



PROCURADURIA 172 JUDICIAL II PENAL

Honorable Magistrado
HUGO QUINTERO BERNATE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Sala de Casación Penal
Bogotá D.C.

Referencia: Acción de Revisión
Radicado: 11001020400020190160800
Condenado: JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ
Delito : Homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo

Honorable Magistrado:

FABIO ADALBERTO SERRANO SALAMANCA, Procurador 172 Judicial II Penal de Tunja, en mi condición de accionante dentro del proceso de la referencia, dentro del término de traslado señalado por su Despacho, respetuosamente me permito presentar los alegatos de conclusión, en forma breve y concisa, reiterando mi solicitud de prosperidad de las pretensiones expuestas en el libelo de demanda, la cual se avizora, teniendo en cuenta que la misma se extrae del examen de la situación fáctica y jurídica frente al cambio jurisprudencial favorable de esa Honorable Corporación en casos similares al sub iudice.

I. IDENTIFICACION DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá D.C. con Funciones de Conocimiento, dentro del proceso radicado con el número 110016000028201000766, el nueve (9) de septiembre de 2010, en contra del acusado JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ, como autor responsable a título de dolo de la conducta punible de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO, tipificada en el artículo 103 del C.P., en concordancia con lo preceptuado en el artículo 104 numerales 4, 6 y 7, ídem, y 31 del Código Penal, e igualmente con el agravante del inciso 1º del artículo 119 ídem, del cual fueron víctimas los menores B.A. y K.S. LOPEZ YATE, imponiéndole la pena principal de SETECIENTOS VEINTE (720) MESES DE PRISIÓN, que equivalen a SESENTA (60) años de prisión.

II. HECHOS

En la sentencia condenatoria fueron narrados de la siguiente manera:

“El 8 de marzo de 2010, siendo las 8:36 de la mañana fue reportado a las autoridades el fallecimiento violento de dos infantes de 2 y 3 años respectivamente, identificados como Breiner Alfonso y Kevin Stick Lopez Yate, en hechos acaecidos en la carrera 4ª A Este No. 6-37 de este distrito capital. Al arribar al lugar, los policías hallaron sobre una cama los cuerpos sin vida de los dos menores, advirtiéndose que presentaban múltiples signos de violencia, hematomas y edemas, en la cara y en el cuello. Por parte de los especialistas de Medicina Legal se diagnosticó, como causa de la muerte, trauma abdominal cerrado.

Realizadas las respectivas investigaciones se logró establecer que ese día, en horas de la madrugada, el acusado había llegado en compañía de la madre de los infantes señora Ana Milena Yate, y que los dos se encontraban en estado de embriaguez. Más tarde los demás arrendatarios de la vivienda escucharon golpes que provenían de esa habitación y al reclamar al señor Zapata, éste intimidó con arma blanca a la pareja de ancianos que lo habían confrontado, por lo que ellos



PROCURADURIA 172 JUDICIAL II PENAL

regresaron a su habitación. Después observaron, hacia las 3:04 de la mañana, cuando el acusado salía apresuradamente del inmueble.”

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El día 10 de marzo de 2010 ante el Juzgado 58 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, se realizaron audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento del capturado JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ.

2. En la respectiva audiencia, la Fiscalía imputó a JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ, a título de autor, el concurso de delitos homicidio doloso agravado previsto en el artículo 103, en concordancia con el artículo 104 numerales: 1, 4, 6 y 7, y artículo 119 del Código Penal, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

3. **El procesado se allanó a los cargos** que le fueron imputados por la Fiscalía, oportunidad en la que el Juez de Control de Garantías, verificó que en dicha aceptación de cargos no hubo vulneración de garantías procesales ni derechos fundamentales del imputado JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ.

4. El veintinueve (29) de abril de 2010, en el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá D.C., con Funciones de Conocimiento, se celebró audiencia de verificación de allanamiento.

