



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP4037-2021

Radicación n° 52285

Aprobado acta No. 231

Bogotá D. C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por los defensores de los acusados ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO y DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ en contra del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 21 de noviembre de 2017, mediante la cual confirmó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado

34° Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad el 8 de septiembre de ese año.

HECHOS

De acuerdo con los hechos declarados como probados, los mismos tuvieron ocurrencia el 6 de octubre de 2016, a eso de la una de la mañana, en la calle 161 con carrera 16C, barrio La Orquídea de la localidad de Usaquén, en Bogotá, cuando Carlos Julio García Montaña detuvo la marcha del vehículo taxi que conducía al ser requerido por una mujer, siendo sorprendido en el acto por varios hombres que lo abordaron y de manera violenta la exigieron la entrega de su dinero.

García Montaña decidió abandonar su vehículo y salir en huida, siendo perseguido por los agresores, quienes lo alcanzaron y le propinaron varias puñaladas. No obstante que logró escabullirse, a poco fue cogido y apuñalado de nuevo, hasta que se presentó un grupo de taxistas que impidieron que continuara la agresión y propiciaron la captura de ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO y DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ.

Las heridas causadas a García Montaña afectaron órganos vitales y su vida estuvo en riesgo, aun con la oportuna atención médica. Se le dictaminó una incapacidad médico legal provisional de 45 días.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en los anteriores hechos, el 7 de octubre de 2016, ante el Juzgado Quince Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, se legalizó la captura de ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO y DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ, a quienes la Fiscalía les imputó los delitos de *Homicidio agravado* (artículos 103 y 104, numerales 2, 6 y 7, del Código Penal) y *Hurto Calificado y agravado* (artículos 239, inciso segundo, 240, 241, 10 y 11, y 268, ibídem), cometidos ambos delitos en grado de tentativa (artículo 27 ib.). El Fiscal del caso había imputado igualmente la circunstancia de mayor punibilidad del 58, numeral 10, del Código Penal, por la coparticipación criminal, la que retiró, sin embargo, a petición del Ministerio Público.

Presentado el escrito de acusación por parte de la Fiscalía el 5 de diciembre de 2016, le correspondió al Juzgado Noveno Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose la audiencia de acusación el 22 de febrero de 2017, en la cual se ratificaron los hechos y se adicionó a la calificación jurídica que había sido objeto de imputación la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58, numeral 10, del Código Penal, referida a la coparticipación criminal. El defensor de los acusados hizo solicitud de preclusión en relación con el delito de *Hurto calificado y agravado*; mediante decisión del 20 de abril de ese año, el juez de conocimiento denegó dicha pretensión, contra la que no se interpuso recurso alguno.

En la fecha en que se debía instalar la audiencia preparatoria, el 31 de julio de 2017, la Fiscalía y los acusados presentaron ante el juez de conocimiento un preacuerdo consistente en que éstos aceptaban su responsabilidad penal por los delitos que fueron objeto de la acusación en calidad de coautores y, como fórmula de compensación, con efectos meramente punitivos, se acordó degradar la forma de participación a cómplices. En la misma oportunidad, se llevó a cabo la verificación del preacuerdo presentado por las partes, impartándose su aprobación por el juez de conocimiento.

El 8 de septiembre de 2017, el mismo despacho judicial emitió fallo condenatorio, declarando responsables a ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO y DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ en calidad de coautores del delito de *Homicidio agravado Homicidio agravado* (artículos 103 y 104, numerales 2, 6 y 7, y 58, numeral 10, del Código Penal) y *Hurto Calificado y agravado* (artículos 239, inciso segundo, 240, 241, 10 y 11, y 268, ibídem), cometidos en grado de tentativa (artículo 27 ib.) y en concurso de conductas punibles, imponiendo en su contra la pena principal, correspondiente a la complicidad, de ciento setenta y nueve (179) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. No les concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

Apelado el fallo por el defensor de los acusados, argumentando que se vulneró el principio de non bis in ídem

y que el acusado GONZÁLEZ MORELO tenía derecho a la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia del 21 de noviembre de 2017, lo confirmó en su integridad.

Oportunamente los defensores de los acusados interpusieron el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue estudiada en su aspecto formal y admitida por esta Corporación.

Debido a la declaratoria de emergencia sanitaria en todo el país no pudo llevarse a cabo la audiencia de sustentación programada dentro de esta actuación, razón por la cual a fin de impulsar la emisión de sentencias en asuntos prioritarios durante la vigencia de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, dispuestas por el Gobierno Nacional, se dispuso dar aplicación al trámite extraordinario previsto en el Acuerdo 20 de 2020 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, adelantándose el trámite de sustentación del recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El defensor del acusado ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO presentó un **primer cargo** por nulidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, aduciendo el quebrantamiento del debido proceso por desconocimiento del principio de *non bis in ídem*, en tanto el agravante específico del numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, referido a la indefensión de la víctima en el

delito de *Homicidio*, se sustentó en la superioridad numérica de los atacantes, por lo que resulta valorada dos veces la misma situación fáctica cuando se dedujo la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58-10 *ibídem*, alusiva a obrar en coparticipación criminal.

De esa manera, concluye, a efectos de preservar la garantía constitucional de no ser sancionados dos veces por la misma conducta, es imperioso decretar la nulidad desde la misma audiencia de acusación, cuando la Fiscalía decidió variar la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes para incluir la circunstancia genérica de agravación punitiva del numeral 10 del artículo 58 del Código Penal en el delito de *Homicidio agravado* por el que fueron condenados los procesados.

Un **segundo cargo** propone el defensor del acusado GONZÁLEZ MORELO, denunciando la violación directa de la ley (Ley 906 de 2004, art. 181-1) a consecuencia de la aplicación indebida del artículo 68A del Código Penal, lo que condujo a la falta de aplicación del precepto del artículo 38 *ibídem*.

Sostiene que la prohibición de otorgamiento de la prisión domiciliaria prevista en el artículo 68A del Código Penal «*contempla el hurto calificado, pero no el homicidio tentado, que fue el delito base al momento de tasar la pena en el presente proceso, por tanto resulta a todas luces injusto y desconocedor del principio de interpretación restrictiva, el que por tan solo 10 meses de incremento, se aplique la prohibición objetiva contemplada en el artículo 68 A del Código Penal*».

