

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**Magistrado ponente**

**SP1549-2019**

**Radicación n.º 49647**

**Acta 101**

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019).

**VISTOS:**

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensa de FABIÁN JOSÉ JIMÉNEZ BENJUMEA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 28 de octubre de 2016, por medio de la cual modificó parcialmente la condenatoria dictada el 7 de abril del mismo año por el Juzgado Sexto Penal de esa ciudad.

**ANTECEDENTES:**

1. Según el fallo recurrido en casación, el 12 de mayo de 2014, FABIÁN JOSÉ JIMÉNEZ BENJUMEA, Luis Antonio Benjumea Viñas y Walter Carlos Torres Luna, junto a una mujer no identificada, llevaron a Gerson Duarte Daza a un apartamento del edificio Mirador Real, ubicado en la calle 58

No. 30-80 de Bucaramanga, con la excusa de negociar el precio del carro que la víctima estaba vendiendo. Allí lo ataron, amordazaron y despojaron del vehículo y demás pertenencias valoradas en \$37.300.000.

El 17 de enero de 2015 los mismos sujetos, acompañados de otro individuo, trasladaron a César Leonel Vargas al apartamento 303 del edificio Atenea Plaza de la carrera 36 No. 51-52 de la misma ciudad, donde lo intimidaron con arma de fuego, lo sometieron y tuvieron en cautiverio, luego de lo cual se apoderaron de su billetera, joyas, dinero en efectivo y automotor en cuantía de \$109.970.000.

El 6 de marzo siguiente, la organización delictiva amenazó con arma de fuego y privó de la libertad a José Jairo Herrera Plaza en un apartamento del edificio Posada Rochester, ubicado en la calle 49 No. 35 A-17 de la citada localidad, dentro del cual lo inmovilizaron y le hurtaron los elementos que portaba y su automóvil, todo por valor de \$61.180.000.

**2.** La legalización de la captura de los procesados se produjo el 9 y 10 de junio de 2015 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bucaramanga, diligencia en la que se les formuló imputación por la coautoría de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, secuestro simple con una circunstancia de atenuación punitiva y concierto para

delinquir —arts. 239, 240-2, 241-10, 267-1, 365, 168, 171-2 y 340 del C.P.—.

**3.** Presentado el escrito de acusación, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esa ciudad realizó la audiencia correspondiente. Cuando se desarrollaba la preparatoria, los procesados se allanaron a los cargos de hurto calificado y agravado por la coparticipación, secuestro simple atenuado y concierto para delinquir, continuando el juzgamiento por el porte ilegal de armas, siendo proferido el fallo el 26 de abril de 2016 en el que se les impusieron 108 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

**4.** La sentencia por los delitos aceptados se profirió en primera instancia el 7 de abril de 2016 y en ella fueron impuestas a los acusados 186 meses y 19 días de prisión, multa de 273.33 smmlv e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad. No se concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

**5.** El apoderado de una de las víctimas apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Bucaramanga, a través de la decisión recurrida en casación, expedida el 28 de octubre de 2016, la modificó y fijó la pena en 291 meses y 5 días de prisión, multa de 1322,5 smmlv e inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por 20 años.

6. La demanda de casación radicada por la apoderada de FABIÁN JOSÉ JIMÉNEZ BENJUMEA planteó tres cargos principales y cuatro subsidiarios. La Corte la examinó el 15 de marzo de 2017, oportunidad en la que admitió el tercero subsidiario e inadmitió los restantes reproches.

7. Estando el expediente en la Corte, la defensa de JIMÉNEZ BENJUMEA solicitó amnistía de *iure* como integrante de las FARC EP, petición remitida al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de Santa Rosa de Viterbo, autoridad que, con fundamento en la Ley 1820 de 2016, el 15 de junio de 2017, concedió ese beneficio respecto del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, decretando la extinción y liberación de las penas impuestas en razón a ese hecho punible.

8. El sentenciado presentó nueva solicitud de amnistía de *iure* respecto de los delitos de concierto para delinquir, secuestro simple, hurto calificado y agravado, pero el Juzgado Sexto Penal del Circuito, en decisión del 10 de agosto de 2017, sólo la otorgó respecto del concierto para delinquir, no así en relación con los restantes hechos punibles, los cuales no halló relacionados con el conflicto armado interno. Consecuentemente, fijó la pena de prisión para FABIÁN JOSÉ JIMÉNEZ BENJUMEA en 266 meses, 9 días y 8 horas, multa en 1322,5 smmlv, suspendió la medida de aseguramiento y ordenó el traslado del procesado a la Zona Veredal Transitoria de Normalización. Esta determinación fue confirmada por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 21 de noviembre de 2017.

