El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 7 de septiembre de 2018

Proceso:                 Acción de revisión

Radicación Nro. : 660012204000201800067

Procesado: Richard Hernando Hincapié Giraldo

Accionado: Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Jairo Ernesto Escobar Sanz

**Temas: HOMICIDIO AGRAVADO Y OTROS/ ACCIÓN DE REVISIÓN – Causales-/ NUMERAL 7 DEL ARTÍCULO 192 C.P.P/ CAMBIO LÍNEA JURISPRUDENCIAL/**  **AUMENTO PUNITIVO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 890 DE 2004 PARA HOMICIDIO AGRAVADO DE MENORES NO PROCEDE POR RESTRICCIÓN DEL ARTÍCULO 199 DEL CIA/ SE CUMPLEN LOS PRESUPUESTOS PARA REDOSIFICAR LA PENA IMPUESTA POR EL JUEZ DE PRIMER GRADO/ REBAJAS ADICIONALES NO PROCEDEN PORQUE FUERON RECONOCIDAS EN PREACUERDO/ DECLARA FUNDADA CAUSAL DE REVISIÓN -MODIFICA LA SENTENCIA**

Ahora bien, se tiene que el fallador de primer grado dentro del presente caso aplicó los aumentos de pena estipulados en la Ley 890 de 2004, sin aplicar la rebaja de pena debido a la prohibición consagrada en el artículo 199 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006, puesto que se juzgaba el homicidio de un menor de edad; pero posteriormente la jurisprudencia reseñada señaló que no procedía el incremento punitivo previsto en la Ley 890 de 2004 toda vez que hacerlo sería soslayar el fin de dicha norma; en tanto que al no ser posible aplicar ninguna rebaja de pena, tampoco se justificaría el incremento de la misma. Por ello, deberá realizarse una nueva dosificación de la pena impuesta al señor Richard Hernando Hincapié Giraldo por medio de sentencia del 14 de julio de 2008.

(…)

En lo que atañe al tema puntual de la acción de revisión propuesta hay que manifestar que en la sentencia de primer grado se dijo: *“La Fiscalía acusó a los partícipes de dichas acciones por las siguientes conductas: “Homicidio agravado por ser la víctima un menor de edad, homicidio simple...”[[1]](#footnote-1).*

*(…)*

Respetando el marco punitivo del fallo de primer grado, se partirá entonces de 25 años equivalentes a 300 meses de prisión.

A esa sanción se incrementarán los doce (12) años de prisión que se fijaron por los demás delitos concursantes, para un total de pena de treinta y siete (37) años de prisión, la cual resulta menor a los cuarenta y cinco (45) años con seis (6) meses de prisión, fijados en el fallo inicial.

En ese sentido se debe aclarar que no es posible hacer rebajas adicionales al procesado, con base en el artículo 352 del C.P.P., por los delitos concursantes de homicidio simple (que igualmente se debió tipificar como homicidio agravado del señor Juan Carlos Henao, al presentarse la causal prevista en el artículo 104.5 del C.P.), homicidio en grado de tentativa, lesiones personales y porte ilegal de armas; pues se entiende que esa disminución punitiva ya fue reconocida en el preacuerdo aprobado por el juez de primera instancia, donde se pactó que la pena a imponer a los procesados era de cuarenta y cinco (45) años y seis( 6) meses de prisión.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Acta Nro. 763

Hora: 8:15 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 660012204000201800067 |
| Accionante | Richard Hernando Hincapié Giraldo |
| Delito | Homicidio agravado y otros |
| Juzgado Accionado | Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) |
| Asunto | Resolver la acción de revisión interpuesta contra la sentencia del 14 de julio del 2008 |

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a proferir el correspondiente fallo en el cual se resuelve lo relacionado con la acción de revisión impetrada por la defensora del señor Richard Hernando Hincapié Giraldo en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pereira (Risaralda); en la cual se declaró la responsabilidad del citado ciudadano y del señor César Alberto Morales Gómez como coautores del ´concurso punible de homicidio agravado, homicidio simple, tres tentativas de homicidio simple, tres lesiones personales dolosas y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones´.