Por lo tanto, reclama pronunciamiento de la Corte en el sentido de establecer que dicha prohibición solo tiene efectos cuando recae sobre el delito base en los casos de concurso de conductas punibles o, en su defecto, que solo tendrá consecuencias durante el período de pena por el delito enlistado en el artículo 68A del Código Penal.

Por su parte, el defensor del procesado DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ presentó un **cargo único** por nulidad, aduciendo la violación de las garantías fundamentales del procesado con afectación del debido proceso al quebrantarse el principio de *non bis in idem*.

Sustenta que los jueces de instancia incurrieron en una doble valoración al imputar al procesado, de manera simultánea, la circunstancia de agravación punitiva del numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, por la indefensión de la víctima en el delito de *Homicidio*, y la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58-10 *ibídem*, por el obrar en coparticipación criminal, desconociendo que esta última tiene un carácter subsidiario. Así mismo, advierte, al adecuar típicamente el delito de *Hurto calificado* se dedujo la circunstancia del artículo 241-10 *ib.*, referido a la intervención de varios sujetos activos en la realización de la conducta, incluyéndose nuevamente la agravante genérica del artículo 58-10 *ib.*

El yerro denunciado, subraya el recurrente, trajo consigo que, al momento de individualizarse la pena, el

juzgador se ubicara dentro del primer cuarto medio de punibilidad, cuando realidad debió hacerlo en el cuarto mínimo, si hubiese aplicado la prohibición de la doble incriminación, puesto que no era posible deducir la circunstancia genérica de agravación punitiva genérica, prevista en el mencionado del artículo 58-10 ib.

Por lo tanto, depreca que se decrete la nulidad abarcando solamente el proceso de individualización de la sanción penal.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la audiencia de sustentación de la demanda ante esta Corporación, los sujetos procesales efectuaron las siguientes intervenciones:

Los defensores de ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO y DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ, como recurrentes, en sus escritos de sustentación se remitieron a las consideraciones expuestas en las demandas resumidas con antelación.

Por su parte, la Delegada de la Fiscalía General de la Nación ante la Corte expresó, frente al primer cargo común de las demandas, relativo a la vulneración del debido proceso por afectación del principio de *non bis in ídem*, que en efecto emerge un error de garantía al realizarse un doble incremento punitivo por el mismo factor relacionado con la coparticipación criminal

aplicado a los delitos concurrentes de *Homicidio agravado* y *Hurto Calificado y agravado*.

De esa manera, sostuvo, el mismo hecho fundamentó una circunstancia de mayor punibilidad y una causal específica de agravación punitiva en el delito de *Homicidio agravado*, en tanto la Fiscalía sustentó esta última en el hecho de la notable superioridad numérica de los agresores resultante de la concurrencia de voluntades en la ejecución de la conducta, lo que representa, desde el punto de vista fáctico y jurídico, no otra cosa que una coparticipación criminal, que, por tal motivo, no podía deducirse al mismo tiempo como circunstancia genérica de mayor punibilidad.

Igual situación se presentó, según advirtió, en relación con el delito *Hurto Calificado y agravado*, puesto que al deducirse la circunstancia de agravación punitiva del artículo 241, numeral 10, del Código Penal, no podía tenerse en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad relativa a la coparticipación criminal, prevista en el numeral 10 del artículo 58 ibídem.

En consecuencia, solicitó casar la sentencia recurrida, debiéndose corregir la tasación de la pena, con respecto de cada uno de los delitos, para ubicarse dentro del cuarto mínimo del ámbito punitivo de movilidad, bajo los criterios de graduación de la misma.

Advirtió, en todo caso, que no obstante el yerro advertido no es procedente decretar la nulidad porque el sentido del fallo no fue irregular.

En relación con el segundo cargo propuesto por el defensor de ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO, sostuvo que no tiene vocación de prosperar, puesto que el delito de *Hurto Calificado* está enlistado en el artículo 68A del Código Penal como de aquellos en los que se prohíbe la concesión de la prisión domiciliaria como sustituta de la pena de prisión, situación que no cambia por el hecho de que en este caso no resulte ser el delito más grave, empleado como base para la determinación de la pena en virtud del concurso de conductas punibles. Además, advirtió, le correspondía en su momento a la defensa asumir las puntuales cargas probatorias y argumentativas consagradas en la Ley 750 de 2002, si pretendía la sustitución de la pena de prisión por la condición de padre cabeza de familia del procesado.

El Delegado del Ministerio Público no hizo pronunciamiento sobre la demanda de casación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda presentada se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 *ibídem*.

De acuerdo a los términos de las demandas, corresponde a la Sala, en primer lugar, determinar si atribuir simultáneamente las agravantes del artículo 104, numeral 7 *-colocando a la víctima en situación de inferioridad-*, y del artículo 241, numeral 10 *-por dos o más personas que se hubieran reunido o acordado para cometer el hurto-*, del Código Penal, y a su turno la del numeral 10 del artículo 58 *ibídem -obrar en coparticipación criminal-*, podía generar consecuencias dobles de agravación con el mismo supuesto, para ambos ilícitos, con transgresión del principio de non bis in ídem.

En segundo lugar, se deberá determinar si se encuentran demostrados los requisitos para el otorgamiento de la sustituta prisión domiciliaria al acusado ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO, en la condición de padre cabeza de familia.

La Sala se ocupará de los dos problemas jurídicos en el mismo orden en que fueron planteados.

1. La prohibición de doble incriminación, como concreción en materia penal del derecho fundamental al *non bis in ídem*:

1.1. Precisiones iniciales:

1.1.1. Presupuestos para emitir una condena anticipada:

Como consecuencia del preacuerdo celebrado con la Fiscalía, y a cambio de una calificación jurídica orientada a establecer el monto de la pena, los acusados fueron declarados responsables en calidad de coautores de los delitos *Homicidio agravado* y *Hurto Calificado y agravado*, cometidos ambos delitos en grado de tentativa, pero se le asignó la pena correspondiente a la complicidad en las conductas punibles.