5. El día nueve (9) de septiembre de 2010, se efectuó la audiencia de Individualización de Pena y Sentencia, y el procesado JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ fue condenado a la pena de sesenta (60) años de prisión como autor penalmente responsable del punible de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

6. En cuanto a la sanción penal, **señaló que los límites de la pena previstos para el homicidio agravado, con el incremento establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2014, oscilan entre 400 a 720 meses de prisión.** Se ubicó en el cuarto mínimo, y por tanto, la pena oscilaría entre 400 y 480 meses de prisión; por tratarse de concurso homogéneo y sucesivo, en aplicación del artículo 31 del C.P., para el delito base fijó la pena de CUATROCIENTOS OCHENTA (480) meses de prisión, y la incrementó en DOSCIENTOS CUARENTA (240) meses de prisión por el concurso, para imponer finalmente a JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ una pena definitiva de SETECIENTOS VEINTE (720) meses de prisión

6.1. Señaló en complemento, que también se le imponía la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual al de la sanción principal.

6.2. **Además, acotó que no procedía el reconocimiento de reducción punitiva alguna, debido a que las víctimas eran menores de edad, existiendo en tal sentido la expresa prohibición consagrada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.**

7. con relación a la concesión de subrogados penales, no encontró satisfechos los requisitos objetivos, dado el quantum de la pena de prisión impuesta al procesado y al mínimo señalado en el respectivo tipo penal, **destacando en complemento, su improcedencia, ante la expresa exclusión de beneficios consagrada en el artículo 199 del Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), por ser la víctimas dos menores de edad.**

8. El defensor del sentenciado JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ recurrió en apelación contra la sentencia, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá D.C., Sala Penal, en sentencia de 1 de Septiembre de 2011, en la cual se refirió a prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de



PROCURADURIA 172 JUDICIAL II PENAL

2006, y sostuvo que el numeral 7º del artículo 199 de dicha norma, eliminó las rebajas de pena con base en preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado, e incluyó allí el allanamiento a cargos.

9. Con relación a la pena impuesta, concluye la Sala que aquella fue debidamente motivada por el a quo e indicó que dicho quantum resulta también razonable y proporcionado. En cuanto a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, modificó el numeral segundo de la sentencia impugnada, y en su lugar le impuso doscientos cuarenta (240) meses, pues el artículo 51 del C.P., establece que “la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años”.

IV. CAUSAL INVOCADA

Los hechos tuvieron lugar el día *El 8 de marzo de 2010*, en vigencia de la Ley 906/04 en el Distrito Judicial de Bogotá. D.C., bajo el cual se tramitó el presente proceso. Así mismo, se encontraba vigente la Ley 890 de 2004, en cuyo artículo 14 se estableció un incremento general de la pena para las conductas tipificadas como delitos en el Código Penal, el cual se aplicó al momento de dosificar la pena.

La Ley 906 de 2004, artículos 192 y s.s., consagra la acción de revisión, disponiendo que ésta procede contra las sentencias ejecutoriadas, cuando se actualice alguna de las causales allí previstas, **entre ellas la consagrada en el numeral 7.**, misma que resulta plenamente aplicable al presente caso, y que en su tenor literal reza:

7. “(...) Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad (...)”.

Esta causal de revisión, condiciona su aplicación a que con posterioridad a la ejecutoria material del fallo condenatorio se emita por parte del máximo tribunal de justicia un pronunciamiento jurisprudencial que cambie en forma sustancial y favorable el criterio y/o fundamento jurídico que sirvió de soporte a la sentencia condenatoria, no sólo en los aspectos relacionados con la responsabilidad del ajusticiado sino en aquellos inherentes a la punibilidad.

En cuanto al cambio de jurisprudencia que resulta favorable a los intereses del condenado, se solicitará la aplicación de los fallos de la Sala de Casación Penal, del 27 de febrero de 2013 dentro del radicado 33254 y el del 20 de agosto de 2014, radicado 43624.

V. FUNDAMENTOS DE HECHO

De acuerdo con la situación fáctica y a lo compilado en torno a la actuación procesal adelantada dentro de esta actuación, se tiene que:

1. El día diez (10) de marzo de 2010 ante el Juzgado 58 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá DC, el procesado JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ, se allanó a los cargos formulados por la Fiscalía como autor responsable de la conducta punible de HOMICIDIO AGRAVADO, conforme a lo preceptuado en el artículo 103 del C.P., en concordancia con el artículo 104 numerales 4º, 6º y 7º, ídem, a pesar que se le explicó que no se le concedería rebaja alguna de la pena a imponer, ni el otorgamiento de subrogados penales, por expresa prohibición del Código de la Infancia y Adolescencia.