**CARGO ADMITIDO:**

**Falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad.**

Refiere la recurrente que la sentencia de primera instancia impuso a los sentenciados 186 meses y 19 días de prisión y multa de 273,33 smmlv, tasación en la que no tuvo en cuenta la agravación del numeral 10° del artículo 241 del C.P. porque la participación plural de personas en el hecho delictivo configura el concierto para delinquir, sin que esa circunstancia pueda ser considerada dos veces.

A pesar de lo anterior, el Tribunal, de manera equivocada, agravó la sanción desconociendo los precedentes jurisprudenciales según los cuales la imputación por el delito de concierto para delinquir excluye el agravante de la coparticipación criminal.

Pide, en consecuencia, casar la sentencia y revocar el incremento punitivo dispuesto por la segunda instancia.

**ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:**

En la audiencia de sustentación oral intervinieron el Fiscal Delegado ante la Corte y el Ministerio Público.

### **1. El Procurador Delegado.**

Solicita casar parcialmente la sentencia impugnada por cuanto el Tribunal, al resolver el recurso de apelación, aplicó simultáneamente la agravante del numeral 10° del artículo 241 del Código Penal y el tipo penal de concierto para delinquir, con lo cual vulneró el principio de *non bis in ídem*.

### **2. La Fiscal Delegada.**

Pide casar parcialmente el fallo toda vez que se configura la causal invocada en el único cargo admitido, pues el Tribunal aplicó en forma indebida el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal por cuanto la condena incluía el delito de concierto para delinquir, el que también exige la pluralidad del sujeto activo en la comisión de la actividad delictiva y su aplicación simultánea comporta afectación de la prohibición de considerar dos veces la misma circunstancia.

La condena procede, a su criterio, por el delito contra la seguridad pública, dada la existencia del acuerdo criminal y la finalidad del mismo.

## **CONSIDERACIONES DE LA CORTE:**

### **1. Acotación previa.**

De acuerdo con los registros procesales, la acción penal por el delito de concierto para delinquir se extinguió en razón a la amnistía de *iure* otorgada el 10 de agosto de 2017 a

FABIÁN JOSÉ JIMÉNEZ BENJUMEA por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, dado que la determinación fue confirmada el 21 de noviembre siguiente por el Tribunal Superior de dicha ciudad.

A pesar de ello, resulta necesario resolver el recurso de casación en la medida que la situación denunciada en el cargo admitido entrañó la vulneración del principio fundamental de *non bis in ídem*, no sólo del demandante sino de los no recurrentes Luis Antonio Benjumea Viña y Walter Carlos Torres Luna, a quienes, de acuerdo con el artículo 187 de la Ley 906 de 2004, se extienden los efectos de la decisión que les sean favorables.

Y aunque el fallo impugnado es producto de uno de los mecanismos de terminación anticipada del proceso — allanamiento a cargos—, el recurso examinado resulta procedente por versar sobre las consecuencias punitivas de la conducta y la presunta violación de garantías fundamentales.

## **2. Del caso concreto.**

**2.1.** Para el demandante, la sentencia del Tribunal vulneró el artículo 29 de la Constitución Política porque desconoció la garantía de *non bis in ídem* en la medida que consideró simultáneamente el motivo de agravación contenido en el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal y el delito de concierto para delinquir del artículo 340 del Código Penal, que tienen el mismo soporte fáctico, esto es, perpetrar el hecho punible por plural número de personas.

**2.2.** Pues bien, acorde con la jurisprudencia constitucional<sup>1</sup> y penal<sup>2</sup>, el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho —*non bis in ídem*—, establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, comprende las siguientes hipótesis:

a) La prohibición de investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya ha sido juzgada en un proceso penal anterior, sea que haya sido absuelta o condenada.

b) La prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

Esta última hipótesis se presenta en el caso examinado porque el motivo de agravación contenido en el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal, referido a que dos o más personas hubiesen acordado cometer el hurto, coincide con los elementos centrales de la descripción típica del delito de concierto para delinquir del artículo 340 del Código Penal.