Significa lo anterior que los procesados GONZÁLEZ MORELO y TOVAR SÁNCHEZ admitieron su responsabilidad en los delitos citados, en calidad de coautores y bajo las diferentes circunstancias que fueron objeto de la acusación presentada por el delegado de la Fiscalía. Ello, sin embargo, no era óbice para que el juez de conocimiento al confrontar los hechos jurídicamente relevantes y los medios de conocimientos y evidencias físicas aportadas por el acusador, dejara de llevar a cabo el control de legalidad necesario al momento de emitir la sentencia y constatará los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para emitir una condena anticipada, lo que incluye la verificación, entre otros, del estándar previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, el que en este caso, importa subrayarlo, encontró respaldo en los elementos materiales probatorios y evidencias físicas allegados por la Fiscalía.

Así lo ha definido esta Corporación:

Cuando las partes proponen estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, al juez le corresponde verificar

si están dados los presupuestos para emitir una **sentencia condenatoria**, lo que incluye aspectos como los siguientes: (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos; (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente información; etcétera.¹

Ello incluye, desde luego, la verificación de los presupuestos de las conductas punibles atribuidas a los acusados, comprendiendo dentro de ellas toda su estructura dogmática y cada uno de las circunstancias que le sean concurrentes y que puedan determinar un mayor o menor grado de injusto y de culpabilidad. Dentro de ellas cobra especial relevancia las circunstancias que califican, agravan o atenúan las conductas realizadas, de manera específica o genérica, entre otros componentes del tipo penal, lo que finalmente deberá reflejarse en la pena que debe imponerse.

¹ CSJ SP-5660-2011, 11 dic. 2018, Rad. 52311. En el mismo sentido, CSJ SP-2073-2020, 24 jun. 2020, rad. 52227.

Dentro de tales aspectos relativos al juicio de tipicidad que debe llevar a cabo el juez de conocimiento, en armonía con los elementos materiales probatorios y evidencias físicas aportadas por la fiscalía, resulta trascendental el ejercicio de su control judicial en la sentencia para impedir que se vean quebrantados, entre otros, principios constitucionales como la presunción de inocencia y la prohibición de la doble incriminación.

1.1.2. El principio constitucional del *non bis in ídem*:

El principio denominado *non bis in ídem*, se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, cuando al referir a los elementos que integran el derecho fundamental al debido proceso, señala que «[q]uien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho».

Frente a dicho principio constitucional, tiene dicho la Sala:

Esta genérica expresión latina (Non bis in ídem) ...comprende varias hipótesis.

Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.

Dos. De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.

Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.

Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina non bis in ídem material.²

En lo que es de interés para la resolución del presente caso, debe subrayarse la función que cumple la prohibición de doble incriminación, consagrada en el artículo 8° del Código Penal, como una concreción en materia penal del derecho fundamental al *non bis in ídem* consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, en el sentido de activarse en distintos momentos dentro de un proceso en curso, con el fin de impedir que de un mismo hecho deriven múltiples consecuencias negativas para el implicado. De esa manera se evita que una misma circunstancia pueda ser

² CSJ SP, 26 mar. 2007, rad. 25629. En el mismo sentido, SP, 6 sep. 2007, rad. 26591; SP, 25 may. 2011, rad. 34133; SP, 5 sep. 2012, rad. 38164; SP 31 oct. 2012, rad. 33657; SP3623-2014, 12 mar. 2014, rad. 36108; SP-16871, 10 dic. 2014, rad. 39993; SP666-2017, 25 ene. 2017, rad.41948; SP-787, 13 mar. 2019, rad. 51319; SP3141-2020; 19 ago. 2020, rad. 54108. Así mismo, Corte Constitucional, C-521 de 2009 y C-164 de 2019.

desvalorada jurídicamente en más de una oportunidad y así garantizar que sólo se hagan efectivas las consecuencias jurídicas de una de las normas sancionatorias.

Así, entonces, en aplicación del principio de *non bis in idem* material y a la prohibición contenida como axioma en la norma rectora del artículo 8° del Código Penal, no es posible que al acusado se le impongan varias sanciones, aunque de igual naturaleza, con base en las mismas circunstancias de agravación punitiva, puesto que, al no existir un mayor desvalor derivado de ellas, deben terminar recogidas en una sola disposición punitiva bajo el principio de consunción.

1.2. Fundamentos de los fallos de instancia en relación con las circunstancias de agravación punitiva referidas a la coparticipación criminal:

Se recordará que en la audiencia de imputación la Fiscalía imputó a ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORENO y DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ los delitos de *Homicidio agravado* (artículos 103 y 104, numerales 2, 6 y 7, del Código Penal) y *Hurto Calificado y agravado* (artículos 239, inciso segundo, 240, 241, 10 y 11, y 268, ibidem), cometidos ambos delitos en grado de tentativa (artículo 27 ib.).

Debe acotarse que, según la narración del fiscal, la circunstancia de agravación punitiva deducida de acuerdo al numeral 7 del artículo 104 ib., se fundamentó «*porque estaba*

(la víctima) en condición de inferioridad, eran cinco o seis personas contra un solo taxista»³. Así mismo, aunque inicialmente el fiscal imputó frente al delito de *Homicidio* la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58 ib., la retiró de la calificación jurídica ante la observación que le hizo el Delegado del Ministerio Público en el sentido de que representaba una doble incriminación sobre el mismo hecho relacionado con la coparticipación criminal⁴.

Sin embargo, en la audiencia de acusación, el fiscal sin hacer ninguna variación a los hechos que fueron objeto de imputación, modificó la calificación jurídica de los mismos en dos sentidos: para el delito de *Homicidio* eliminó la circunstancia de agravación punitiva del numeral 6 del artículo 104 del Código Penal; y, para los dos delitos imputados adicionó la circunstancia genérica de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58 ib., relativa a la coparticipación criminal⁵.

De esa manera, consolidada la acusación en ese marco jurídico, el representante de la Fiscalía y los acusados GONZÁLEZ MORELO y TOVAR SÁNCHEZ celebraron un preacuerdo consistente en que éstos admitían su responsabilidad en calidad de coautores de los delitos referidos y, como fórmula compensatoria, a fin de aminorar la sanción, se acordó que se les diera el tratamiento punitivo correspondiente a la complicidad. En esos términos, después

³ Audiencia de imputación, registro audio, min. 00:26:30.

⁴ Audiencia de imputación, registro audio, min. 00:36:50.

