

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

STP6964-2021

Radicación n°. 116573

Acta 115.

Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

#### ASUNTO

Se pronuncia la Corte sobre la demanda de tutela instaurada por Jairo Antonio Musso Torres, a través de apoderado judicial, contra Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa e igualdad.

Al trámite fueron vinculados el Juzgado Doce de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, así como las partes y demás intervinientes en los procesos penales que originaron este diligenciamiento constitucional, con radicados 47001310700120040004100, 47001310775120140007800, 47001310775220140018900, 47001310775120140016900 y 47001310775120120001000.

#### HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Del libelo de tutela y de la información allegada se verifica que Jairo Antonio Musso Torres fue sentenciado dentro de las siguientes actuaciones:

Radicado:

47001310700120040004100

Sentencia

12 de enero de 2005

Juzgado

Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta

Delitos

Concierto para delinquir

Condena

90 meses de prisión

Radicado:

47001310775120140007800

Sentencia

20 de enero de 2015

Juzgado

Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Santa  
Marta

Delitos

Homicidio agravado y desaparición forzosa agravada

Condena

320 meses de prisión

Radicado:

47001310775220140018900

Sentencia

18 de agosto de 2015, proferida por

Juzgado

Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Descongestión  
de Santa Marta

Delitos

Homicidio agravado, homicidio simple

Condena

230 meses y 3 días.

Radicado:

47001310775120140016900

Sentencia

20 de enero de 2015

Juzgado

Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Santa  
Marta

Delitos

Homicidio agravado, desaparición forzada agravada

Condena

288 meses.

Radicado:

47001310775120120001000

Sentencia

Juzgado

Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Santa  
Marta

Delitos

Desaparición                      forzada agravada

Condena

390                      meses.

El accionante se encuentra privado de la libertad en establecimiento carcelario, y la vigilancia de las anteriores condenas se encuentra a cargo del Juzgado Doce de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

El juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad, mediante auto del 21 de agosto de 2020, acumuló las penas impuestas a Musso Torres dentro de los radicados 470013107001200400041, 470013107751201400078, 470013107752201400189, 470013107751201400169, y 470013107751201200010. Así, luego de llevar a cabo el análisis sobre la viabilidad de acumular las penas y las reglas aplicables, redosificó la pena en 720 meses de prisión. La inhabilitación de derechos públicos la estableció en 20 años y la multa en 10.240 SMLMV.

Frente a la anterior decisión, el defensor del condenado interpuso recurso de reposición y apelación. Asimismo, solicitó la nulidad de la citada providencia.

A través de pronunciamiento del 24 de septiembre de 2020, el juzgado de ejecución negó la nulidad, dispuso no reponer la determinación y concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación ante el superior.

A su turno, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en proveído del 17 de febrero de 2021, confirmó el auto apelado.

Jairo Antonio Musso Torres acude al presente diligenciamiento constitucional, a través de

apoderado judicial, quien considera que las autoridades accionadas desconocieron las garantías constitucionales del condenado. Como fundamento de la solicitud, alega que la acumulación jurídica de penas se surtió sin petición previa de la defensa, sin correr el respectivo traslado para que el afectado se pronunciara sobre la acumulación y sin permitir el acceso a los expedientes acumulados.

De otro lado, manifiesta que el artículo 31 de la Ley 599 de 2000 establecía la pena de prisión hasta 40 años, norma modificada por el artículo 2 de la Ley 890 de 2004, que la aumentó a 60 años. Indica que en el presente caso se aplicó incorrectamente la Ley 890 de 2004, pues todas las penas acumuladas fueron anteriores a la entrada en vigencia de esa norma y, por tanto, no era dable establecer la pena de prisión en el máximo de 60 años.

Agrega que la acumulación es un derecho y no puede desmejorar ni agravar la situación del condenado. Asimismo, que el auto fustigado desconoció los principios pro homine, de favorabilidad y legalidad de las penas.

## INTERVENCIONES

Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Un magistrado de la Corporación llevó a cabo un recuento de los fundamentos expuestos en la decisión del 17 de febrero de 2021 y manifestó que con la misma no se vulneró ningún derecho fundamental al procesado.