En efecto, el artículo 340 del Código Penal sanciona la conducta de concertarse con el fin de cometer hechos delictivos, mientras que el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal agrava la sanción, entre otras hipótesis, cuando

<sup>1</sup> Cfr. Sentencias C-006-03, C-229-08, C-521-09, C-464-14, entre otras.

<sup>2</sup> Cfr. CSJ Sentencias del 31/10/12, rad. 39489, 10/4/13, rad. 40916, entre otras.



es cometido «por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado para cometer el hurto».

Sobre el particular, la Corte ha precisado que «cuando varias personas se reúnen o acuerdan cometer un hurto, circunstancia que agrava la conducta, su imputación excluye el concierto para delinquir, del mismo modo que este impide la imputación de esa causal y no el concurso entre ambos delitos, si la asociación reúne las características propias del atentado contra la seguridad pública...En el asunto, se imputó el concierto para delinquir por el número de partícipes y el *modus operandi* en la ejecución del delito de hurto, al mismo tiempo que el atentado contra el patrimonio fue agravado por la pluralidad de personas, lo que evidencia la transgresión de la garantía de *non bis in ídem*» (CSJ SP 24/10/12, rad. 35116; 8/2/12, rad. 38060).

En otras palabras, la causal de agravación punitiva —ser cometido por dos o más personas que se hubiesen reunido o acordado para cometer el delito— se refiere a la misma circunstancia tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal de concierto para delinquir, por manera que se infringe el principio *non bis in ídem* al considerarlas en forma simultánea.

Por demás, tanto el delito autónomo como la agravante buscan sancionar con mayor rigor a quienes acuerdan la comisión de delitos, con el propósito de salvaguardar la seguridad pública, indiscutiblemente afectada cuando se

pacta la comisión de delitos indeterminados o la realización de un específico hecho delictivo.

Adicionalmente, la sanción, en ambos casos, se establece en el ordenamiento punitivo nacional, luego ambas comparten el mismo fundamento normativo. Y, por último, persiguen finalidades iguales, es, decir, reprochar penalmente el acuerdo criminal para la comisión de conductas delictivas, con lo cual se satisface la triple exigencia de identidad de sujeto, objeto y causa.

Obró correctamente la primera instancia, en consecuencia, al desestimar la circunstancia de agravación del delito de hurto a efectos de no sancionar dos veces el mismo supuesto fáctico, con mayor razón cuando, en el caso analizado, el concierto para delinquir tiene un espectro más amplio y se identifica de mejor manera con el actuar de los procesados, en la medida que como integrantes del grupo delincencial orientaron su comportamiento a cometer pluralidad de delitos, entre ellos, secuestro, hurto, porte de armas.

Es manifiesto, entonces, que el Tribunal afectó la garantía del debido proceso en su variante *non bis in idem* al incluir en la tasación de la pena la misma circunstancia fáctica como tipo penal básico y como agravante. Por ende, la Corte casará parcialmente el fallo impugnado para declarar que en la conducta atribuida al procesado no concurrió la agravante contenida en el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal,

referida a la realización *«por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado»* cometer el delito.

**2.3.** Pues bien, a FABIÁN JOSÉ JIMÉNEZ BENJUMEA, LUIS ANTONIO BENJUMEA VIÑAS y WALTER CARLOS TORRES LUNA les fueron imputados en este proceso los delitos de concierto para delinquir, secuestro simple, hurto calificado y agravado, los cuales aceptaron en la audiencia preparatoria.

El juzgado de primera instancia consideró como delito más grave el hurto calificado, al cual adicionó la agravación genérica del artículo 267-1 del C.P. imputada por la Fiscalía, de manera que fijó la pena en 148 meses de prisión. Para establecer esa sanción, la juez se ubicó en el cuarto mínimo de movilidad punitiva que oscila entre 128 y 168 meses y allí seleccionó la pena de 148 meses, en atención a la gravedad de la conducta y el daño real sobre el patrimonio de las víctimas.

Desestimó la agravación del numeral 10° del artículo 241 del Código Penal porque *«conforme al principio de legalidad, esta circunstancia de agravación no será tomada en cuenta por este estrado judicial, teniendo en cuenta que a los procesados se les acusó por el delito de concierto para delinquir el cual tiene previsto dentro de su descripción típica la reunión de varias personas para cometer delitos. Aplicar esta agravante conllevaría a violar la garantía constitucional de non bis in ídem»*.