⁵ Audiencia de imputación, registro audio, min. 00:18:44.

de verificar la legalidad del preacuerdo, la jueza de conocimiento le impartió aprobación.

A continuación, la jueza *a quo* procedió a emitir la sentencia condenatoria, conforme a los términos acordados. En el proceso de individualización de la pena, tuvo en cuenta la juzgadora las circunstancias específicas de agravación punitiva al tiempo que la de mayor punibilidad referida a la coparticipación criminal (artículo 58-10 del Código Penal), para ambos delitos. De esa manera, después de establecer los extremos punitivos, se ubicó dentro del primer cuarto medio para determinar la pena imponible por cada una de las conductas, procediendo a continuación a establecer la sanción con fundamento en las reglas para el concurso de conductas punibles.

El defensor de los acusados interpuso el recurso de apelación, alegando que la decisión de primer grado comportó un doble desvalor por el mismo hecho al deducirse las circunstancias específicas de agravación punitiva y de mayor punibilidad referidas a la coparticipación criminal.

El Tribunal concluyó que los acusados, en el contexto de los hechos, propiciaron un escenario que representó una situación de inferioridad para la víctima debido a la «*agresión conjunta y persistente*» a la que fue sometida, pues inicialmente se empleó una mujer para atraer al taxista y así detener su marcha, tras de lo cual fue abordado de manera violenta por varios individuos portadores de armas cortopunzantes, quedando en «*imposibilidad de resistir el ataque por la **superioridad***»

numérica; situación, (sic) que además fue aprovechada por los agresores, entre estos, las dos personas vinculadas al proceso» (negrilla en el texto).

Adujo el *ad quem* que esa condición de inferioridad de la víctima no se encuentra valorada en la circunstancia de coparticipación criminal, pues «pese a tener en común el número plural de personas, su naturaleza y alcance son diferentes».

Se agregó por el juez colegiado que «el desvalor que incrementa la punibilidad –agravante específica- no es la simple conjunción de voluntades para la comisión del ilícito como lo identifica la figura de la coparticipación ---en el agravante genérico-; a esa pluralidad se debe agregar un ingrediente adicional, que no es la simple división de trabajo –forma objetiva- sino al contrario la dirección unánime de la sumatoria de fuerzas y presencia –forma subjetiva-, en asechanza en bloque para impedir que el sujeto pasivo de su acción pueda elevar su nivel de defensa».

Por la misma razón, finalizó, la condición de complicidad como forma de intervención en la conducta punible, preacordada con los procesados, tampoco impide la deducción de la discutida circunstancia de mayor punibilidad.

1.3. La atribución de las causales de agravación punitiva de los artículos 104, numeral 7, y 241, numeral 10, en simultánea con la del artículo 58, numeral 10, del Código Penal:

La causal prevista en el numeral 7 del artículo 104 Código Penal es una circunstancia de agravación punitiva del *Homicidio*, esto es, que comporta un mayor disvalor en la conducta realizada, por el hecho de colocar a la víctima «*en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación*».

Según ha tenido oportunidad de precisarlo la Corte, esta norma se refiere a dos categorías diferentes -indefensión e inferioridad-, sobre las cuales se reconocen cuatro distintas variantes de posible realización: la indefensión ocasionada por el agresor; la inferioridad producida por el atacante; la indefensión preexistente, de la cual se aprovecha el victimario; y, la inferioridad preexistente, aprovechada por el ofensor⁶.

Así, esta Corporación ha explicado la diferencia existente entre el estado de indefensión y el de inferioridad:

Respecto del último motivo de mayor punibilidad, cabe precisar que la norma hace referencia a cuatro situaciones que surgen diferentes: (I) se puso a la víctima en situación de indefensión, (II) se la puso en situación de inferioridad, (III) la víctima se encontraba en situación de indefensión, la cual fue aprovechada por el agente activo, o (IV) el procesado se aprovechó de la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima.

*Se dice que los cuatro supuestos son disímiles por cuanto la **indefensión** comporta falta de defensa (acción y efecto de defenderse, esto es, de ampararse, protegerse, librarse), y una*

⁶ CSJ SP-2170-2020, 1º jul. 2020, rad. 56174.

cosa es que el agresor haya puesto a la víctima (colocarla, disponerla en un lugar o grado) en esas condiciones, y otra diferente a que la víctima por sus propias acciones se hubiese puesto en esa situación, de la cual el agente activo se aprovecha (le saca provecho, utiliza en su beneficio esa circunstancia).

Por su parte, la **inferioridad** es una cualidad de inferior, esto es, que una persona está debajo de otra o más bajo que ella, que es menos que otra en calidad o cantidad, que está sujeta o subordinada a otra, y, por lo ya dicho, no equivale a lo mismo que una persona haya sido puesta en condiciones de inferioridad por el agresor, o que, estándolo por sus propios medios, el agente hubiese sacado provecho de tal circunstancia (subrayas y negrillas originales).⁷

Igualmente, la Sala ha sido insistente en la necesaria explicitud en que la Fiscalía debe llevar a cabo la imputación tratándose de la referida circunstancia de agravación punitiva, debiendo determinar con claridad si se trata de indefensión o inferioridad, estableciendo sobre cuál de sus variantes recae el reproche penal:

Pero, además, debe tomarse en consideración que indefensión e inferioridad son categorías diferentes, de lo cual se sigue que, necesariamente, cuando se relaciona la agravante corre del resorte de la fiscalía no solo especificar a cuál de las varias opciones consignadas en el ordinal 7º, se refiere, sino demostrarla a cabalidad.

Incluso, para mayor precisión en torno de la responsabilidad predicable del autor, en estos casos no basta con determinar que la víctima efectivamente se encontraba en una condición específica

⁷ CSJ SP-16207-2014, 26 nov. 2014, rad. 44817.

*de indefensión o inferioridad, sino que se obliga demostrar que ello no solo fue conocido por el acusado, sino que quiso aprovecharse de la ventaja inserta en dicha condición.*⁸

En ese sentido, se ha enfatizado igualmente que no es suficiente con que el acusador precise la modalidad y la variante, entre las posibles, dentro de la circunstancia de agravación punitiva del numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, sino que es necesario, además, que en los hechos jurídicamente relevantes se incluyan con claridad los aspectos circunstanciales que encajan dentro de los elementos estructurales de la agravante:

En todo caso, no basta con que en la acusación y en la sentencia se indique con precisión el fundamento normativo de la circunstancia de agravación (una de las cuatro modalidades atrás descritas). Es imperioso que en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, y en los hechos declarados en la sentencia, se incluyan los aspectos que encajan en cada uno de los elementos estructurales de la causal elegida.