1. SOBRE LA SUSTENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN PROPUESTA

En la audiencia adelantada el 30 de julio de 2018, se presentaron las siguientes intervenciones:

* 1. APODERADA DEL PROCESADO (Sinopsis)
* El 15 de febrero de 2008 a las 12:15 horas en la carrera 28 entre calles 67 y 68 del barrio San Fernando de Cuba se presentó una balacera en donde perdieron la vida Juan Carlos Henao González y el menor de edad Rubén Sebastián Herrera Vélez, además resultaron lesionados Jorley Alejandro Guzmán Lazo, Giovanni Rincón Murillo, Elkin Andrés Gutiérrez Trejos, Yolanda Zuluaga Uribe y Cristian Humberto Jaraba Morales.
* El señor Hincapié Giraldo como los demás capturados, fueron presentados ante un juez penal municipal con función de control de garantías. Se les formuló imputación y los procesados no aceptaron los cargos.
* Antes de la audiencia preparatoria el señor Hincapié Giraldo preacordó con la FGN, por lo cual aceptó los cargos y en consecuencia el día 14 de julio de 2008 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira (Risaralda) dictó sentencia condenándolo como autor responsable de los delitos de homicidio agravado (arts. 103 y 104 num. 5 del C.P. en concordancia con el aumento del art. 14 de la Ley 890 de 2004), homicidio simple (art. 103 del C.P. con el aumento del art. 14 de la Ley 890 de 2004), tres tentativas de homicidio, tres lesiones personales dolosas (arts. 111 y 113 del C.P. con el aumento del art. 14 de la Ley 890 de 2004) y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (art. 365 del C.P.).
* El juez de primera instancia al aplicar las reglas de fijación de pena en los casos de concurso de conductas punibles, estableció como delito base el de homicidio agravado con el aumento de la Ley 890 de 2004 y partió de la pena de 33 años y 6 meses de prisión, a lo cual le incrementó 12 años por los demás delitos concurrentes, aduciendo que según el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 no procedían las rebajas de pena cuando se tratase entre otros de delitos de homicidio o lesiones bajo modalidad dolosa, cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes.
* Por lo anterior, el fallador de primer grado le impuso a su representado la pena principal de 45 años, 6 meses de prisión, multa de 34.6 SMLMV y la accesoria de inhabilitación del ejercicio de funciones públicas por el lapso de 20 años.
* La causal de revisión prevista en el numeral 7 del art. 192 del C.P. consagra la factibilidad de revisar y eventualmente modificar la sentencia cuando la SP de la CSJ haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar el fallo condenatorio; en tal sentido la providencia 37671 del 04 de marzo de 2015 de esa corporación determinó que el aumento de pena previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 no procedía frente al homicidio agravado de menores cuando el imputado se hubiese allanado a los cargos, criterio este que había sido sostenido en los radicados 33254, 41157 y 43629 del 27 de febrero de 2013, 30 de abril y 20 de agosto del 2014 y que además fue reiterado en radicación 47143 del 22 de febrero de 2017.
* El criterio jurisprudencial reseñado favorecía al accionante, puesto que cuando no se concedían descuentos punitivos en virtud de las citadas prohibiciones previstas en el artículo 199 del C.I.A., tampoco era posible aplicar el incremento general de pena previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.
* En consecuencia, solicitó declarar fundada la acción de revisión objeto de estudio y por ende dejar sin efecto parcialmente la dosificación punitiva contenida en la sentencia condenatoria dictada contra Richard Hernando Hincapié Giraldo, con fundamento en la aplicación de la jurisprudencia favorable citada y en su lugar emitir la providencia respectiva sin tener en cuenta los aumentos contemplados en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.
  1. DELEGADO DE LA F.G.N ( Sinopsis)
* La sentencia en contra del procesado se profirió el 14 de julio de 2008 y la petición que realizaba su defensora encontraba su fundamento en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia posteriores a esa fecha; en los que se fijaron parámetros en el sentido de que no se debían aplicar los incrementos previstos en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, cuando se presentaban dos situaciones fundamentales: i) que no se haya hecho ningún tipo de rebaja al procesado y ii) que no se hubiera presentado un preacuerdo del cual se derivara alguna situación favorable para el incriminado.
* En el presente caso al procesado no se le reconoció ninguna rebaja al acusado como consecuencia de su aceptación de cargos y por el contrario se le aplicó el incremento punitivo previsto en la Ley 890 de 2004.
* Por lo anterior, consideró viable acceder a la redosificación de la pena impuesta al procesado, sin que fuera posible la concesión de subrogados penales ya que se superaba el factor objetivo previsto en el artículo 63 del C.P.
  1. REPRESENTANTE DE VÍCTIMAS (Sinopsis)
* La acción de revisión invocada debe prosperar, puesto que aplicar el incremento de penas de la Ley 890 de 2004 en este asunto sería realizar una doble agravación, ya que la sanción aplicable al delito juzgado ya era gravosa debido a la prohibición de conceder beneficios por tratarse de una víctima menor de edad.
  1. DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO (Sinopsis )
* Debe declararse fundada la causal de revisión por cuanto se dan los presupuestos para su procedencia conforme a la jurisprudencia aludida, puesto que en la dosificación de la pena no era viable el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 por existir la prohibición prevista en la Ley 1098 de 2006.
* En caso de declararse fundada la causal, la decisión debe extenderse al señor César Alberto Morales Gómez quien también fuera condenado mediante la providencia objeto de revisión.