2. En la sentencia condenatoria proferida el nueve (9) de septiembre de 2010 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá D.C., con Funciones de Conocimiento, se observa que al dosificar la pena, el funcionario judicial partió de la establecida en los artículos 103 y 104 del Código



PROCURADURIA 172 JUDICIAL II PENAL

Penal, con el incremento punitivo consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, imponiéndole como pena principal la de setecientos veinte (720) meses de prisión, negándole cualquier rebaja, subrogado o sustituto penal, puesto que siendo las víctimas dos menores de edad, operaba la prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. Sobre este tópico nos referiremos más adelante, en tanto la pena máxima para el homicidio agravado artículo 104 del C.P., con el incremento de la Ley 890 de 2004 es de 400 a 600 meses de prisión. En la sentencia de primera instancia, se tomó como extremo máximo una pena de 720 meses de prisión, es decir 60 años, lo cual influye directamente en la determinación de los cuartos pues el ámbito de movilidad se eleva. Esa situación no fue advertida por el Tribunal, pues sólo modificó la sentencia frente a la pena accesoria.

3. La sentencia condenatoria cobró ejecutoria material el primero (1) de septiembre de 2011, pues esta fue objeto del recurso de apelación por la Defensa, surtido el cual el Tribunal Superior de Bogotá D.C., confirmó la decisión en lo que se refiere a la pena principal.

4. El ajusticiado presentó un derecho de petición ante la Procuraduría 172 Judicial II Penal de Tunja, solicitando la intervención del Ministerio Público para que se instaure en su favor la acción de revisión con base en la causal séptima del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, con el fin de que se dé aplicación a lo dispuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el fallo proferido el 20 de agosto de 2014, dentro del radicado 43624, debiendo en consecuencia ser tenido en cuenta el cambio de jurisprudencia que le resulta favorable a sus intereses.

VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La causal séptima del artículo 192 de 2006 permite la revisión del fallo ejecutoriado:

“(…) Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad...”(

2. La jurisprudencia favorable invocada debe ser emitida con posterioridad a los fallos de instancia, como ocurre en este asunto, por tanto, conduce a la prosperidad de la Acción de Revisión, pues la jurisprudencia extractada es plenamente aplicable ya que se adecuan en su integridad los fundamentos que la soportan a los expuestos en el fallo condenatorio proferido por el Juez Quinto Penal del Circuito de Bogotá D.C., confirmado el primero (1) de septiembre de 2011 por el Tribunal Superior de Bogotá D.C., por las siguientes razones:

i) La sentencia condenatoria fue emitida el 9 de septiembre de 2010, y cobró ejecutoria material el 1 de septiembre de 2011, por apelación de la defensa, y confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., es decir, se profirió antes del fallo de la Sala de Casación Penal de la C.S.J., que se invocará como favorable, y que data del 27 de febrero de 2013.

ii) En el fallo de condena cuya revisión se aboga, el Juez de conocimiento tuvo en cuenta la jurisprudencia que admitía sin distinción la aplicación del aumento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, así como la prohibición de otorgar cualquier rebaja de pena o beneficio por preacuerdos o allanamiento a cargos en ciertos delitos, entre ellos el homicidio, cuyas víctimas sean menores de edad, por expresa prohibición del artículo 199 del Código de la Infancia y Adolescencia, por tanto, es procedente que en este caso **sean acogidos los argumentos de la sentencia de la Sala de Casación Penal de la C.S.J., traída a colación, en cuanto resulta ser un criterio jurisprudencial posterior, favorable en su aplicación.**



PROCURADURIA 172 JUDICIAL II PENAL

iii) Si analizamos la sentencia condenatoria, es evidente que el juez tuvo en cuenta como argumentos de la misma los criterios anteriores de la Sala de Casación Penal para denegar beneficios punitivos por el allanamiento a cargos realizado por el procesado en delitos excluidos de aquéllos.

Y aunque no hizo mención expresa a la jurisprudencia aplicable, surge evidente que tal pronunciamiento atendió el criterio de la jurisprudencia de la Corte vigente para la época, en la cual, frente a casos como el presente, (homicidio doloso en víctimas menores de 14 años), admitían, de una parte, la aplicación del agravante de la pena incorporado con el artículo 14 de la Ley 890 de 2004; y de otra, la prohibición de cualquier rebaja o beneficio por mandato expreso del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, como se observa en decisiones tales como la del 17 de noviembre de 2008 dentro del radicado 30.299¹, en donde al respecto se consideró:

“(...) En consecuencia, cuando el legislador, en el numeral 7° del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, eliminó la posibilidad de obtener rebajas de pena con base en los “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO”, incluyó expresamente allí el instituto de allanamiento a cargos. Mucho más, si a renglón seguido delimita su rango de acción “en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004”, determinado como es que esta última norma en su inciso primero regula esa aceptación unilateral de cargos.