*Lo anterior es imperativo en la acusación, entre otras cosas porque: (i) el procesado tiene derecho a conocer los hechos por los que es llamado a responder penalmente, para la adecuada preparación de su defensa; (ii) los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación determinan muchas de las decisiones que deben tomarse a lo largo del proceso, entre ellas, las atinentes a la pertinencia de las pruebas solicitadas por las partes; y (iii) los hechos de la acusación delimitan el marco decisional del juez, en virtud del principio de congruencia.*⁹

⁸ CSJ SP-2170-2020, 1º jul. 2020, rad. 56174. En el mismo sentido, CSJ SP-166-2021, 27 ene. 2021, rad. 47911.

⁹ CSJ SP-2896-2020, 12 ago. 2020, rad. 53596.

Se advierte claramente en el presente caso que se viene haciendo referencia a una situación de *inferioridad* creada por los agresores, determinada por la desproporción en el número de atacantes frente a una víctima que, por esa circunstancia, se vio reducida.

Esa condición de *inferioridad* fue puesta de presente por la Fiscalía en el acto de imputación cuando se fundamentó la circunstancia de agravación punitiva en que **«aquí la víctima no estaba en una condición de indefensión, estaba en una condición de inferioridad. Eran seis contra un solo taxista. Seis contra uno es una circunstancia de inferioridad, o cinco o seis, para ser más exactos. Eso no resiste mayor explicación, seis es altísimamente superior a uno, esa es una circunstancia de agravación»**¹⁰. Condición fáctica y calificación jurídica que se mantuvo en la formulación de la acusación y que sirvió de base para la celebración del preacuerdo con los acusados.

El mismo Tribunal en la decisión recurrida sostuvo que la agravante punitiva se fundamentó en la categoría de la *inferioridad*, bajo el supuesto del número de agresores como factor determinante para someter a la víctima, reducirla y lesionarla con intención de causarle la muerte, poniéndola en una situación de *«imposibilidad de resistir el ataque por la superioridad numérica; situación, (sic) que además fue aprovechada por los agresores, entre estos, las dos personas vinculadas al proceso»*.

¹⁰ Audiencia de imputación, registro audio, min. 00:26:10.

De ese modo quedó establecido que la Fiscalía, al formular la acusación, y el juez, al emitir la sentencia, precisaron en cuál de las varias opciones y variantes consignadas en el numeral 7 del artículo 104 del Código Penal subsumieron la hipótesis factual planteada. Se trató de una condición de *inferioridad* propiciada o *puesta* por los atacantes y de la que éstos sacaron provecho para lograr su cometido, consistente en la concurrencia de varias personas en la ejecución del homicidio, lo que jurídicamente corresponde a una coparticipación criminal.

Esa circunstancia fáctica específica, referida a la concurrencia en la ejecución del delito de varias personas, hizo parte del juicio de tipicidad como elemento del supuesto de hecho que modificó la responsabilidad penal, representando un incremento del desvalor de acción de la conducta desplegada por los acusados y, en consecuencia, un mayor grado de injusto.

Conforme a lo anterior, cuando el principio general previsto en el artículo 8° del Código Penal proscribiera la imposición de dos o más sanciones por el mismo hecho, está haciendo referencia a condiciones fácticas que al tiempo se entienden desvaloradas jurídicamente, así se encuentren previstas en la misma norma o en otra diferente, pero que en todo caso hagan alusión a la misma circunstancia fáctica.

Es posible, como parece ser parte del planteamiento del *ad quem*, que puedan concurrir en la agravación de una conducta varias disposiciones normativas, pero en modo

alguno pueden hacer relación al mismo hecho desvalorado. Así, puede presentarse alguna o algunas circunstancias fácticas representativas de indefensión, e incluso de inferioridad, para la víctima del *Homicidio*, concurrentes entre ellas o con cualquier circunstancia genérica de mayor punibilidad como, por ejemplo, el de la coparticipación criminal, siempre y cuando no hagan alusión al mismo hecho o circunstancia fáctica, en tanto solo un mayor desvalor objetivo de la acción -entendido como el aumento del riesgo que, *ex ante*, la acción entraña para el bien jurídico tutelado-, puede fundamentar la circunstancia agravante.

Al respecto, debe decirse que la Corte en precedentes jurisprudenciales no ha encontrado quebrantamiento del principio de *non bis in ídem* en situaciones en las que el mismo hecho sea tenido en cuenta como agravante específica para un delito y como circunstancia de mayor punibilidad para otro de distinta naturaleza. Así, por ejemplo, se ha subrayado que:

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

*por vulnerar diferentes bienes jurídicos guardan autonomía para su adecuación típica.*¹¹

No es ello lo que sucede cuando se pretende sancionar de manera simultánea un mismo supuesto de hecho a través de dos disposiciones normativas con identidad de la conducta punible, como es el caso de tener una misma circunstancia fáctica como agravante específica y agravante genérica *del mismo* tipo penal, pues en tales eventos se vulnera el *non bis* ibidem, en la medida en que es una misma conducta la que constituye el propósito de desvalor jurídico, lo que da lugar a una única tipicidad sometida a doble sanción.

Ello es así porque, además, en tales eventos el objeto de protección es el mismo, puesto que, desde una perspectiva del bien jurídico, la fundamentación en el caso concreto de las agravantes de *inferioridad* por el número de sujetos activos y de coparticipación criminal, corresponden ambas al mismo desvalor objetivo de la acción, y no del resultado.

La misma disposición de las circunstancias de mayor punibilidad deja en evidencia el celo del legislador por no permitir la doble incriminación sobre el mismo presupuesto fáctico, cuando en el artículo 58 del Código Penal presupone que «*Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera*».

¹¹ CSJ SP-5043-2018, 21 nov. 2018, rad. 46996.