1. CONSIDERACIONES LEGALES
   1. Esta Colegiatura es competente para decidir la presente acción, con base en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 34 del C.P.P.; ya que la sentencia cuya revisión se solicita fue dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) el 14 de julio de 2008.
   2. En consecuencia, se debe decidir si en el caso *sub lite* resulta aplicable la causal establecida en el numeral 7 del artículo 192 C.P.P., para la procedencia de la acción de revisión presentada contra de la sentencia en mención.
   3. En el caso *sub examen,* se parte de lo siguiente:

* El señor Richard Hernando Hincapié Giraldo fue condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) el 14 de julio de 2008, a la pena principal de 45 años y 6 meses de prisión[[2]](#footnote-2); como responsable del concurso de conductas punibles antes mencionado.
* La sentencia en mención tuvo como fundamento el allanamiento a cargos del señor Hincapié Giraldo, que fue presentado en la audiencia preparatoria llevada a cabo el 24 de junio de 2008[[3]](#footnote-3).
* Al hacer el ejercicio de dosimetría penal para el concurso de conductas punibles, el fallador tuvo como base la pena del homicidio agravado establecida en el artículo 103 y 104.5 del C.P. con el *plus* punitivo establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, por lo cual estableció la pena del delito base en 33 años 6 meses de prisión (debiendo ser 33 años 4 meses de prisión) y aumentó 12 años por los demás delitos concursantes, que eran homicidio simple, concurso homogéneo de tentativas de homicidio, concurso homogéneo de lesiones personales y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones; sin reconocerle al procesado ningún descuento por el preacuerdo, debido a la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.
  1. La causal de revisión por cambio de jurisprudencia favorable, se encuentra establecida en el numeral 7 del del artículo 192 C.P.P. En providencia dentro del radicado 40093 de la CSJ SP del 15 de agosto de 2013, se establecieron los requisitos para su procedencia, así:

*“... La Sala ha determinado que la alegación de la causal 7ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, según la cual la acción de revisión procede “cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”, debe cumplir como mínimo los siguientes requisitos:*

1. *Que se dirija contra una sentencia ejecutoriada cuya condena se haya fundamentado en un criterio jurisprudencial específico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal;*
2. *Que el referente jurisprudencial de la Sala Penal se cambie mediante un fallo proferido con posterioridad a la providencia que se revisa;*
3. *Que a través de un análisis comparativo se pueda demostrar que fundamentado en el nuevo razonamiento jurídico el proveído atacado habría sido más beneficioso para el demandante.*