Juzgado Doce de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá. El director del juzgado informó que el accionante acudió al presente diligenciamiento con argumentos falaces, que ya habían sido superados en las instancias. Señaló que no es cierto que el apoderado judicial no haya solicitado la acumulación jurídica de las penas, pues mediante correo electrónico mostró el interés en el acopio punitivo.

Resaltó que ninguna norma establece que luego de presentada la solicitud de acumulación debe correr traslado al sujeto procesal para que se pronuncie sobre la aplicación del

derecho. Aunado a que el juzgado no le negó la posibilidad de acceder al proceso acumulado.

En relación con la aplicación de la Ley 890 de 2004, indicó que el Tribunal Superior de Bogotá ya había aclarado el momento pertinente para determinar si la norma resultaba o no aplicable. Luego de lo cual, no quedó dudas que para el caso de Musso Torres dicha disposición era plenamente pertinente.

Por lo anterior, solicitó que se declare improcedente la acción de tutela.

Fiscalías Siento Setenta y Siento Setenta y Uno Especializadas – Dirección Nacional contra las Violaciones a los Derechos Humanos sede Santa Marta. Las funcionarias reseñaron las actuaciones adelantadas dentro de los procesos penales con radicados 470016066055 2009 0087035, 470016066055 2009 0087035, 470016066055 2009 0087632 y 470016066055 2009 0087632, seguidos en contra del accionante y otros, por distintas conductas punibles.

Acto seguido, pidieron la desvinculación de la presente acción constitucional, toda vez que en el marco de sus competencias le fueron reconocidas y respetadas todas las garantías constitucionales al accionante.

## CONSIDERACIONES

Conforme lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, que modificó el Decreto 1069 de 2015, en concordancia con el canon 86 Superior, es competente esta Colegiatura para pronunciarse sobre la presente demanda, en tanto ella involucra al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

En el caso sub examine, el problema jurídico a resolver se contrae en determinar si la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desconoció los derechos

fundamentales de Jairo Antonio Musso Torres, al proferir decisión del 17 de febrero de 2021, por medio de la cual confirmó auto del 21 de agosto de 2020, emitido por el Juzgado Doce de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, por medio del cual decretó la acumulación jurídica de penas del accionante.

Esta Corporación ha sostenido (CSJ STP8641-2018, 5 jul 2018, Rad.99281; STP8369-2018, 28 jun 2018, Rad.98927; entre otros) de manera insistente, que este instrumento de defensa tiene un carácter estrictamente subsidiario y como tal no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las determinaciones expedidas dentro de un proceso judicial o administrativo.

Sin embargo, también ha indicado que excepcionalmente esta herramienta puede ejercitarse para demandar el amparo de un derecho fundamental que resulta vulnerado: cuando en el trámite procesal se actúa y resuelve de manera arbitraria o caprichosa, o en aquellos eventos en los cuales es expedido un mandato judicial desbordando el ámbito funcional o en forma manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, esto es, en el evento en que se configuren las llamadas causales de procedibilidad, o en el supuesto que el mecanismo pertinente, previamente establecido, sea claramente ineficaz para la defensa de las garantías constitucionales, caso en el cual, procede como dispositivo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio de carácter irremediable.

De esta manera, la acción de tutela contra decisiones judiciales presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: generales<sup>1</sup> y especiales<sup>2</sup>, esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada, contrariando su esencia, que no es distinta a denunciar la violación de los derechos fundamentales.

El accionante cuestiona la decisión del 17 de febrero de 2021 emitida por el Tribunal

convocado por dos razones principales. De un lado, estima que el trámite de definición sobre la acumulación jurídica se llevó a cabo sin que mediara solicitud del interesado; en el mismo no se brindó la oportunidad al condenado o a su defensor de acceder a los expedientes acumulados; y tampoco se le permitió hacer valer los argumentos en el marco del proceso penal.

Por otra parte, considera que le fue impuesta una sanción penal de 60 años, conforme las modificaciones introducidas por la Ley 890 de 2004, pese a que dicha norma no resultaba aplicable a su caso. Lo anterior, debido a que las conductas por las fue condenado acaecieron antes de la promulgación de la citada ley.

No obstante, aunque en el presente caso se verifique el cumplimiento de los presupuestos generales para la procedencia de la acción, la Sala encuentra que, analizadas las resoluciones cuestionadas, estas contienen argumentos razonables pues se sustentan en las normas que gobiernan el instituto acumulación jurídica de penas, como se expone en párrafos que siguen.

En efecto, el titular del Juzgado Doce de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, en proveído del 12 de agosto de 2020, decretó la acumulación jurídica de penas impuestas en contra de Jairo Antonio Musso Torres dentro de los procesos con radicados con radicados 47001310700120040004100, 47001310775120140007800, 47001310775220140018900, 47001310775120140016900 y 47001310775120120001000.

En ese orden, impuso una pena de 720 meses de prisión, la cual estimó proporcional en atención a la gravedad de la conducta, pues los delitos respecto de los cuales se declaró la responsabilidad penal del enjuiciado comprendieron el asociarse con otros para conformar grupos armados ilegales, cometer homicidio y desapariciones forzadas, así como comandar una organización criminal. Igualmente, fijó la inhabilitación de derechos públicos en 20 años

y la multa en 10.240 SMLMV.

El defensor del procesado solicitó la nulidad de lo actuado, la reposición del auto, y de forma subsidiaria presentó recurso de apelación.

En consecuencia, el juzgado de ejecución, mediante decisión del 24 de septiembre de 2020, negó la nulidad propuesta por el defensor de Musso Torres, dispuso no reponer el auto del 21 de agosto y concedió la alzada ante el superior.

A su turno, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto del 17 de febrero de 2021, confirmó el proveído de primera instancia.

En relación con la solicitud de nulidad, señaló que en materia de nulidades penales no resultaba suficiente con que fueran solicitadas, sino que además se requería que se individualizara el vicio que la origina y el perjuicio causaba. Punto en el cual debía describirse cómo hubiese influido en la solución final la ejecución correcta de la actuación que se denuncia como incorrecta, cómo trascendió ella a las garantías de la defensa y a la estructura del proceso, y porqué razón resulta necesario retrotraer la actuación para superar el vicio y el perjuicio causado. Acto seguido, indicó lo siguiente:

«El defensor nada señaló sobre cómo la supuesta transgresión a su debido proceso influiría en la solución del caso, pues no puede partir de eventuales solicitudes por fuera del mismo, e inclusive predeterminar la solución que le daría un juez de penas a una solicitud suya, como la plantee. En la sustentación de la nulidad la defensa invocó la vulneración a su derecho al debido proceso y defensa, y expuso que, en ejercicio de su derecho, solicitó fue una prisión domiciliaria y no acumulación de penas y por tanto había repercusión. El defensor no cumplió la carga de identificar el vicio que la causaría, que es la condición básica de cualquier nulidad. Lo que aduce como causa de su pretensión es una discrepancia fáctica entre lo que se dicen los autos atacados y lo que él cree que hubiese sucedido sino se hubiese realizado la acumulación de las penas.

La pretensión de nulidad del defensor no tiene base y por eso se confirmará el auto apelado, en el sentido de negar la nulidad de la actuación, en cuanto el recurrente no aportó elementos críticos que enervaran las razones del juzgado para negar la nulidad. Además, se exhortará al juzgado para que resuelva la solicitud de prisión domiciliaria del Decreto 546 de 2020, según el debido proceso, haciendo uso de todos los medios que la Ley permita para ese fin, con garantías de los derechos de las partes e intervinientes.»

En lo que tiene que ver con la indebida aplicación de la Ley 890 de 2004, el Tribunal como preámbulo recordó que la desaparición forzada es una conducta de ejecución permanente que se proyecta en el tiempo mientras perdura el ocultamiento y termina cuando se sabe de la víctima, viva o muerta. Razón por la cual, no era dable suponer que la ilicitud acabó en el año 2001 como lo expresó la defensa. Igualmente señaló que al igual que la desaparición forzada, el concierto para delinquir era de ejecución continuada, mientras tanto, el delito de homicidio era de ejecución instantánea.