En ese sentido, esta misma Corporación ha sostenido:

Jurídica y jurisprudencialmente se ha excluido la posibilidad de sancionar simultáneamente un supuesto fáctico por constituir una circunstancia de mayor punibilidad y al mismo tiempo una causal de agravación específica de igual naturaleza pero siempre que se predique de idéntica conducta punible, bajo la consideración que se vulneraría el principio de doble valoración, dado que el numeral 10° del artículo 58 del Código Penal, establece que las situaciones allí enumeradas de las circunstancias de mayor punibilidad serán tenidas en cuenta «siempre que no hayan sido previstas de otra manera»¹², bien como elemento de tipo básico o especial en el que se adecuó la conducta punible o circunstancia específica de un tipo penal subordinado aplicado.

De modo que no es cierto que se pueda desvalorar dos veces el mismo hecho¹³ o que, en abstracto, la inferioridad de la víctima no se encuentra valorada en la circunstancia de coparticipación criminal, como se sostiene en el fallo recurrido. Ello solo es posible, se reitera, si en el caso concreto la condición de inferioridad responde a un hecho distinto al de la coparticipación criminal.

En el evento que es objeto de estudio, existe coincidencia entre el contenido de la circunstancia específica de inferioridad con la genérica de mayor punibilidad, pues en ambos casos se está desvalorando el mismo hecho concreto:

¹² SP7473-2016.

¹³ Salvo en los casos de concurso real o material —no aparente— de conductas punibles, que se descarta la violación del principio *non bis in ídem*, partiendo de la base que un solo comportamiento humano puede dar lugar a la infracción de varios bienes jurídicos tutelados, como ocurre, verbi gratia, con la falsedad en documento público o privado y el fraude procesal o el enriquecimiento ilícito de particulares y la estafa (CSJ SP-9235-2014, 16 jul. 2014, rad. 41800).

la intervención como sujetos activos de un número plural de personas que determinaron para la víctima una condición de inferioridad.

Esa particular condición modifica la responsabilidad penal de los acusados, toda vez que representó un aumento del desvalor objetivo de la acción y supuso una mayor vulnerabilidad para el bien jurídico. Sin embargo, no puede ser imputada a dos disposiciones normativas porque ello entrañaría una doble desvaloración jurídica del hecho (como circunstancia de agravación punitiva y como circunstancia de mayor punibilidad), lo que se encuentra proscrito por los artículos 29 de la Constitución Política y 8° del Código Penal.

Fue exactamente lo que hicieron los jueces de instancia al agravar el *Homicidio* por la circunstancia del numeral 7 del artículo 104 del Código Penal y al tiempo deducir la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 10 del artículo 58 *ibídem*, desconociendo que en esta misma disposición se previene sobre su consideración siempre y cuando no haya sido prevista de otra manera, con lo que se impide llevar a cabo un doble desvalor del acto.

Frente al delito lesivo del patrimonio económico, la Corte debe llevar a cabo el mismo razonamiento en relación con la atribución de la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 10 del artículo 58 *ib.*, tras la deducción de la agravante específica del numeral 10 del artículo 241 del Código Penal, relativa a que el *Hurto Calificado* fue perpetrado por varias personas que acordaron su comisión.

Se trata del mismo hecho desvalorado jurídicamente, dos veces, por efecto de la concurrencia de varios sujetos activos en la realización de la conducta, por lo que de esa manera el fallador agravó de manera genérica la pena imponible por el delito de *Hurto Calificado*, en virtud de una circunstancia fáctica que ya había sido tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal modificado como agravante específica.

Así las cosas, le asiste razón a los recurrentes y, ante ello le compete a la Corte, en aplicación del principio del *non bis in ídem*, restaurar el derecho vulnerado, removiendo la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 10 del artículo 58 ib., deducida tanto para el delito de *Homicidio agravado* como para el de *Hurto Calificado agravado*, ambos cometidos en grado de tentativa.

Estas irregularidades no deben solucionarse a través de una nulidad, como lo solicitan los impugnantes, pues lo que se advierte es la presencia de un error por violación directa de la ley sustancial, con fundamento en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por aplicación indebida del numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, lo que condujo a quebrantar la garantía de prohibición de doble incriminación, como derivación del principio de *non bis in ídem*.

Será suficiente, entonces, ajustar a esa estricta legalidad la pena deducida a los procesados ANDRÉS FELIPE

GONZÁLEZ MORELO y DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ, prescindiendo de la circunstancia de mayor punibilidad que había sido atribuida.

1.4. Redosificación punitiva:

Para ese efecto, se deben acoger los lineamientos fijados por las instancias para la individualización de la pena en relación con cada uno de los delitos concurrentes y con la operación atinente al concurso de conductas punibles.

Así, la jueza de primera instancia llevó a cabo el proceso de individualización de la pena para cada una de las conductas punibles concursantes, de la siguiente manera:

En relación con el delito de *Homicidio agravado*, de acuerdo al artículo 104 del Código Pernal, y cuya pena es de 400 a 600 meses de prisión, estableció los extremos punitivos en razón del grado de ejecución de tentativa de 200 a 450 meses, disminuidos de una sexta parte a la mitad por la calidad de cómplice preacordada, quedando en definitiva de 100 a 375 meses de prisión.

Estos extremos los dividió en los siguientes cuartos: un cuarto mínimo, que va de 100 a 168.75 meses; cuartos medios, entre 168.75 y 306.25 meses; y un cuarto máximo, de 306.25 y 375 meses de prisión.

Como en esta decisión se está retirando la circunstancia de mayor punibilidad que había sido deducida, concurriendo

únicamente la circunstancia de atenuación punitiva referida a la ausencia de antecedentes penales (artículo 55-1 del Código Penal), el ámbito de movilidad será el del cuarto mínimo, esto es, de cien (100) meses a ciento sesenta y ocho punto setenta y cinco (168.75) meses.

Establecido el cuarto de movilidad, la Sala, en consideración de los mismos criterios tenidos en cuenta por la jueza *a quo*, se aumentará la misma proporción sobre la pena mínima, equivalente a 7 días, para un total de cien (100) meses más siete (7) días, como pena atribuible al delito de *Homicidio agravado* cometido en grado de tentativa¹⁴.