*Sobre esta causal, en vigencia de la Ley 600 de 2000, que la consagraba en el numeral 6º del artículo 220, señaló la Sala que “es indispensable que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue es entendido por la jurisprudencia de modo diferente, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia, pues la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte conduciría a la sustitución del fallo”, y que por tanto, “no resulta suficiente invocar abstractamente la existencia de un pronunciamiento del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, o de señalar uno concreto pero desconectado de la solución del caso, sino que resulta indispensable, además, demostrar cómo de haberse conocido oportunamente por los juzgadores la nueva doctrina sobre el punto, el fallo cuya rescisión se persigue habría sido distinto”*[*2*](file:///F:\JURISPRUDENCIA%20CSJ%201995-2014\2013\agosto\40093(15-08-13).html#footnote1)*, criterio que cabe reiterar frente al mismo supuesto establecido ahora en el numeral 7º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004.*

* 1. Así las cosas, se observa que en este asunto se cumplen a cabalidad los anteriores requisitos, en razón a que: i) el procesado suscribió preacuerdo donde aceptó la responsabilidad por el delito de homicidio agravado, homicidio simple, tres (3) delitos de homicidio simple en grado de tentativa de homicidio, lesiones personales (frente a esta conducta no se estableció el tipo sancionatorio) y tráfico, fabricación y porte de armas de fuego y municiones, ii) la sentencia contra Richard Hernando Hincapié se dictó el 14 de julio de 2008 y se encuentra en firme, iii) no se le hizo ninguna reducción de pena como consecuencia tal preacuerdo que celebró con la FGN y iv) con posterioridad la SP de la CSJ adoptó un criterio favorable en lo relativo a la inaplicación de los incrementos punitivos establecidos en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para el caso de personas que tuvieran restricción para la reducción de la pena.
  2. Sobre el tema, debe destacarse en primer lugar que el incremento punitivo realizado por medio de la Ley 890 de 2004 tiene su génesis en la implementación del esquema procesal penal introducido en virtud de la facultad otorgada por el artículo 4 transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 a la Comisión Constitucional Redactora, conforme a lo cual se implementó un sistema que contemplaba mecanismos de negociación y preacuerdos y por tanto se tornaba necesario diseñar un marco normativo que permitiera un margen de maniobra a la FGN, de modo que las sanciones que se impusieran finalmente guardaran proporción con la gravedad de los hechos investigados; así se explicó -por ejemplo- en sentencia con radicación 33254 del 27 de febrero del 2013 de la SP CSJ:

*“Bien se ve, con base en la anterior reseña, que el plurimencionado aumento de penas se justificó bajo un único supuesto: potencializar la aplicación de los acuerdos, negociaciones y allanamientos, a fin de mantener los márgenes de proporcionalidad estimados por el legislador al expedir el Código Penal.*

*Así, el Estado le otorgó a la Fiscalía un margen de movilidad, en términos de rebajas punitivas, para ofrecer acuerdos y estimular las aceptaciones de cargos. Empero, a fin de mantener, o si se quiere, actualizar las valoraciones referentes a los límites punitivos implementados en el Código Penal, se incrementaron las penas con el propósito de preservar la proporcionalidad con la gravedad de los delitos y no incurrir, de esa forma, en eficacia procesal, pero con protección deficiente desde la óptica del derecho penal sustancial y las exigencias constitucionales.*

*Esa comprensión, valga resaltar, ha sido acogida y ratificada por la Sala en varios pronunciamientos. Por ejemplo, en la sentencia del 1° de junio de 2006, dictada dentro del proceso radicado con el N° 24.890, esta Corporación puntualizó:*