De otra parte, aclaró que las conductas por las que fue procesado Musso Torres fueron tramitadas bajo la Ley 600 de 2000 y, por tanto, la interrupción de la prescripción solo ocurría con la formulación de la acusación.

Una vez realizadas las anteriores precisiones expuso lo que sigue:

«En el expediente digital se observa: (i) acusación del 30 de julio de 2014, sentencia 2014-189 del 18 de agosto de 2015, ejecutoriada el 31 de octubre de 2018 (folio 78 cuaderno 10 del juzgado de penas); (ii) acusación del 27 de agosto de 2007 en la sentencia 2014-078, del 20 de enero de 2015, ejecutoriada el 25 de octubre de 2018 (folio 113 del cuaderno 11 del juzgado de penas); (iii) acusación del 12 de diciembre de 2010 en la sentencia 2012-010, del 20 de mayo de 2015, en firme el 18 de diciembre de 2018 (folio 166 del cuaderno 6 del juzgado de penas); (iv) acusación del 11 de marzo de 2014, en la sentencia de 2014-169 del 20 de enero de 2015, en firme el 25 de octubre de 2018 (folio

133 del cuaderno 8 del juzgado de penas); (v) acusación del 10 de febrero de 2004, sentencia 2004-00041 del 12 de enero de 2005, ejecutoriada el 12 de mayo de 2005.

Si se tiene en cuenta que la ley 890 de 2004, según su artículo 15, entró a regir el 1 de enero de 2005, en cuanto a que la pena máxima por concurso es de 60 años (artículo 1), es claro que las acusaciones que abarcaban los delitos de desaparición forzada y concierto para delinquir en los primeros 4 casos acabados de reseñar, tienen acusación con fecha posterior a esta (1 de enero de 2005), como lo son 30 de julio de 2014; 27 de agosto de 2007; 12 de diciembre de 2010 y 11 de marzo de 2014, de modo que los delitos que en esos casos se le atribuyeron se siguieron ejecutando después de la vigencia de la ley 890 de 2004, y por lo tanto la decisión del juzgado de penas al acumular jurídicamente las impuestas en 60 años de prisión, no es arbitraria sino razonada, ajustada a esta norma legal.

Solo en el caso (v) la acusación es del 10 de febrero de 2004, antes de la vigencia de la ley 890 de 2004, pero este hecho jurídicamente relevante no tiene la eficacia de enervar el hecho de que todas las demás son posteriores y por lo tanto el problema jurídico planteado en el recurso no contiene suficientes elementos críticos de juicio para enervar las razones del juzgado en la decisión tomada.

Esta conclusión no pierde validez tampoco por el hecho de aclararle al juzgado de primera instancia que aunque los desaparecidos por la acción atribuida al condenado sigan estándolo, no es esa la razón que permite acumular pena hasta 60 años de prisión, pues como quedó expuesto, mediante la firmeza de la acusación se interrumpe el término de prescripción de la misma y tanto el juicio como el contenido fáctico jurídico de la sentencia sólo puede limitarse a lo que se le había atribuido en la acusación en los casos de ley 600, de modo que lo que siga ocurriendo después de este acto procesal, no puede generar efectos adversos para el condenado.

En este contexto se colige que, de cara al reclamo de nulidad, el Tribunal accionado ofreció

las razones suficientes por las cuales no resultaba procedente invalidar lo actuado. Esto es así, pues es del resorte del recurrente acreditar el yerro denunciado, la trascendencia negativa en el proceso y la necesidad de que se declare la nulidad como remedio para subsanar la irregularidad, presupuestos que no fueron demostrados, como se apreció en párrafos anteriores.

En este punto se resalta que los motivos elevados como sustento de la nulidad, y que nuevamente fueron expuestos como el primer reclamo en la presente demanda, no estructuran un defecto susceptible de ser corregido por vía de tutela.

Esto es así, pues aún cuando la acumulación jurídica de penas no haya sido solicitada por Musso Torres, esto no es óbice para que la autoridad judicial procediera a la misma, pues al constituir un derecho del condenado resulta factible su declaratoria incluso sin que medie petición de parte. Al respecto, esta Corporación ha sostenido:<sup>3</sup>

«3.1. Si la acumulación de penas es un derecho del condenado, sobre lo cual la Sala no tiene ninguna duda en consideración a que su procedencia no está sujeta a la discrecionalidad del Juez de Penas, su aplicación también procede de oficio, simplemente porque la ley contiene un mandato para el funcionario judicial de acumular las penas acumulables, que no supedita a la mediación de petición de parte.

Si eso es así, entonces cuando una pena se ejecutaba y era viable acumularla a otra u otras, pero no se resolvió oportunamente así porque nadie lo solicitó o porque no se hizo uso del principio de oficiosidad judicial, son circunstancias que no pueden significar la pérdida del derecho y, por lo tanto, en dicha hipótesis es procedente la acumulación de la pena ejecutada. Y,

3.2. Como se colige del artículo 89 del Código de Procedimiento Penal, es derecho del procesado que las conductas punibles conexas se investiguen y juzguen conjuntamente, y consecuentemente que se le dicte una sola sentencia y que se le dosifique pena de

acuerdo con las reglas establecidas para el concurso de conductas punibles en el artículo 31 del Código Penal.» (Resalto fuera de texto original)

De otro lado, tampoco se desprende una lesión a los derechos fundamentales por no correr el traslado que echa de menos el accionante, toda vez que las normas que regulan el instituto de la acumulación jurídica de penas no prevén tal exigencia. Aunado lo anterior, la medida adoptada a través de las decisiones fustigadas resultó más favorable al sentenciado, en tanto se redujo el monto total de las penas que debía cumplir, lo que descarta la configuración de una causal de procedibilidad de la acción de tutela.

En relación con la inconformidad relacionada con aplicación de la Ley 890 de 2004, se constata que la autoridad judicial convocada expuso con claridad los parámetros temporales para la aplicación citada norma, de cara al delito continuado de desaparición forzada por el que fue sentenciado Musso Torres en cuatro de los cinco procesos acumulados. Situación de la que no se desprende una vulneración a las garantías del condenado, en los términos expuestos en la demanda.

De esta manera, se encuentra que las resoluciones judiciales censuradas están dotadas de argumentos razonables, a partir de la interpretación del marco normativo aplicable. Así, pese que las mismas resultan contrarias al querer de la demandante quien pretende convertir la vía constitucional en una tercera instancia, estas ya fueron analizadas por las autoridades competentes y por tanto constituyen una controversia legal que escapa a la función constitucional inherente al proceso de tutela.

De tal suerte, los argumentos presentados por el accionante son incompatibles con este mecanismo constitucional. Toda vez que si se admitiera que el juez de tutela puede verificar la juridicidad de los trámites por los presuntos desaciertos en la interpretación de las disposiciones jurídicas, no sólo se desconocerían los principios de independencia y sujeción exclusiva a la ley, que disciplinan la actividad de los jueces ordinarios, previstos en los

artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino además los del juez natural y las formas propias del juicio contenidos en el canon 29 Superior.

Coralario de lo expuesto, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda de tutela.

En mérito de lo expuesto, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas No. 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo deprecado.

SEGUNDO: INFORMAR a las partes que contra la decisión procede la impugnación ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriada esta decisión.

Notifíquese y cúmplase.

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

GERSON CHAVERRA CASTRO

EYDER PATIÑO CABRERA

Nubia Yolanda Nova García

secretaria

1 Según lo expuso por la Corte Constitucional en Sentencia C-590 de 2005, los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo en la sentencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

2 En lo que tiene que ver con los requisitos de orden específico, el órgano de cierre constitucional en la misma providencia los clasificó en: (i) defecto orgánico; ii) defecto procedimental absoluto; (iii) defecto fáctico; iv) defecto material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del precedente y viii) violación directa de la Constitución.

3 CSJ AP2284-2014, 30 abr. 2015, rad. 4374 y STP7966-2016, 14 jun. 2016, rad. 86202, entre otras.