A la pena anteriormente señalada, aumentó 60 meses por el concurso homogéneo de delitos de hurto, 40 más por el concurso de secuestro y 24 adicionales por el concierto para delinquir, para un total de 280 meses, cifra a la que restó la tercera parte en atención a la aceptación de cargos, lo que arrojó la sanción definitiva de 186 meses y 19 días de prisión.

Al desatar la apelación del apoderado de víctimas, el Tribunal coligió que sí podían concurrir el concierto para delinquir y la causal de agravación contenida en el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal y, por ello, redosificó la pena de la siguiente manera: 231 meses por el delito de hurto calificado y agravado, 93 meses y 16 días por el concurso de este delito, 74 meses y 25 días por los punibles de secuestro y 37 meses 12 días por el concierto para delinquir, a lo cual restó la tercera parte por la aceptación de cargos, para una pena definitiva de 291 meses y 5 días de prisión.

En virtud a la prosperidad del cargo, la Sala readecuará la sanción de la siguiente manera:

La pena para el delito de hurto calificado, agravado por la circunstancia genérica del artículo 267-1 del Código Penal, sin incluir el aumento punitivo del artículo 241-10, será de 148 meses, conforme lo determinó el Juzgado de primera instancia. Las restantes sanciones serán las definidas por el Tribunal Superior de Bucaramanga, pues no fueron objeto de cuestionamiento y se observan acordes con la legalidad.

En ese orden, se suma 93 meses y 16 días por el concurso de hurtos, 74 meses y 25 días por los delitos de secuestro y 37 meses y 12 días por el concierto para delinquir. Lo cual arroja un total de 353 meses y 23 días, guarismo al que se resta la tercera parte por la aceptación de cargos en la audiencia preparatoria. La pena para WALTER CARLOS TORRES LUNA y LUIS ANTONIO BENJUMEA VIÑA queda, entonces, en 235 meses y 27 días de prisión.

La pena para FABIÁN JOSÉ JIMÉNEZ BENJUMEA queda en 210 meses, 27 días y 16 horas, descontando adicionalmente la sanción por el delito de concierto para delinquir que fue amnistiado el 10 de agosto de 2017 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga.

La multa no sufre variación, dado que fue fijada por el delito de secuestro, en relación con el cual no se hizo ninguna modificación.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**1° CASAR PARCIALMENTE** la sentencia expedida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 28 de octubre de 2016, para declarar que en la conducta de hurto por la que se condenó a FABIÁN JOSÉ JIMÉNEZ BENJUMEA, LUIS ANTONIO BENJUMEA VIÑAS y WALTER CARLOS TORRES

LUNA no concurre la agravante contenida en el numeral 10° del artículo 241 del Código Penal, relativa a la realización «*por dos o más personas que se hubieren reunido o acordado*» la comisión del delito.

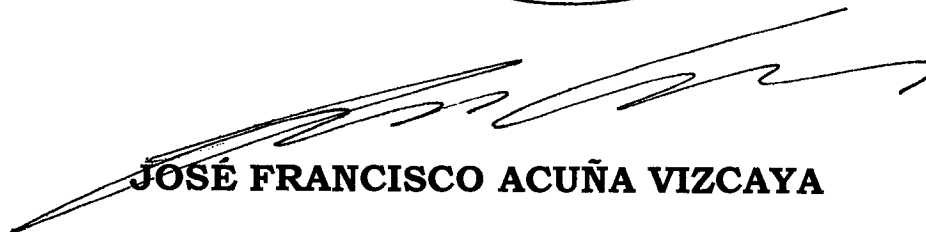
**2° Fijar** la pena para WALTER CARLOS TORRES LUNA y LUIS ANTONIO BENJUMEA VIÑA en 235 meses y 27 días de prisión y la de FABIÁN JOSÉ JIMÉNEZ BENJUMEA en 210 meses, 27 días y 16 horas de prisión.

En lo restante se mantienen incólumes las determinaciones adoptadas en el fallo.

Contra esta decisión no proceden recursos.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**EYDER PATIÑO CABRERA**

  
**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

  
**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

~~LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA~~

~~PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR~~

*Julio*  
LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

*Nubia Yolanda Nova Garcia*  
NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA  
Secretaria