De otra parte, si se dijera que se obvió incluir en el numeral séptimo en cuestión, la figura jurídica del allanamiento a cargos, una dicha inadvertencia es suplida a continuación, en el ordinal 8°, cuando tajantemente se anota: “tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva”

En su interpretación natural y obvia, es claro que el precepto atrás destacado busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz. (...) Resaltamos.

3. Bajo estas amplias precisiones; vemos en nuestro caso que con posterioridad a la sentencia condenatoria impuesta a ZAPATA GUTIERREZ, la Sala de Casación Penal de la C.S.J., varió su posición a partir del fallo del 27 de febrero de 2013, al determinar que en los supuestos en los cuales el imputado se allanara a los cargos o efectuara un acuerdo con la Fiscalía y se estuviese ante las prohibiciones establecidas en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, no habría lugar a aplicar los aumentos punitivos del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

3.1 Además, como en la sentencia del 27 de febrero de 2013 -que inicialmente se solicita tener presente en desarrollo de la causal impetrada-, se ventiló un caso por el delito de extorsión en el que el imputado aceptó los cargos sin que se le reconociera la rebaja de pena del artículo 351 del C.P.P., por la expresa prohibición del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, pero sí se tuvo en cuenta en la tasación de la sanción el incremento punitivo del art. 14 de la Ley 890 de 2004, se ha considerado que los fundamentos de dicho fallo son plenamente aplicables frente a las situaciones similares consagradas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, como acontece en el presente caso, en donde pese al allanamiento a los cargos no se concedió la rebaja punitiva dadas las prohibiciones allí establecidas, cuando se procede por los delitos de homicidio y lesiones personales bajo

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de noviembre de 2008. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. (Posición igualmente adoptada el 01-07-09 dentro del radicado 30800, en la decisión del 18 de abril de 2012 en el radicado 33729 y en el fallo del 06-06-2012, entre otros).



PROCURADURIA 172 JUDICIAL II PENAL

modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro, cometidos contra niñas, niños y adolescentes.

En efecto, la Corte, así lo estableció en forma clara y precisa en el **fallo del 20 de agosto de 2014 dentro del radicado 43624**, quedando de esta manera zanjada cualquier discusión subyacente, decisión ésta que solicitamos a los honorables Magistrados aplicar en este caso ya que en estricto sentido, **sin lugar a duda, es posterior a la sentencia condenatoria que se pide revisar, que data del 9 de septiembre de 2010, la cual cobro ejecutoria el 1 de septiembre de 2011**, en donde la conducta punible investigada es la de homicidio doloso en dos menores de edad, habiendo culminado el proceso en forma anticipada por la aceptación de los cargos en la audiencia de imputación, en donde fueron observadas las prohibiciones del artículo 199 del Código de la Infancia y de la Adolescencia y el aumento de la sanción penal del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

4. Dentro de este contexto, procede ahora adentrarnos en el estudio del cambio de jurisprudencia cuya aplicación se invoca en la presente demanda de revisión, por erigirse como nuevo, posterior y favorable a los intereses del ajusticiado.

4.1. Así, en el sub examine vemos que con posterioridad al criterio que fue sostenido como fundamento de la sentencia condenatoria de 9 de septiembre de 2010, ejecutoriada el 1 de septiembre de 2011, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió el fallo del veintisiete (27) de febrero de dos mil trece, dentro del radicado No. 33254**, que revolucionó la tesis que venía prohijando la Corte, al concluir que en los supuestos en los que el procesado se allane a los cargos o realice preacuerdo con la Fiscalía, pero se estuviese ante las prohibiciones del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, no hay lugar a aplicar los incrementos punitivos del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Bajo este contexto, la nueva posición jurisprudencial de la Sala de Casación Penal se puede sintetizar en el siguiente extracto²:

“(...).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”.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de febrero de 2013. Radicado 33254. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.