*Para llegar a tal conclusión, la Sala examinó el contenido de los debates que precedieron a la aprobación de la Ley 890 de 2004 al interior del Congreso de la República (Proyecto de Ley número 251 de 2004 en la Cámara y 01 de 2003 en el Senado), en donde se concluyó fundamentalmente que por virtud de los mecanismos de negociación y preacuerdos estipulados en el nuevo sistema, resultaba indispensable incrementar las penas establecidas en la Ley 599 de 2000 para permitir un “margen de maniobra a la Fiscalía” e imponer penas que “guarden proporción con la gravedad de los hechos”.*

*En sentencia de 21 de marzo de 2007, proferida dentro del proceso N° 26.065, la Sala expuso que, “como la razón de ser del aumento general de penas previsto en el artículo 14 de la Ley 890 del 2004 fue habilitar los mecanismos de allanamientos y acuerdos que surgen de la implementación del denominado sistema penal acusatorio de la Ley 906 del mismo año, su aplicación queda supeditada a la vigencia gradual de éste”.*

* 1. De esta manera, también fue referido por la SP CSJ dentro del radicado 41157 en providencia del 30 de abril del 2014, donde se dijo:

*“Como se observa, fueron razones de política criminal las que llevaron a que el legislador estableciera un aumento de penas para todas las conductas delictivas, con el fin de evitar que por razón de las reducciones punitivas como consecuencia de la implementación de instrumentos de colaboración con la justicia los infractores se hicieran merecedores a sanciones muy bajas que a juicio del constituyente derivado, no se compadecían con la ofensa a los bienes jurídicos que tutelan los tipos penales.*

*Fue siguiendo tal interpretación que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un pronunciamiento que recogió la línea interpretativa que se venía implementado hasta ese momento en torno a la aplicación en el tiempo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, para casos reglados por la Ley 600 de 2000 (CSJ, SP Enero 18 2012, Rad. 36784), «reafirmó el criterio de que la ley 890 de 2004 tiene una causa común y está ligada en su origen y discurrir con la ley 906 de 2004, por manera que el incremento punitivo de su artículo 14, sólo se justifica en cuanto se trate de un sistema procesal premial que prevé instituciones propias como el principio de oportunidad, negociaciones, preacuerdos y las reducciones de penas por allanamiento a cargos ».*

*Ese mismo criterio fue el acogido por la Corte Constitucional que en sede de tutela señaló «que el incremento generalizado de penas está vinculado al mecanismo de la negociación y de los preacuerdos, no así al de la aceptación unilateral de cargos, o allanamiento a los mismos». (CC, ST 15 Feb 2007, Rad T-106; CC, ST 10 Feb 2006, Rad. T-091; CC, ST, 16 Nov. 2006, Rad. T-941)*

*De las motivaciones que tuvo el legislador para imponer una agravación general de las penas a partir de la Ley 890 de 2004, así como de la interpretación que sobre dicho precepto ha hecho la judicatura, es claro que tal incremento sólo es aplicable para casos reglados por la Ley 906 de 2004 y aquellos eventos sobre los que se permite la obtención de reducciones punitivas por vía de los preacuerdos, negociaciones con la Fiscalía General de la Nación y allanamiento a cargos.”.*

* 1. Lo propio se reiteró en providencias del 04 de marzo de 2015 y del 22 de febrero de 2017:

*“Por ello, de conformidad con el análisis anteriormente realizado, salta a la vista que en este caso, la aplicación del incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 resulta improcedente, pues su finalidad no se halla justificada y constituye una intervención desproporcionada a su derecho fundamental a la libertad personal, como quiera que pese a la admisión de responsabilidad realizada por el procesado durante la audiencia de formulación de la imputación no se le disminuyó la pena, ni se le otorgó beneficio penal alguno, teniendo en cuenta la expresa prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, razón por la cual emerge como margen punitivo racionalmente aplicable el contenido en la Ley 599 de 2000 sin el agravante del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.”[[4]](#footnote-4)*

*(…)*

*“Ahora, en relación con la prohibición expresa contenida en la Ley de Infancia y Adolescencia – artículo 199 Ley 1098 de 2006- la Sala se ha pronunciado en el siguiente sentido:*

