoria declaración en esta instancia.

Nos referimos a la ausencia total de motivación por parte del juez a quo en lo atinente a la dosificación de la pena, que, como es bien sabido, constituye un tema de discrecionalidad reglada que por lo mismo no es de libre configuración y con respecto a lo cual el fallador está en el deber de hacer explícitas las razones que lo llevan a adoptar tal o cual monto de sanción.

Para el caso en estudio, la situación es en realidad extrema porque el funcionario de primer nivel se limitó a determinar el límite inferior establecido para el delito más grave (homicidio simple) y a partir de allí hizo un incremento genérico e inmotivado para los restantes tres punibles en concurso (150 meses), sin discriminar qué cantidad parcial de esa cifra correspondía a cada uno de los homicidios frustrados y cuál al porte ilegal de arma de fuego; pero no sólo eso, sino que tampoco expuso los razonamientos de ley (art. 61 del Código Penal), acerca de los motivos que podía tener para elegir la proporción en cada uno de esos incrementos a efectos de no desconocer las prohibiciones expresas en esta materia.

Y lo dicho es sustancial, porque la importancia superlativa de discriminar qué cantidad de pena corresponde a cada una de las conductas al margen de la ley incidirá posteriormente en fenómenos tales como la prescripción de la pena, la procedencia de las demás causales de extinción, o la aplicación

favorable en caso de sucesión de leyes en el tiempo, todo lo cual opera, como es sabido, de manera individual para cada delito.

Siendo así, hay lugar a decir que de todo lo expuesto por la defensa al menos se debe reconocer que tiene total razón en una cosa: el juez de conocimiento estaba obligado a realizar una tasación individual para cada ilícito en concurso, no sólo para efectos de elegir el delito de mayor gravedad, sino también para saber que la cifra finalmente elegida no excediera los límites a los cuales ya hemos hecho referencia. Así se extrae no sólo del contenido del 31 del estatuto sustantivo, cuando nos dice : "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 dosificadas cada una de ellas** […]", sino también la jurisprudencia cuando nos indica: "[…] es de tener presente que como para dosificar la pena en el concurso de conductas punibles **se debe concretar la que individualmente corresponda a cada una de ellas para encontrar la más drástica**, ese proceso individualizador ha de hacerse con arreglo a la sistemática que señala el Código Penal para el efecto, esto es, fijar los límites y máximos de los delitos en concurso dentro de los cuales el juzgador se puede mover (art. 60); 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".[1] -énfasis suplido-.

El desconocimiento a ese deber funcional para el caso concreto ha generado un tropiezo mayúsculo, porque para resolver tanto las inquietudes de la defensa como las réplicas del fiscal, tendríamos que partir de suposiciones, dado que, por ejemplo, la defensa argumentó que ella supone que si son tres delitos en concurso, entonces esos 150 meses de los que habló el juez se deben dividir entre tres y de ese modo asegura que a cada uno le corresponden 50 meses, con lo cual -dice- desconoció sin motivación alguna el límite inferior establecido para el porte ilegal de arma de fuego que se encuentra establecido por ley en 48 meses, eso sin entrar en la polémica acerca del porcentaje de descuento del 48% reconocido en el preacuerdo. Y, a su turno, al señor fiscal también le resultó obligado suponer que el juez había superado el límite inferior de los rangos que por ley correspondían a los delitos concursantes o al menos a alguno de ellos, y por eso sostuvo la tesis de que el proceder del a quo estaba justificada en cuanto a lo único que estaba comprometido era a respetar la pena mínima del delito de homicidio simple, pero no la de los restantes punibles en concurso.

[1] Sentencia del 24 de abril de 2003, Rad. 18856, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

El Tribunal considera que para estos fines no se puede partir de meras suposiciones, y por lo mismo no le es dable a la Corporación presumir a cuánto realmente ascendió al quantum para cada uno de los tipos concurrente a efectos de establecer si en realidad existe alguna anomalía por violación a los límites legales previamente establecidos y de ser así en donde radica el error; o peor aún, si existe alguna falla en el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de parte de la primera instancia, porque como ya se dijo, la motivación para obrar en tal o cual sentido es inexistente.

Siendo así, se impone la anulación de la actuación desde el momento en que se profirió el fallo de primer grado, inclusive, para que se proceda a la corrección del defecto sustancial indicado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, **ANULA** el fallo objeto de recurso y dispone que la carpeta retorne al despacho de origen para que se proceda a dictar de nuevo la sentencia pero con la debida motivación en cuanto a la tasación de pena por razón del concurso, de conformidad con lo analizado en el cuerpo motivo de esta providencia.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

LEONEL ROGELES MORENO

El Secretario de la Sala,

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES