

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado ponente

SP393-2021

Radicación N° 55997

(Aprobado Acta No. 64)

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala se pronuncia de fondo sobre la acción de revisión presentada por el Procurador 172 Judicial Penal II de Tunja (Boyacá), contra el fallo de segunda instancia proferido el 1° de septiembre de 2011 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó parcialmente el emitido el 9 de septiembre de 2010 por el Juzgado 5º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, a través del cual condenó a JOHN ÉDISON ZAPATA GUTIÉRREZ por el delito de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

El acontecer fáctico que dio origen a la actuación penal fue presentado por el tribunal, en los siguientes términos:

La presente actuación se originó en los hechos acaecidos el ocho (8) de marzo de dos mil diez (2010) en horas de la madrugada, en la vivienda ubicada en la carrera 4ª este No. 6-37,

barrio “El Guavio” de esta ciudad, cuando John Édison Zapata Gutiérrez golpeó brutalmente a los menores KASLY y BALP de dos y tres años de edad, respectivamente, a causa de lo cual fallecieron.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 9 de marzo de 2010, ante el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, se celebraron las audiencias preliminares de i) legalización de captura; ii) formulación de imputación por el delito de homicidio agravado consagrado en los artículos 103 y 104-1-4-6-7 del Código Penal, con el incremento de pena del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, en concurso homogéneo y sucesivo, cargo frente al cual se allanó en esa oportunidad; y iii) solicitud de imposición de medida de aseguramiento, en la que se decretó la detención preventiva en establecimiento carcelario.

De acuerdo con la aceptación del cargo imputado, el 29 de abril de 2010, ante el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena y sentencia, en la que se excluyó la causal de agravación prevista en el numeral 1° del artículo 104 del Código Penal.

El 9 de septiembre de 2010, el juzgado en cita adelantó la audiencia de lectura del fallo, en la que se condenó a JOHN ÉDISON ZAPATA GUTIÉRREZ a la pena de 60 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por mismo lapso, negándole los subrogados penales y mecanismos sustitutivos de la pena.

Finalizada la diligencia, el defensor interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sala penal del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, mediante sentencia del 1° de septiembre de 2011, que confirmó el fallo impugnado, pero con la modificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la cual estableció en 20 años.

LA DEMANDA

El demandante formula acción de revisión con fundamento en lo previsto en el ordinal 7° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 y solicita la redosificación de la pena impuesta a JOHN ÉDISON ZAPATA GUTIÉRREZ en virtud de los precedentes trazados por esta Corporación en sentencias del 27 de febrero de 2013, dictada dentro de la radicación 33254, y del 20 de agosto de 2014, radicado 43624, a través de las cuales varió su criterio anterior, al establecer la improcedencia de la aplicación del incremento de la pena establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, en casos de terminación anticipada del proceso por allanamiento a cargos o preacuerdo en conductas punibles enlistados en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Requirió que al realizar la nueva dosificación se corrija el yerro en el que incurrió el juez de primera instancia al individualizar la sanción para el delito base, ya que transgredió lo normado en la regla 37 del Código Penal al establecer como sanción máxima, para el homicidio agravado, 720 meses de prisión cuando el quantum superior correspondía a 600 meses.

TRÁMITE EN LA CORTE

Mediante auto del 22 de agosto de 2019 se admitió la demanda de acción de revisión y se ordenó allegar a la actuación el proceso en comento.

Una vez recibido el plenario, el 12 de marzo de 2020 se convocó audiencia para la presentación de alegatos de fondo, señalándose para ello el 6 de julio de la misma anualidad. Dadas las medidas de aislamiento adoptadas por el Gobierno Nacional¹, dicha audiencia no pudo celebrarse, dándose aplicación a lo reglado por la Sala en el Acuerdo No. 22 del 3 de junio de 2020², para que los sujetos procesales presentaran por escrito sus alegatos de conclusión.

ALEGATOS DE LAS PARTES

El Accionante.