*«Se dijo desde entonces y con carácter modificatorio de la posición que hasta el momento imperaba, que en los supuestos en los cuales el procesado se allanara a los cargos imputados o acordara sobre los mismos con la Fiscalía, no procedía el aumento de sanción que de manera general se previó en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, cuando a pesar de tales eventos no pudiera recibir ningún beneficio punitivo compensatorio por disposición expresa de la ley, como ocurre con lo estipulado en el artículo 26 de la Ley 1121 del 2006, según el cual no resulta viable rebaja punitiva derivada de la terminación anticipada del proceso cuando se tratare de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo y extorsión, o en la veda prevista en el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006 bajo cuyos términos no es admisible disminución de sanción con base en negociaciones y preacuerdos entre Fiscalía e imputado o acusado cuando el delito de secuestro, entre otros, sea cometido, en niño, niña o adolescente*

*[…]*

*Tal criterio, a modo complementario y como ya se anunció, también deviene aplicable a los casos en los que se procede por el delito de secuestro, entre otros, cometido contra niños, niñas o adolescentes y el procesado se allana a cargos o preacuerda con la fiscalía, sin recibir descuentos o beneficios, en virtud de la prohibición contenida en el artículo 199.7 del Código de la Infancia y la Adolescencia, tal como la Corte lo ha precisado en algunas decisiones como la CSJ SP5197-2014 del 30 de abril de 2014, radicación 41157; CSJ SP10994-2014 del 20 de agosto de 2014, radicación 43624; y CSJ SP17082-2015 del 10 de diciembre de 2015, radicación 45610.*

*[…]*

*En estas condiciones, por tanto, es patente que el criterio acogido por la Sala en los precedentes de 27 de febrero de 2013 y 30 de abril de 2014, antes reseñados, favorece al accionante, toda vez que reconoce que cuando no se conceden descuentos punitivos en virtud de las citadas prohibiciones, de un lado, no procede de otro, el incremento general de penas previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues si tal incremento lo que procura es brindar a la Fiscalía un mayor campo de acción para lograr allanamientos o preacuerdos y ofrecer una disminución de la sanción, cuando tal beneficio no es procedente, como lo dijo la Corte, decae la justificación del aumento de la penalidad, luego en ese orden ha de concluirse concurrentes los supuestos fácticos de la causal invocada para de ese modo remover los efectos de la cosa juzgada que permitan ajustar la sentencia objeto de la acción a la nueva línea jurisprudencial[[5]](#footnote-5)» .*

*En el caso materia de análisis, YULI MILEIDY SERRANO PÉREZ aceptó los cargos que por el delito de secuestro simple agravado le imputó la Fiscalía, por cuya razón fue objeto de condena, sin que se le haya otorgado descuento punitivo por su decisión, pese a lo cual en la tasación de la pena el fallador le aplicó el incremento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, por lo que resulta innegable que concurren en este evento los presupuestos de la causal de revisión objeto de invocación, motivo por el cual se declarará fundada la misma.”[[6]](#footnote-6)*

* 1. Ahora bien, se tiene que el fallador de primer grado dentro del presente caso aplicó los aumentos de pena estipulados en la Ley 890 de 2004, sin aplicar la rebaja de pena debido a la prohibición consagrada en el artículo 199 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006, puesto que se juzgaba el homicidio de un menor de edad; pero posteriormente la jurisprudencia reseñada señaló que no procedía el incremento punitivo previsto en la Ley 890 de 2004 toda vez que hacerlo sería soslayar el fin de dicha norma; en tanto que al no ser posible aplicar ninguna rebaja de pena, tampoco se justificaría el incremento de la misma. Por ello, deberá realizarse una nueva dosificación de la pena impuesta al señor Richard Hernando Hincapié Giraldo por medio de sentencia del 14 de julio de 2008.
  2. En este orden de ideas, es viable revisar la decisión bajo el entendido que para el delito de homicidio agravado en menor de edad no procede el aumento de penas consagrado en la Ley 890 de 2004 por cuanto no es posible aplicar alguna rebaja para tal ilícito.
  3. No obstante, se debe resaltar que para los demás delitos concursantes, si sería viable aplicar el correspondiente aumento de penas, así como la rebaja por el preacuerdo que el señor Hincapié celebró con el ente acusador.

Por lo tanto, debería procederse a realizar la correspondiente dosificación de cada uno de los delitos concursantes, así determinar el delito base y con ello establecer el otro tanto que podrá aumentarse por los demás delitos del concurso.

* 1. Para ello hay que tener en cuenta los siguientes supuestos fácticos. Así, según el acta del preacuerdo celebrado con la FGN, la imputación se precisó de la siguiente manera:
* Homicidio agravado en concurso con homicidio simple del cual fueron víctimas el adulto Juan Carlos Henao y un menor de edad que fue identificado como Rubén Sebastián Herrera Vélez, quien tenía 13 años para la fecha de su deceso. (No se precisó cuál de esos homicidios comportaba la circunstancia de agravación prevista en el numeral 5º del artículo 104 del CP, *“valiéndose de la actividad de inimputable”,* en razón de la participación en los hechos de un menor de edad), [[7]](#footnote-7)pero se dijo que en ese caso se aplicaba la restricción prevista en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.
* Las conductas contra Yorley Alejandro Guzman Lasso, Gioanny Rincón Murillo y Elkin Andres Gutierrez fueron calificadas como homicidio en grado de tentativa.
* La afectación de la integridad personal de Cristian Humberto Jaraba Morales, Yolanda Zuluaga y Luis Felipe Villa Gómez, fue calificada genéricamente como “lesiones personales”, sin mencionar el tipo sancionatorio.
* Se dijo que: *“Igualmente se afectó la seguridad pública” ,* conducta que se subsumió en el artículo 365 del C.P.
* Finalmente se expuso que los procesados Richard Hernando Hincapié Giraldo y Carlos Alberto Morales Gómez, aceptaban su responsabilidad, *“conforme se ventiló la imputación en la audiencia de acusación, en calidad de PREACUERDO” .*Igualmente se expuso que se les impondría la misma pena fijada a la procesada Johanna Andrea Pulgarín Rincón que fue fijada en 45 años y 6 meses de prisión[[8]](#footnote-8),
  1. En lo que atañe al tema puntual de la acción de revisión propuesta hay que manifestar que en la sentencia de primer grado se dijo: *“La Fiscalía acusó a los partícipes de dichas acciones por las siguientes conductas: “Homicidio agravado por ser la víctima un menor de edad, homicidio simple...”[[9]](#footnote-9).*

Sobre esa consideración del fallo hay que manifestar que la minoría de edad de la víctima no es causal de agravación del delito de homicidio, y que la circunstancia referida por la FGN para tipificar el *actus reus* contra la vida en el caso de las víctimas Juan Carlos Henao y Rubén Sebastián Herrera Vélez, fue la intervención de un inimputable en los hechos, conforme a la causal prevista en el artículo 104.5 del C.P.

* 1. Sin embargo debe entenderse que en virtud de esa manifestación contenida en el fallo cuya revisión se solicita, el juez de primer grado consideró que el homicidio agravado correspondía al del menor Herrera Vélez, ya que hizo referencia a la prohibición de aplicar rebajas de pena por preacuerdos o negociaciones entre la FGN y el imputado o acusado, conforme a lo dispuesto en el artículo 199-7 del C.I.A.[[10]](#footnote-10).
  2. Al haberse prefijado la pena en el preacuerdo, no se aplicó el sistema de cuartos en el fallo y en consecuencia se consideró que el delito de mas entidad era el de homicidio agravado (que se entiende fue el del menor Rubén Sebastián Herrera Vélez), y se dijo lo siguiente:

*“Se tiene entonces que la pena a imponer es de treinta y tres (33) años seis (6) meses ... de prisión* (lo cual debió ser 33 años y 4 meses, si se parte del mínimo de la pena a imponer con el aumento de la Ley 890*), aumentada hasta en doce años más por el concurso con el homicidio simple, las tres tentativas de homicidio simple, las lesiones personales dolosas y el porte ilegal de armas de fuego; dando como pena definitiva cuarenta y cinco (45) año , seis (6) meses de prisión* (lo cual debió ser 45 años y 4 meses de prisión)  *y multa en cuantía de 34.6 SMLMV a favor del Consejo Superior de la Judicatura...”.*

* 1. En ese orden de ideas, con el aumento punitivo ordenado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 se le fijó una pena al procesado de 400 meses de prisión por el delito de homicidio agravado, debido a la intervención de un inimputable en la conducta que se entiende que era aquella en la que fue víctima el menor antes identificado.
  2. Como el juez de primer grado partió de la pena mínima frente a este delito que iba de 400 a 600 meses de prisión, se considera que al prescindirse del incremento punitivo ordenado por el artículo 14 de la citada Ley 890 de 2004, conforme a los precedentes que determinaron su inaplicación en virtud de la restricción establecida por el artículo 199 del CIA, se debe tomar la pena original establecida para este delito que oscila entre 25 a 40 años de prisión.
  3. Respetando el marco punitivo del fallo de primer grado, se partirá entonces de 25 años equivalentes a 300 meses de prisión.

A esa sanción se incrementarán los doce (12) años de prisión que se fijaron por los demás delitos concursantes, para un total de pena de treinta y siete (37) años de prisión, la cual resulta menor a los cuarenta y cinco (45) años con seis (6) meses de prisión, fijados en el fallo inicial.

En ese sentido se debe aclarar que no es posible hacer rebajas adicionales al procesado, con base en el artículo 352 del C.P.P., por los delitos concursantes de homicidio simple (que igualmente se debió tipificar como homicidio agravado del señor Juan Carlos Henao, al presentarse la causal prevista en el artículo 104.5 del C.P.), homicidio en grado de tentativa, lesiones personales y porte ilegal de armas; pues se entiende que esa disminución punitiva ya fue reconocida en el preacuerdo aprobado por el juez de primera instancia, donde se pactó que la pena a imponer a los procesados era de cuarenta y cinco (45) años y seis( 6) meses de prisión.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR fundada la causal de la acción de revisión impetrada por el accionante, con base en la causal 7ª del artículo 192 del C.P.P.

: En consecuencia se modificará el numeral PRIMERO de la sentencia dictada el 14 de julio de 2008, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), en el sentido de que la pena definitiva que debe descontar el procesado Richard Hernando Hincapié Giraldo por el concurso de conductas punibles de ‘homicidio agravado, homicidio simple, tres tentativas de homicidio simple, tres lesiones personales dolosas y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones’, será de TREINTA Y SIETE (37) AÑOS y multa equivalente a 34.6 SMLMV para el año 2008.

TERCERO : Con base en lo dispuesto en el artículo 198 del C.P.P., los efectos de esta decisión se extienden al coprocesado César Alberto Morales Gómez; quien fue condenado conjuntamente con el señor Hincapié Giraldo, por las mismas conductas punibles. Se informara lo pertinente al Juzgado de EPMS que conoce de ambos casos.

CUARTO: Contra la presente determinación no procede ningún recurso, por tratarse de una decisión de única instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. C. Principal Folio 47 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 51 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 46 del cuaderno de conocimiento. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Rad. 37671. SP2196-2015 del 04 de marzo de 2015. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Rad. 47032. SP6558-2016 del 18 de mayo de 2016. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Rad. 47143. SP2395-2017 del 22 de febrero de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. Se advierte que en el escrito de acusación se había hecho referencia a la causal de agravación 3 del artículo 104 del C.P., esto es, valiéndose de actividad de inimputable. [↑](#footnote-ref-7)
8. C. Principal Folios 37 a 44 [↑](#footnote-ref-8)
9. C. Principal Folio 47 [↑](#footnote-ref-9)
10. C Principal Folio 50 [↑](#footnote-ref-10)