PROCURADURIA 172 JUDICIAL II PENAL

4.2. Sin embargo, como el entendimiento de dicha tesis de la Corte, resultó un tanto complejo, emitió un nuevo fallo para precisar que los presupuestos de la jurisprudencia del 27 de febrero de 2013, sólo cubren aquellos casos en los que el procesado se haya allanado a los cargos o hubiere celebrado algún preacuerdo con la Fiscalía, sin que a cambio se le otorgara la rebaja de pena propia de la justicia premial, dada la prohibición de la norma en cita, como se puede observar en el siguiente aparte de esta decisión³:

Concluyó así: “En consecuencia, la Corte reafirma que por inescapables razones de igualdad y funcionalidad del sistema, la prohibición del incremento de penas general dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, respecto de los delitos enlistados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, únicamente remite a aquellos casos en los cuales la persona se allanó a cargos o llegó a un acuerdo con la Fiscalía y en atención a ello se terminó anticipadamente el proceso..)”. (Resaltado nuestro).

Así las cosas, los anteriores supuestos son totalmente aplicables al caso que nos ocupa, pues aunque en este evento no se procede por una de las conductas punibles allí enlistadas, está relacionado con una de las señaladas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, ya que en concreto se trata del delito de homicidio doloso cometido en dos menores de edad, frente al cual el aludido precepto también previó la excepción para no conceder ningún beneficio ante posibles acuerdos o allanamientos, razón que impidió que se le otorgara la rebaja de pena al condenado JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ, quien se allanó a los cargos en la audiencia de formulación de imputación, aun cuando al tasar la pena sí fue tenido en cuenta el aumento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, tornando de esta manera la sanción impuesta en desproporcionada, conforme a los fundamentos del cambio jurisprudencial, argumento adicional en el que nos basamos para solicitar la prosperidad de la causal invocada frente a la sentencia cuya revisión se ha incoado.

4.3. No sobra destacar que como algunos sectores de la judicatura tuvieron cierto recelo o precaución para extender los alcances del cambio de la jurisprudencia, **la Corte se vio en la imperiosa necesidad de pronunciarse una vez más, en el fallo del veinte (20) de agosto de 2014 dentro del radicado 43.624⁴, así:**

“(…) 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.

...En estos eventos de los delitos de secuestro y homicidio doloso cuando la víctima es menor de edad, sí aplica el incremento al que alude el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, pues dicha norma no ha sido subrogada por alguna modificación posterior que imponga una sanción diferente a la que ya había establecido la Ley 599 de 2000. (Subraya F.T.O).

Pero 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.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 19 de junio de 2013. Rad. 39719. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de agosto de 2014. Radicado 43624. M.P. José Luís Barceló Camacho.



PROCURADURIA 172 JUDICIAL II PENAL

dado que el incremento por esa condición de la víctima no sufre modificación alguna si se desecha el citado aumento.

Así las cosas, el criterio que ha venido desarrollando la Corte desde la casación 33.254 de 27 de febrero de 2013, resulta también aplicable en asuntos en los que se trate de delitos de secuestro y homicidio doloso contra niños, niñas y adolescentes y el acusado preacuerda con la Fiscalía General de la Nación o se allana a los cargos y sin que reciba ninguna compensación por acudir a alguna de estas formas de terminación anticipada del proceso;

Y, como consecuencia de ello, en esos casos que escapan a las regulaciones del artículo 200 del Código de la Infancia y la Adolescencia, procede dar cabida a la jurisprudencia favorable respecto de que el aumento de la Ley 890 del 2004 no es aplicable en los supuestos en que el legislador prohíbe conceder descuentos o beneficios cuando el sujeto pasivo de la acción penal se allana a los cargos o llega a un acuerdo con la Fiscalía. (Resaltado fuera del texto original)

Bajo esta óptica, los alcances del cambio radical de la jurisprudencia de la C.S.J., cuya aplicación se invoca, fueron aclarados a partir del citado fallo del 20 de agosto de 2014, y ya no hay duda para que con base en él se decidan favorablemente las situaciones en las que se tuvo en cuenta el aumento de la pena contenido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 al efectuar su dosificación, así como la prohibición expresa del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 para otorgar cualquier rebaja o beneficio por allanamiento a cargos, preacuerdos o negociaciones, bajo el entendido de que ahora el aumento punitivo de la Ley 890 en cita, no tendrá cabida cuando se actualicen los supuestos mencionados en la sentencia aludida.

4.4. Recapitulando, se reitera que el fallo cuya revisión se solicita, se profirió por el delito de Homicidio agravado, en concurso, cometido contra dos menores de edad, de dos y tres años de vida. El procesado se allanó a los cargos en la audiencia de la formulación de imputación, sin que le fuera reconocido el descuento de pena previsto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2014, ante la prohibición expresa del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. Al momento de dosificar la pena, el fallador tuvo en cuenta el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, y por ello, conforme a la nueva jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, esa pena resulta, además de injusta y contraria a la dignidad del señor JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ, carente de fundamentación toda vez que conculca la garantía del principio de proporcionalidad de la pena y de la legalidad de la misma.

En efecto, tal como se había advertido con anterioridad, además de la demostración de la causal invocada, inaplicación de los aumentos de pena de la Ley 890 de 2004, se cometió un yerro en el proceso de dosificación de la pena por parte del Juez de Primera Instancia, puesto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, la pena máxima imponible para el homicidio agravado es de 600 meses de prisión. No obstante, el señor Juez tomó como tal una pena de 720 meses de prisión, desconociendo el contenido del artículo 37 del Código Penal que establece que la duración máxima de la pena de prisión es de 50 años, excepto en los casos de concurso.

A este respecto vale considerar que de acuerdo con el artículo 61 del C.P., que señala los fundamentos para la individualización de la pena, los rangos punitivos para el delito de homicidio agravado, artículo 104 del C.P., con el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, se encuentran entre 400 meses de prisión y 600 meses de prisión. Por ello, al restar del máximo el mínimo se obtiene una diferencia de 200 meses, que al dividirlo por 4 nos da un ámbito de movilidad de 50 meses de prisión, que debe tenerse en cuenta en la determinación de cada uno de los cuartos, lo que nos arrojaría los siguientes resultados:



PROCURADURIA 172 JUDICIAL II PENAL

cuarto mínimo, de 400 a 450 meses de prisión; primer cuarto medio, de 450 meses un día a 500 meses de prisión; segundo cuarto medio, de 500 meses y un día de prisión a 550 meses de prisión; y cuarto máximo, de 550 meses y un día de prisión a 600 meses de prisión.

Una vez establecido el cuarto en el que se va a ubicar el juzgador, que para el caso lo fue el extremo máximo del primer cuarto, se fija la pena en concreto. En la sentencia de primera instancia debió imponerse la pena de 450 meses de prisión, y no de 480 meses como allí se plasmó, como consecuencia del desconocimiento del artículo 37 del C.P., pues según esto el extremo máximo se fijó en 720 meses de prisión (60 años), y no en 600 meses (50 años) como debía hacerse, lo cual, aumentó el ámbito de movilidad en detrimento del sentenciado, pues dicha circunstancia hizo más gravosa la confección de los cuartos.

Ahora bien, con relación al aumento de pena por el concurso de delito de homicidio agravado, siguiendo los parámetros del sentenciador de primera instancia, acorde con el artículo 31 del C.P., el incremento punitivo fue del 50% de la pena fijada para el delito base o delito más grave, imponiendo una pena de 240 meses de prisión, cuando lo correcto era imponer 225 meses de prisión, equivalente a la mitad de la pena impuesta por el delito principal (450 meses).

Como consecuencia de lo anterior, y considerando respetuosamente que tales aspectos pueden corregirse al momento de dosificar la pena por vía de revisión, por inaplicación del incremento punitivo establecido en la Ley 890 de 2004, artículo 14, el correcto procedimiento de dosificación de la pena teniendo en cuenta los extremos punitivos mínimo y máximo del artículo 104 de la Ley 599 de 2000, nos arroja los siguientes guarismos:

Pena mínima: 25 a 40 años de prisión (300 a 480 meses de prisión). Ámbito de movilidad: 45 meses.

Primer cuarto: de 300 meses de prisión a 345 meses de prisión; Primer cuarto medio: de 345 meses un día de prisión a 390 meses de prisión; segundo cuarto medio: de 390 meses y un día de prisión a 435 meses de prisión; y cuarto máximo: de 435 meses un día de prisión a 480 meses de prisión.

El Juez sentenciador se ubicó en el primer cuarto o cuarto mínimo, extremo máximo, y por ello debe imponerse la pena de 345 meses de prisión por el delito principal. Adicionalmente, como se procede por un concurso homogéneo de homicidio agravado, por el cual el Juez de instancia impuso el 50% o mitad de la pena anterior, respetando tal criterio y sin la aplicación de los aumentos punitivos de la Ley 890 de 2004, esta equivale a 172.5 meses de prisión, lo que arroja una pena definitiva de 517.5 meses de prisión. Esta pena es la que, respetuosamente, consideramos que se debe imponer.

Así, como las consideraciones de hecho y de derecho que fundamentan la presente Acción de Revisión, prueban con suficiencia la causal que se invoca, esto es, la dispuesta en el numeral 7 del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, - que permite la revisión del fallo ejecutoriado cuando la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto en lo que respecta a la responsabilidad como a la punibilidad-, aspecto este último al que se circunscribe el presente caso, y demostrado a través de los pronunciamientos extractados, que la Sala de Casación Penal ha variado favorablemente su posición jurídica respecto de los artículos 26 de la Ley 1121 del 2006 y 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, se puede concluir fehacientemente que en los procesos que terminen de manera anticipada por allanamiento a cargos o por preacuerdo, en aras de aplicar esta última disposición y negar los descuentos procesales, se impone no dar cabida al incremento de la pena previsto en el artículo 14 de la Ley 890 del 2004.

VII. PRUEBAS



PROCURADURIA 172 JUDICIAL II PENAL

Respetuosamente solicito se tengan en cuenta los que se adjuntaron con la demanda, así: 1. Copia simple de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá D.C., con Funciones de Conocimiento, el día nueve (9) de septiembre de 2010, mediante la cual condenó al procesado JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ, como autor del delito de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO, a la pena principal de SETECIENTOS VEINTE (720) MESES DE PRISIÓN, que equivalen a SESENTA (60) años de prisión. 2. Copia simple de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., calendada el primero (1) de septiembre de dos mil once (2011), que confirmó la emitida por el a-quo en lo que respecta a la pena principal. 3. Sentencia C.S.J. Cas. Penal, Radicado No. 33.254, febrero 27/ 2013, M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez. 4. Sentencia C.S.J. Cas. Penal, Radicado No. 43.624, agosto 20/2014, M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho.

VIII. PETICIONES

1. REVISAR La sentencia condenatoria proferida el 9 de septiembre de 2010 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá D.C., confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá DC, el primero (1) de septiembre de 2011, mediante la cual condenó al procesado JHON EDISON ZAPATA GUTIERREZ, como autor del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo, artículo 103 del C.P., en concordancia con el artículo 104, numerales 4º, 6º y 7º, ídem, con el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, víctimas los menores B.A. LOPEZ YATE y K.S. LOPEZ YATE., a la pena principal de **SETECIENTOS VEINTE (720) MESES DE PRISIÓN, que equivalen a SESENTA (60) años de prisión**

2. **DECLARAR FUNDADA** la causal de Revisión invocada, establecida en el artículo 192-7 del C.P.P., por el Ministerio Público, para que proceda la ACCIÓN DE REVISIÓN, dado el cambio jurisprudencial posterior y favorable al sentenciado JOHN EDISON ZAPATA GUTIERREZ con relación a la pena.

3. **DECLARAR SIN VALOR, PARCIALMENTE**, la sentencia del primero (1) de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la proferida por el el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, el 9 de septiembre de 2010, **exclusivamente** para readecuar la pena principal de prisión impuesta, **SETECIENTOS VEINTE (720) MESES DE PRISIÓN, que equivalen a SESENTA (60) años de prisión**, ajustándola en su quantum a la que corresponde con base en el cambio favorable de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la C.S J., aquí impetrado, esto es, inaplicar el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

3.1 **DOSIFICAR LA PENA** de acuerdo con las motivaciones expuestas por el fallador de instancia, imponiendo el extremo máximo del primer cuarto que para el homicidio agravado, artículo 104, numerales 4, 6 y 7 del C.P., o sea 345 meses de prisión, de acuerdo con el texto original de la Ley 599 de 2000, incrementada en la mitad en virtud del concurso homogéneo, **PARA UNA PENA DEFINITIVA DE QUINIENTOS DIECISIETE PUNTO CINCO (517.5) MESES DE PRISIÓN.**

Respetuosamente,

FABIO ADALBERTO SERRANO SALAMANCA

Procurador 172 Judicial II Penal de Tunja