Demandó la prosperidad de las pretensiones invocadas en el escrito de demanda, destacando que ha surgido un cambio jurisprudencial en el criterio de la Corte y como su defendido se allanó al cargo atribuido, no debe aplicarse el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Reiteró, igualmente, que la acción de revisión tiene como fundamento la causal 7ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 y al respecto sostuvo que esta Corte, en pronunciamientos dictados en los radicados 33254 y 43624, cambió su jurisprudencia, razón por la cual solicita dictar el fallo de reemplazo que corresponda.

Fiscal 39 Especializada (E) adscrita a la Unidad Especial de Estructura y Apoyo de Bogotá.

Tras mencionar lo previsto en los artículos 93 Constitucional y 199-7 de la Ley 1098 de 2006, solicitó que se niegue la solicitud elevada por el delegado del Ministerio Público y se mantenga incólume la sanción impuesta.

Representante de la víctima.

Expuso que dicho extremo no se opone a la prosperidad de la acción, ya que lo pretendido «no conlleva un probable atentado a los derechos de las víctimas; de verdad, justicia, reparación y no repetición.»

La Sala es competente para conocer de la presente actuación, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 32 numeral 2º de la Ley 906 de 2004.

Como lo ha sostenido esta Corporación en múltiples oportunidades, la acción de revisión es un instrumento extraordinario de control dispuesto por el legislador para la remoción del

carácter intangible de la cosa juzgada cuando se acredita una o varias de las causales taxativamente determinadas en la codificación respectiva y se logra establecer que un fallo ejecutoriado trae consigo algún contenido de injusticia material.

En el presente asunto, la pretensión del accionante se circunscribe a la causal 7ª del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal de 2004, según el cual procede la revisión «cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad».

Con fundamento en los preceptos legales y los precedentes jurisprudenciales de la Corte, la procedencia de esta causal está condicionada a la acreditación de los siguientes presupuestos: i) que la acción se dirija contra una sentencia condenatoria ejecutoriada, ii) que el fallo sea proferido por un juez o Corporación Judicial, iii) que la Sala de Casación Penal de la Corte, en decisión posterior, haya variado la concepción normativa aplicada en el fallo cuya revisión se pide, y iv) que el nuevo criterio jurídico expresado por la Sala sea favorable, en cuanto, de mantenerse el anterior comportaría una clara situación de injusticia. (CSJ SP13932-2017, 6 septiembre 2017, Rad. 48153).

Así las cosas, observa la Sala que tales presupuestos efectivamente se presentan en el caso sometido a su decisión, ya que, en primer término, la acción de revisión se dirige contra una sentencia ejecutoriada proferida por una corporación judicial.

De igual modo, es dado señalar que en la actuación que se analiza el criterio jurídico con el cual se sustentó la sentencia condenatoria fue variado con posterioridad por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, para la determinación sancionatoria adoptada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá se aplicó el incremento punitivo previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, sin que se otorgara al condenado la reducción correspondiente a

su decisión de allanarse a los cargos, en cuyo sustento invocó la prohibición contenida en el artículo 199-7 de la Ley 1098 de 2006.

La sentencia de primera instancia obtuvo confirmación del tribunal superior, con la única modificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la cual estableció en 20 años.

Ahora bien, el criterio de la Corte, respecto al incremento de penas inmerso en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, fue modificado a partir de la sentencia de casación de 27 de febrero de 2013, radicación 33254, en la cual se estableció que su aplicación resultaba injusta, contraria a la dignidad humana, carente de fundamento y desproporcionada en los eventos de terminación por allanamiento a la imputación o a través de preacuerdos o negociaciones, respecto de los delitos que en la Ley 1121 de 2006 se proscriben el correlativo beneficio de rebaja por aceptación de cargos.

En dicha oportunidad la Corte analizó la situación avistada en el caso objeto de estudio y luego de revisar los antecedentes legislativos que conllevaron a incrementar las penas a raíz de la entrada en vigor del sistema penal de juzgamiento de tendencia acusatoria, concluyó:

Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 -para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo-, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena.