En relación con el delito de *Hurto Calificado agravado* (artículos 239, 240 y 241 del Código Penal), fijó los extremos punitivos por la tentativa de 72 a 252 meses, disminuidos por la calidad de cómplice preacordada, quedando en definitiva de 36 a 210 meses de prisión.

Estos extremos los dividió en los siguientes cuartos: un cuarto mínimo, que va de 36 a 79.5 meses; cuartos medios, entre 79.5 y 166.5 meses; y un cuarto máximo, de 166.5 y 210 meses de prisión. Deduciendo dentro del cuarto medio, la pena de 80 meses de prisión, sobre la que hizo una rebaja del 60% por la reparación integral –artículo 269 del Código Penal-, para un total de 32 meses.

¹⁴ 0,25 meses es la proporción en que fue aumentada la pena por la jueza *a quo* sobre el mínimo de la pena dentro del cuarto seleccionado, de donde, en la misma proporción, el resultante es: 100 meses + 0,25 meses = 100 meses y 7 días.

En ese sentido, atendiendo la ausencia de la circunstancia de mayor punibilidad por haber sido eliminada y concurriendo la circunstancia de atenuación punitiva referida a la ausencia de antecedentes penales, el ámbito de movilidad será el del cuarto mínimo, esto es, entre treinta y seis (36) y setenta y nueve punto cinco (79.5) meses.

Siguiendo los mismos criterios empleados para la individualización de la pena, se aumentará la misma proporción sobre la pena mínima, equivalente a 15 días, para un total de treinta y seis (36) meses más quince (15) días¹⁵.

Como quiera que en el presente evento concurre la circunstancia postdelictual del artículo 269 del Código Penal por la reparación económica del daño causado, se debe hacer un descuento del 60%, tal y como lo determinó la jueza de la actuación, por lo que la pena por el delito de *Hurto Calificado agravado* queda en 14 meses y 18 días (14,6 meses).

En consecuencia, siguiendo los mismos parámetros de la juez *a quo* en la individualización de la pena producto del concurso de conductas punibles, se parte de la pena más grave correspondiente al delito de *Homicidio agravado* - cien (100) meses más siete (7) días- aumentada en la misma proporción que se tuvo por el delito concursante de *Hurto Calificado y agravado* –cuatro (4) meses y diecisiete (17)

¹⁵ 0,5 meses es la proporción en que fue aumentada la pena por la jueza *a quo* sobre el mínimo de la pena dentro del cuarto seleccionado, de donde, en la misma proporción, el resultante es: 36 meses + 0,5 meses = 36 meses y 15 días.

días¹⁶⁻, para un total de ciento cuatro (104) meses más veinticuatro (24) días como pena de prisión para cada uno de los procesados, lapso en el cual también se tasa la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

2. De la prisión domiciliaria:

El defensor del acusado ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO aduce que la prohibición de otorgamiento de la prisión domiciliaria contenida en el artículo 68A del Código Penal solo está prevista para el delito *Hurto Calificado* y no para el *Homicidio agravado*, razón por la cual reclama un pronunciamiento de la Corte en el sentido de establecer que dicha prohibición solo tiene efectos cuando recae sobre el delito base o principal en los casos de concurso de conductas punibles o, en su defecto, que solo tendrá consecuencias durante el período de pena por el delito enlistado en el artículo 68A del Código Penal.

De entrada, el planteamiento esbozado por el recurrente se ofrece carente de justificación, puesto que falta en su razonamiento al principio de corrección material, conforme al cual las razones, fundamentos y contenido del ataque deben corresponder en un todo con la realidad procesal¹⁷, ya que la no concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión

¹⁶ La juez *a quo* aumentó 10 meses sobre los 32 meses individualizados por el delito de *Hurto calificado y agravado*, por lo que en la misma proporción ($14,6 \times 10 / 32 = 4,56$) equivale a 4 meses y 17 días.

¹⁷ Cfr. CSJ AP, 2 may. de 2012, rad. 26846.

carcelaria obedeció a razones distintas a las señaladas en la demanda.

En efecto, el recurrente está planteando una controversia alrededor de las prohibiciones para el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión u otro beneficio, judicial o administrativo, previstas en el artículo 68A del Código Penal, como si esa fuera la justificación ofrecida por la jueza de conocimiento al momento de negar al acusado GONZÁLEZ MORELO el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

En realidad, la jueza *a quo* negó el beneficio de la sustitución de la prisión domiciliaria con base en el artículo 38 *ibídem*, por la prohibición alusiva al delito de *Hurto Calificado* -*Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000-*, pero en cuanto atañe a la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia del procesado, argumentó falta de competencia, pues sostuvo que «*de conformidad con el artículo 461 del C.P.P., el competente para decidir sobre el tópico de padre o madre cabeza de familia es el Juez de Ejecución de Penas y de Medidas de Seguridad*».

Es cierto que en esa posición de la jueza de conocimiento puede advertirse algún yerro, no obstante que para el momento en que se tomó esa decisión coexistían en la Corte dos posturas sobre la competencia para resolver sobre la prisión domiciliaria en los términos de la Ley 750 de 2002, una que sostenía que la competencia era exclusiva de

los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (CSJ P, 11 dic 2013, rad. 41.300), y la otra que abogaba por que el juez de conocimiento podía decidir sobre ella cuando se acreditaran los requisitos para su concesión (CSJ SP, 18 ago. 2015, rad. 45853).

Esa diferencia de criterio se saldó con la sentencia CSJ SP-4945-2019, 13 nov. 2019, rad. 53863, en la que se definió que:

La Sala considera que el juez de conocimiento es competente para decidir sobre la prisión domiciliaria para madres o padres cabeza de familia, cuando la misma sea solicitada, bajo el entendido de que quien lo hace debe asumir las puntuales cargas probatorias y argumentativas consagradas en la Ley 750 de 2002.

De cualquier manera, debe advertirse que ni aún en el evento de que la juez haya podido admitir su competencia para decir sobre la concesión de la prisión domiciliaria por la alegada condición de padre cabeza de familia del acusado, no podía hacer ningún pronunciamiento al respecto porque el defensor de GONZÁLEZ MORELO no presentó ninguna argumentación al respecto ni asumió carga probatoria alguna para demostrar el cumplimiento de los requisitos consagrados en la Ley 750 de 2002.