...Así mismo, en ejercicio de su función de unificación de la jurisprudencia, la Sala advierte que, en lo sucesivo, una hermenéutica constitucional apunta a afirmar que los aumentos de pena previstos en el art. 14 de la Ley 890 de 2004 son inaplicables frente a los delitos

reseñados en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006. No sin antes advertir que tal determinación de ninguna manera comporta una discriminación injustificada, en relación con los acusados por otros delitos que sí admiten rebajas de pena por allanamiento y preacuerdo, como quiera que, en eventos de condenas precedidas del juicio oral, la mayor intensidad punitiva no sería el producto de una distinción arbitraria en el momento de la tipificación legal, ajustada por la Corte, sino el resultado de haber sido vencido el procesado en el juicio, sin haber optado por el acogimiento a los incentivos procesales ofrecidos por el legislador; mientras que, frente a sentencias condenatorias por aceptación de cargos, la menor punibilidad, precisamente, sería la consecuencia de haberse acudido a ese margen de negociación, actualmente inaccesible a los delitos referidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006.

Posteriormente, a través del fallo SP5197-2014, 30 abr. 2014, rad. 41157, dicho criterio se extendió a los delitos de secuestro y homicidio doloso cometidos en contra de niños, niñas o adolescentes a los cuales el Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 199-7, proscribió las rebajas de pena con base en los «preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», porque:

...en los eventos de secuestro y homicidio doloso, como antes de la entrada en vigencia de la Ley 890 de 2004, incluso desde el Código Penal de 2000, ya se preveían circunstancias de agravación derivadas de la minoría de edad de la víctima, el incremento generalizado de penas del mentado artículo 14, pierde su razón de ser si el procesado opta por la celebración de un preacuerdo o una negociación o decide allanarse a los cargos, pues no se hará benefactor de la significativa rebaja que prevé la ley procesal para el efecto y aun así, se mantendrá un mayor juicio de reproche por afectar los derechos de niños, niñas y/o adolescentes, dado que el incremento por esa condición de la víctima no sufre modificación alguna si se desecha el citado aumento.

Cabe precisar que la jurisprudencia señalada alude a las prohibiciones del artículo 26 de la

Ley 1121 del 2006, lo cual no obsta para que sus lineamientos sean admisibles, con las mismas consecuencias, en lo que respecta al artículo 199.7 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 del 2006, como que este ha sido redactado en idénticos términos, con fundamentos y consecuencias iguales, de donde deriva que a una misma situación de hecho corresponde idéntica solución en el derecho.

Y tal como recientemente se indicó³, las circunstancias determinantes de la aplicación de ese criterio jurisprudencial quedaron ordenadas así:

En este nuevo entendido, el criterio trazado en las decisiones referidas resulta aplicable por vía de la causal 7ª de revisión, siempre que se conjuguen los siguientes presupuestos:⁴ i) el condenado accedió a uno de los mecanismos de terminación anticipada del proceso, ii) no obtuvo rebaja punitiva alguna a pesar de allanarse a cargos o preacordar y, iii) la dosificación de la pena incluyó la aplicación del incremento genérico contenido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Así las cosas, es claro que en este evento se cumplen esos presupuestos, tal como adelante se demuestra, para declarar fundada la causal invocada y, en consecuencia, aplicar al caso la postura adoptada por la Corte en las decisiones CSJ SP, 33254 del 27 de febrero de 2013 y CSJ SP5197-2014 (Rad. 41157) y reiterada el 2 de septiembre de 2020 (CSJ SP3269-2020-Rad. 55305)

Por tal motivo, deberá realizarse una redosificación de la pena impuesta a JOHN ÉDISON ZAPATA GUTIÉRREZ, descartando de ella el incremento genérico regulado en el artículo 14 de la Ley 890 del 2004, con respecto a los criterios de los jueces de instancia.

Para el caso objeto de análisis, el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá condenó a JOHN ÉDISON ZAPATA GUTIÉRREZ como autor del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo y le impuso 720 meses de prisión. Dicha decisión fue confirmada por el tribunal.

Para tasar la pena, el juez de conocimiento señaló que el delito de homicidio, con el aumento del artículo 14 de la ley 890 de 2004⁵ y las circunstancias de agravación del artículo 104 numerales 46, 67 y 78 del Código Penal, tenía un límite mínimo de 400 meses y 720 meses como máximo⁹.

Con base en que no obraban circunstancias de mayor punibilidad y sí de menor, se ubicó en el primer cuarto de movilidad, el cual, según determinó, iba de 400 meses a 480 meses y, bajo las reglas del artículo 61 ibídem, fijó como sanción la de 480 meses de prisión.

Determinado lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Código Penal, el juzgador efectuó un aumento de 240 meses más producto del efecto concursal homogéneo, para imponer en total una pena de 720 meses de prisión.

Bajo esos criterios, y teniendo en cuenta el procedimiento fijado en los artículos 60 y 61 del Código Penal, la Corte procederá a redosificar la pena, de la siguiente manera:

El delito de homicidio agravado, sin el incremento ordenado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, prevé pena de prisión de 25 a 40 años o de 300 a 480 meses.

Estos extremos, divididos en cuartos, arrojan lo siguiente: el cuarto mínimo oscila entre 300 a 345 meses; segundo cuarto de 345 meses y 1 día a 390 meses; tercer cuarto de 390 meses y 1 día a 435 meses, y cuarto final de 435 meses y 1 día a 480 meses.

Como se indicó atrás, en el fallo no se tuvieron en consideración circunstancias de mayor punibilidad, por lo cual el juzgador se ubicó en el primer cuarto, esto es, de 300 a 345 meses y acudiendo a los criterios del inciso 3º del artículo 61 ejusdem¹⁰, incrementó el mínimo en 80 meses¹¹.

Trasladados esos lineamientos al ámbito que se impone aplicar, se tiene que la pena mínima del primer cuarto de movilidad -300 meses- debe incrementarse (respetando las

proporciones consideradas por el fallador de primer nivel), en 45 meses¹², para una pena básica de 345 meses.

Ahora, en punto del aumento realizado por el concurso de conductas punibles, la Corte ha sostenido que, cuando debe realizarse la «redosificación punitiva por razón de un concurso de conductas punibles, al disminuirse la pena del tipo base del concurso, es decir, del que sirvió de referente para calcular el incremento por los comportamientos delictivos concurrentes, debe aplicarse a la nueva pena básica la misma proporción de aumento que se hizo al determinar originalmente la punibilidad, a riesgo, en caso contrario, de llegar a aplicar una pena desproporcionada e ilegal¹³»¹⁴.

De manera que se deben respetar los criterios y montos que tuvieron en cuenta los jueces de instancia¹⁵, siempre y cuando no desconozcan el debido proceso previsto en el artículo 31 ibídem, ni los parámetros legales allí contenidos.

Pues bien, el juzgador a los 480 meses que había aplicado por el delito base aumentó 240 meses por el otro comportamiento delictual (50%), también constitutivo de homicidio agravado. Entonces, la nueva pena de 345 meses se incrementará en la proporción correspondiente, que equivale a 172 meses y 15 días¹⁶, que es el mismo porcentaje que se había dosificado inicialmente.

Así las cosas, deben sumarse los 345 meses¹⁷ más 172 meses y 15 días¹⁸, lo que arroja una sanción definitiva de prisión de 517 meses y 15 días.

Con fundamento en lo expuesto se declarará sin valor, parcialmente, la sentencia del 1° de septiembre de 2011, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, exclusivamente para fijar la sanción principal impuesta a JOHN ÉDISON ZAPATA GUTIÉRREZ, en 517 meses y 15 días de prisión, como autor del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

La pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas se mantendrá en el término de 20 años.

No se pronunciará la Sala sobre la libertad del condenado, porque con base en la información obrante en el expediente¹⁹ puede establecerse que a la fecha de este pronunciamiento no ha descontado la totalidad de la pena privativa de la libertad aquí redosificada.

Se ordenará, por secretaría de la Sala, i) oficiar al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, para que libre a las autoridades correspondientes, las comunicaciones a que haya lugar; y ii) remitir copia de esta determinación al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, para lo de su cargo. Así mismo, deberá regresarse al aludido estrado de conocimiento el expediente del proceso identificado con CUI 11001 60 00 028 2010 00766 NI 116915 que fuera enviado en calidad de préstamo a esta Corporación, para lo pertinente.

En mérito 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,

1. DECLARAR FUNDADA la causal 7ª de revisión invocada por la defensa de JOHN ÉDISON ZAPATA GUTIÉRREZ.
2. RESCINDIR PARCIALMENTE, la sentencia del 1º de septiembre de 2011, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, exclusivamente para fijar la sanción principal impuesta a JOHN ÉDISON ZAPATA GUTIÉRREZ, como autor del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en 517 meses y 15 días de prisión.
3. En todo lo demás, el fallo permanece vigente.

4. Ordénese, por secretaría de la Sala, i) oficiar al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, para que libre a las autoridades correspondientes, las comunicaciones a que haya lugar; y ii) remitir copia de esta determinación al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, para lo de su cargo.

5. Devuélvase al aludido estrado de conocimiento el expediente del proceso, identificado con CUI 11001 60 00 028 2010 00766 NI 116915, allegado en calidad de préstamo a esta Corporación, para lo pertinente.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

CÚMPLASE,

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Salvo Voto

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

Salvo Voto

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Decreto 878 del 25 de junio de 2020.

2 A través del cual se dispuso el impulso excepcional y transitorio del trámite de
alegaciones que antecede al fallo que debe proferirse en el marco de la acción de
revisión prevista en la Ley 906 de 2004, mientras subsistan las medidas de
aislamiento preventivo obligatorio que han impedido el normal funcionamiento de la
Sala.

3 CSJ SP3269-2020-Rad. 55305.

4 CSJ. SP2258-2018 del 20 de junio de 2018, Rad. 50538.

5 Folio 5 de la sentencia condenatoria.

6 Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o
fútil

7 Con sevicia.

8 Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o
aprovechándose de esta situación.

9 Tal y como lo advirtió el demandante en el libelo impugnatorio, es evidente el
yerro en el que incurrió el juzgador de primer nivel el cual no fue corregido por la Sala
Penal del Tribunal Superior de Bogotá al resolver el recurso de apelación, pues la

sanción máxima para el delito de homicidio agravado, con el incremento al que se refiere la Ley 890 de 2004 es de 600 meses de prisión.

10 Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

11 Si el ámbito de movilidad en el primer cuarto iba de 400 a 480 meses de prisión, el aumento de 80 meses -respecto de 80 meses que es el máximo incremento que se puede disponer dentro de esos límites - corresponde al 100%.

12 Si el ámbito de movilidad en el primer cuarto va de 300 a 345 meses de prisión, el incremento que corresponde al 100% es 45 meses.

13 CSJ SP, 1 de febrero de 2012. Rad. 31288.

14 Si bien esta consideración fue planteada en sede de casación, ha sido aplicada por la Sala a asuntos de revisión. (Cfr. SP11238 del 26 de agosto de 2015, Rad. 41.674).

15 Cfr. CSJ SP de 27 de mayo de 2004. Rad. 19.884.

16 El aumento de 240 meses respecto de los 480 meses que había impuesto el a quo corresponde al 50%, porcentaje que aplicado a los 345 meses da como resultado 172,5 que equivalen a 172 meses y 15 días.

17 Que corresponden a la pena básica redosificada.

18 Que, como se expuso en precedencia, es la proporción que corresponde al aumento por el delito concursal de homicidio agravado.

19 JOHN ÉDISON ZAPATA GUTIÉRREZ fue privado de la libertad el 9 de marzo de 2010. Así, a la fecha ha purgado un total de diez (10) años y siete (7) meses físicos, sin el hipotético término reconocido como redención, el cual, aunado al tiempo de privación efectiva, lejos estaría de superar la totalidad de la pena privativa de la libertad aquí redosificada.