Según puede advertirse, se limitó el defensor del procesado a manifestarle a la jueza que éste se encontraba en detención preventiva en su lugar de residencia con permiso para trabajar, que era padre cabeza de familia con

un niño de 3 años a su cago, por lo que pidió que se mantuviera la prisión domiciliaria¹⁸.

Desconoció en ese propósito las marcadas diferencias existentes entre la detención preventiva en el lugar de residencia como medida cautelar y prisión domiciliaria otorgada como sustitución de la pena de prisión, pues la primera obedece a unos fines relacionados con la salvaguarda del proceso (*la protección de las pruebas y la comparecencia del imputado o acusado*) y la protección de las víctimas y de la sociedad mientras se decide sobre la responsabilidad penal del procesado¹⁹; mientras la segunda responde a las funciones asignadas a la pena por el artículo 4° del Código Penal.

Esa diferenciación ya había sido advertida con bastante antelación por la Sala en una línea jurisprudencial que analizó la incidencia de los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004 en la prisión domiciliaria (*no sujeta al carácter de padre o madre cabeza de familia*):

*[a]dvierte la Sala frente a esta propuesta, que de ninguna manera la nueva normatividad procesal modificó el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 sobre ese instituto, **pues una cosa es la detención domiciliaria, que procede en el trámite del proceso, y otra, muy distinta, la prisión domiciliaria que procede para la ejecución de la pena.***

¹⁸ Audiencia de traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, registro video-audio, min. 01:10:30.

¹⁹ CSJ SP-4945-2019, 13 nov. 2019, rad. 53863.

Es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004, la detención domiciliaria no exige límite punitivo, como está consagrado en el artículo 314, norma que en verdad tiene efectos sustanciales favorables en la regulación de este específico instituto, como lo reconoció la Sala en proveído del 4 de mayo de 2005, Rdo. 23.567.

Este trato benévolo se entiende porque en la filosofía del sistema oral acusatorio el querer del legislador fue restringir el cumplimiento de la detención bajo el régimen carcelario, para privilegiar, de manera general, un régimen que no esté sujeto a la severidad de la reclusión intramural, la que tendrá lugar únicamente cuando se considere necesario para los fines estrictamente señalados en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Pero, esa regla general que rige en el trámite procesal no puede extenderse a los casos donde el Estado después de destronar la presunción de inocencia, condena al cumplimiento de una pena privativa de la libertad, porque en tales eventos la aplicación de la medida debe responder a otros fines distintos a los señalados en el referido precepto instrumental, que no son otros que los fines específicos de la pena establecidos en el artículo 4º del Código Penal -Ley 599 de 2000-.

La observancia de esos fines en la aplicación de la pena, necesariamente deben armonizarse con las exigencias legales establecidas en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 para la prisión domiciliaria, como sustitutiva de la prisión, además de su requisito objetivo.

Sobre esa base concluyó que:

[e]n la sistemática del nuevo Código Procesal Penal, la detención domiciliaria responde a unos fines específicos, aquellos señalados en el citado artículo 314, distintos a los fines de prevención

*general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, que se activan en el momento de la imposición de la pena de prisión, por lo que no puede entenderse reformado el artículo 38 del Código Penal por el citado artículo 314 de la Ley 906 de 2004.*²⁰

Lo anterior para significar que los fundamentos argumentativos y probatorios para reclamar la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia son de naturaleza diversa a los que sirven para sustentar una detención preventiva aún bajo esa misma condición. Así que el defensor tenía la carga ineludible de demostrar que para el momento de emisión de la sentencia se cumplían los requisitos consagrados en la Ley 750 de 2002, lo que de ninguna manera llevó a cabo.

Por lo tanto, el cargo relativo a la solicitud de la prisión domiciliaria para ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO no está llamado a prosperar.

DECISIÓN

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,

RESUELVE

²⁰ CSJSP, 19 oct 2006, rad. 25724.

PRIMERO: Casar parcialmente la sentencia Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 21 de noviembre de 2017, para excluir la causal de mayor punibilidad del artículo 58, numeral 10, del Código Penal y, como consecuencia, fijar en ciento cuatro (104) meses más veinticuatro (24) días la pena de prisión, lapso en el cual también se tasa la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que deben cumplir ANDRÉS FELIPE GONZÁLEZ MORELO y DIEGO ANDRÉS TOVAR SÁNCHEZ como coautores del concurso de delitos de *Homicidio agravado* y *Hurto Calificado y agravado*, en grado de tentativa, por los que fueran condenados.

En todo lo demás, el fallo del Tribunal permanece vigente.

Esta decisión no admite recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



GERSON CHAVERRA CASTRO
Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

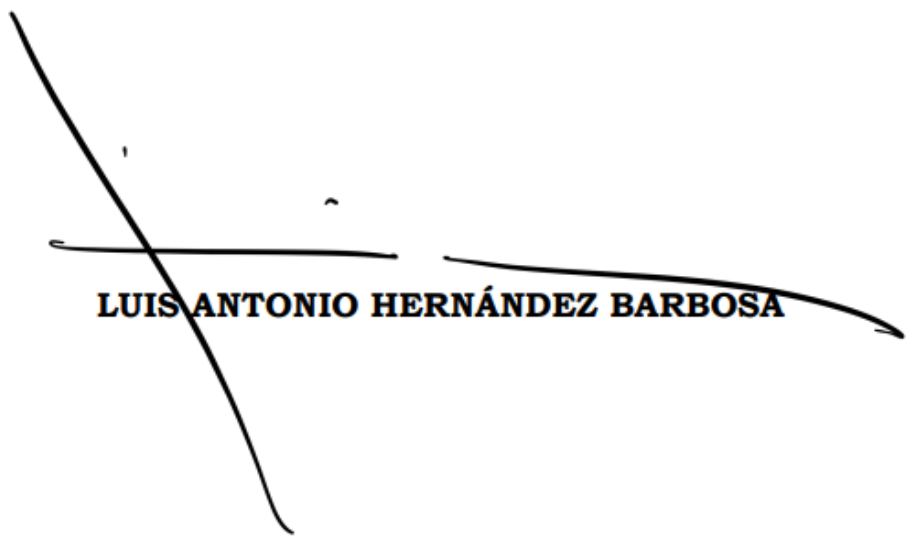


DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN




EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

021



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria